

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

La Ley define las condiciones generales de la contratación como aquellas cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1.1).

El concepto de condición general de la contratación está basado en la predisposición e incorporación unilateral de las mismas al contrato. En su formulación se han tenido en cuenta orientaciones jurisprudenciales anteriores, las aportaciones doctrinales sobre la materia y los criterios utilizados por el Derecho comparado.

¿Hay motivos para la desconfianza? Probablemente los haya cuando las condiciones sean abusivas y desorbitantes, sin embargo no debe haberlos si los pactos sean respetuosos con la legalidad ¹⁷.

¹⁷ «Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas.

A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional.

1.ª Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

2.ª La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

3.ª La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

4.ª La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

5.ª La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.

6.ª La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

7.ª La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio.

8.ª La concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

II. Privación de derechos básicos del consumidor.

9.ª La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.

10. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

11. La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.

12. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

13. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

14. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor.

III. Falta de reciprocidad.

15. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

16. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

17. La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

IV. Sobre garantías.

Dado el continuo desarrollo de las telecomunicaciones, es muy difícil elaborar un inventario permanentemente actualizado de formas de contratación electrónica. Sin embargo, cualquiera que sea el medio empleado, el consumidor debe ser informado convenientemente de sus derechos y quien propone la transacción deberá respetar la legalidad respecto de las condiciones generales de contratación, evitando en todo momento que puedan resultar abusivas. Tanto la información adecuada,

18. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

19. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

V. Otras.

20. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

21. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

23. La imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

24. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

25. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

26. La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

27. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

28. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

29. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas.

Se entenderá por profesional, a los efectos de esta disposición adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada».

como el equilibrio en la reciprocidad de las prestaciones posibilitarán pasos decisivos para provocar la confianza entre las partes intervinientes en el comercio electrónico.

Firma electrónica.-¹⁸

La firma electrónica se configura como una alternativa que pretende llevar seguridad al tráfico de la contratación en Internet.

«Firma electrónica» es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge.¹⁹

El Real Decreto-ley 17-9-1999, núm. 14/1999 (BOE 18-9-1999, núm. 224, pág. 33593) persigue –conforme declara su preámbulo–, respetando el

¹⁸

- Martínez Nadal, A.: Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación, Dykinson, Madrid, 1998.
- Martínez Nadal, A.: Comentarios de urgencia al urgentemente aprobado Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. LA LEY, 1999-6.
- Félix, Muñoz, J.: La firma electrónica en las declaraciones tributarias. LA LEY, 1999-3.
- Oliver Lalana, A.D.: La equiparación de los efectos probatorios de los documentos electrónicos y escritos ante la futura regulación de la firma electrónica. LA LEY, 1999-3.
- Galindo, F.: Firma electrónica e instituciones de confianza: algunas precisiones. LA LEY, 1998-6.
- Galindo, F.: Los proveedores de servicios de certificación. LA LEY, 1998-3.
- Galindo, F.: Los servicios de fiabilidad de las comunicaciones electrónicas. LA LEY, 1997-1.
- Álvarez Cienfuegos Suárez, J.M. : Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos. LA LEY, 1992-4, 1012

¹⁹ A su vez el Real Decreto-ley 17-9-1999, núm. 14/1999 (BOE 18-9-1999, núm. 224, pág. 33593) define la «Firma electrónica avanzada» como la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos.

contenido de la posición común respecto de la Directiva sobre firma electrónica, establecer una regulación clara del uso de ésta, atribuyéndole eficacia jurídica y previendo el régimen aplicable a los prestadores de servicios de certificación. De igual modo, este Real Decreto-ley determina el registro en el que habrán de inscribirse los prestadores de servicios de certificación y el régimen de inspección administrativa de su actividad, regula la expedición y la pérdida de eficacia de los certificados y tipifica las infracciones y las sanciones que se prevén para garantizar su cumplimiento.

El Real Decreto-ley determina el registro en el que habrán de inscribirse los prestadores de servicios de certificación y el régimen de inspección administrativa de su actividad, regula la expedición y la pérdida de eficacia de los certificados y tipifica las infracciones y las sanciones que se prevén para garantizar su cumplimiento.

El artículo 14 del Real Decreto de firma electrónica establece algunos principios en materia de **las responsabilidades por daños y perjuicios** de los prestadores de servicios de certificación, diciendo que los prestadores de servicios de certificación responderán por los daños y perjuicios que causen a cualquier persona, en el ejercicio de su actividad, cuando incumplan las obligaciones que les impone este Real Decreto Ley o **actúen con negligencia**.

La norma que comentamos desplaza la carga de la prueba sobre el prestador de servicios cuando establece que, en todo caso, corresponderá al prestador de servicios demostrar que actuó con la debida diligencia. En consecuencia, al perjudicado corresponderá la carga de la prueba a la hora de acreditar el daño y la relación de causalidad entre la actividad del prestador del servicio y el daño, correspondiendo a este último acreditar que no incurrió en culpa si quiere exonerar su responsabilidad.

El prestador de servicios de certificación sólo responderá de los daños y perjuicios causados por el uso indebido del certificado reconocido, cuando no haya consignado en él, de forma claramente reconocible por terceros, el límite en cuanto a su posible uso o al importe del valor de las transacciones válidas que pueden realizarse empleándolo.

El Real Decreto establece que la responsabilidad será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual y extracontractual, según proceda, con las especialidades previstas en su artículo 14.

Naturalmente cuando la garantía que, en su caso, hubieran constituido los prestadores de servicios de certificación no sea suficiente para satisfacer la indemnización debida, responderán de la deuda, con todos sus bienes presentes y futuros.

Lo dispuesto en artículo 14, se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre protección de los consumidores y usuarios.

El artículo 11 determina las condiciones exigibles a los prestadores de servicios de certificación estableciendo el elenco de obligaciones de los prestadores de servicios de certificación.

Entre ellas establece en su apartado g) la necesidad de disponer de los recursos económicos suficientes para operar de conformidad con lo dispuesto en este Real Decreto-ley y, en particular, para afrontar el riesgo de la responsabilidad por daños y perjuicios. Para ello, habrán de garantizar su responsabilidad frente a los usuarios de sus servicios y terceros afectados por éstos. **La garantía a constituir podrá consistir en un afianzamiento mercantil prestado por una entidad de crédito o en un seguro de caución.** Inicialmente, la garantía cubrirá, al menos, el 4 por 100 de la suma de los importes límite de las transacciones en que puedan emplearse el conjunto de los certificados que emita cada prestador de servicios de certificación. Teniendo en cuenta la evolución del mercado, el Gobierno, por Real Decreto, podrá reducir el citado porcentaje, hasta el 2 por 100.

Llamamos la atención sobre el hecho de que la garantía a constituir podrá verificarse mediante en un afianzamiento mercantil prestado por una entidad de crédito o en un **seguro de caución.** Es decir, no está estableciendo un único sistema de garantía sino que otorga la opción para realizarla por dos sistemas: entidad de crédito o entidad aseguradora.

En caso de que no se limite el importe de las transacciones en las que puedan emplearse al conjunto de los certificados que emita el prestador de servicios de certificación, la garantía a constituir, cubrirá, al menos, su responsabilidad por un importe de 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros). El Gobierno, por Real Decreto, podrá modificar el referido importe.

- **D. JOHN FORDER** – Managing Director
HEATH LAMBERT GROUP.

CLIMATIC CHANGES AND CATASTROPHIC RISKS - THE IMPLICATIONS FOR RISK MANAGERS

Precedent speakers have already set the scene in his presentation as regards the changing weather patterns worldwide and the increasing number of catastrophic events that are occurring around the world. These are indisputable facts and are affecting the lives of millions of people, not just in traditional "catastrophe" regions but also in areas of the world previously considered "low risk". Europe in particular has suffered enormously in the past decade, particularly due to windstorm and localised but severe flooding - an example being my own homeland in the U.K. earlier this month. The media understandably concentrates on the human tragedy associated with these natural catastrophes but for the purposes of my presentation I will focus upon the implications for insurers/reinsurers and therefore the risk managers.

This situation affects the Spanish Multinational Companies working around the world, and also all the construction activities in Spain, that are excluded from the coverage of the "Consortio de Compensación de Seguros".

INSURED LOSSES

In the 1990's the largest insured loss year for natural catastrophes was of course 1992 where the insurance/reinsurance market suffered losses of US\$ 26,000,000,000. This was largely due to Hurricane Andrew, accounting for US\$ 17,000,000,000 - despite the U.S.A. having the most stringent building regulations in the world as regards windload. 1994 produced insured losses of around US\$ 18,000,000,000 from natural catastrophes followed by a generally reducing trend - when compared to 1992 and 1994 - until 1999.

Social and economic expansion in the 1990's produced vastly increased values at risk and concentration of those values. Whilst the 1970's and 1980's had their share of natural catastrophies (e.g. Tangshan earthquake in China in 1976), it is insured losses arising from natural catastrophies that have increased enormously in the 1990's

<u>Decade</u>	<u>Aggregate insured losses (present day values estimate)</u>
1970's	US\$ 20,000,000,000
1980's	US\$ 30,000,000,000
1990's	US\$ 120,000,000,000

The 20th century finished with nature reminding us of it's awesome power and increasing unpredictability - insured losses in 1999 reached US\$ 22,000,000,000 from natural catastrophes! On the next page you will find a list of the most significant such loss events in 1999 and the geographical spread and individual magnitude of the largest catastrophes is most striking.

The basic principal of insurance is that the "losses of the few are paid for by the premiums of the many". When normal additional losses and severe fire/explosion type losses are taken into account in addition to the natural catastrophes it is clear that insurers/reinsurers have suffered significantly throughout the 1990's. Moreover, it is considered by many experts that the 21st century - and certainly this new decade - will continue the trend towards greater unpredictability and severity of natural catastrophe losses. The U.K. flood/storm losses are expected to exceed US\$ 2,000,000,000 and as I write this presentation (8th November) the waters are still rising!

UNINSURED LOSSES

These arise in various ways and largely relate to pure economic loss, such as loss of productivity, where no direct material damage may have occurred. However, industry is always uninsured to the extent of deductibles, self-insurance retention's and the like and in some case a conscious decision not to insure. As an example of the latter I am aware of at least one major European utility company that decided not to insure it's transmission lines and smaller sub-stations etc. - and was hit by a US\$ 1,000,000,000 uninsured windstorm loss!

Indirect losses such as senior management time in mitigating the effects after a natural catastrophe, effect on share price and the like also impact significantly on businesses suffering such losses. The uninsured and economic losses from natural catastrophes invariably dramatically exceed insured losses - in 1994 these were estimated at around US\$ 130,000,000,000!

The Reaction of Insurers/Reinsurers

Faced with the situation of an increasing and less predictable exposure to natural catastrophe losses, the insurance and reinsurance markets are reacting in a number of ways. Such giants as Munich Re and Swiss Re are spending even more time and money on the study of the changing weather patterns, earthquake/volcanic activity, building design code studies and the like. They are keen to share this information with their clients – primarily ceding company insurers – and indeed much of the statistical material in my presentation emanates from some excellent Munich Re publications.

In addition to these research activities, insurers/reinsurers are looking to increase their premium base and reduce or contain their exposure, especially in areas prone to catastrophic losses. Examples would be the Earthquake Rating Tariffs introduced in Turkey and Greece in late 1999/early 2000, significantly increasing premium levels for Property/Business Interruption insurance in those countries. Increased "cat" peril deductibles are generally being demanded in many part of the world considered to represent severe "cat" risk. Reinsurers are also limiting the capacity they will provide to insurers in "cat" areas and for international insurers writing reinsurance business from such areas. Based on the laws of supply and demand, it must be recognised that commercial and household rating levels are likely to rise in general, but particularly in "cat" areas such as:-

- (a) much of the East Coast of North Central and South America, Turkey and Taiwan (Earthquake);
- (b) Western and Central Europe, Japan, South East U.S.A. coastal areas and the Caribbean (Windstorm);
- (c) Numerous areas of the world that are historically or more recently recognised as particularly at risk of catastrophic flooding (e.g. parts of the U.K., Northern Spain, Mozambique, Venezuela and Mexico).

The infamous EL Nino had an enormous impact on the flooding risk in parts of South and Central America as well as Africa. The effects of EL Nino vary from severe rainfall/flooding to droughts and has much to do with the climatic changes we have witnessed in recent years due to global warming.

In essence, insurers/reinsurers are looking to price their product more highly in "cat" areas and seek greater risk participation or mitigation by the insureds by way of such things as:-

- Increased deductible/self-insurance levels
- Improved risk protection (e.g. more robust temporary protections from water damage during construction, higher design capacity for buildings in windstorm/earthquake regions).
- Avoidance where possible of building or purchasing property in prone areas

Many insurers will have reduced treaty capacity in 2001 which will drive more business into the facultative reinsurance market. Insurers/reinsurers will find it more difficult and expensive to purchase "cat" and "clash" protections of their own.

How Does All This Effect The Risk Manager

Clearly, the talk at the reinsurance forums at Monte Carlo and Baden Baden this year was of poor results and a need to increase rating levels significantly.

Against this undeniable background, Risk Managers should be in more demand by major corporations than ever before. This is the time that a professional and sophisticated approach to insurance purchasing is more imperative than ever – the "hard" market is emerging!

I am an insurance broker not insurer or reinsurer and my company's interests are served by our providing an excellent service to our clients at a reasonable price. I would ask you to assume that your broker (whether in-house or external) is capable and professional and will continue to secure the maximum or optimum coverage at a competitive price – whatever that may be in a changing marketplace. On this assumption, many of the keys to mitigating spiralling insurance costs rest firmly in the hands of Risk Managers – like you here today – and the attitude of their senior management towards risk and its management. To obtain the very best from insurers/reinsurers in a hard market, it is imperative for you to be able to demonstrate your company(s) commitment to risk management at both corporate and operational levels, such as:-

- Appropriate work methods/time schedules (Construction and Erection risks); property protection in hazardous areas (such as Earthquake/Windstorm design, river flood embankments etc); fire protections, security arrangements etc.
- Provision of full technical underwriting information, co-operation with insurer risk surveys.
- Regular/preventative maintenance of property and machinery.

All of the above can be considered standard practice, but become all the more important in a hard market. Differentiating your business from others in a positive manner much improves the terms that insurers might otherwise apply.

Partnering and Risk Packaging

Many of our clients have been preparing with us for the inevitable hardening of the market that is now upon us. Such preparation has centred upon creation of a "partnering" relationship with carefully selected first class insurers/reinsurers and building a multi-line, multi-national package programme of insurance. An excellent example would be Grupo Dragados, whose Risk management Department worked closely with Heath Lambert to create what is probably the world's largest and most comprehensive such programme for a company in their sectors of activity. These "Master Programmes" create a relationship with insurers whereby there is no "selection against" and virtually every class of insurance can be grouped together, maximising bulk purchasing leverage and designing a seamless policy. In consequence, insurers become part of the risk management team – along with the broker – and are prepared to accept the more exposed risks as these can be balanced against the lower risk classes in the programme. Long term, multi-year programmes such as these are intended to bring stability to cost and coverage and increase risk management control. They are proving invaluable in ensuring a reduced impact of the hardening market.

Alternative Approaches To Catastrophe Risk Protection

Partly as a result of these occurring in the 1990's, various forms of Alternative Risk Transfer have been created or adopted to provide an alternative solution to "traditional" insurance (and reinsurance) for natural catastrophes.

For a number of years, the capital market has been providing the possibility for insurers to protect both insured losses and loss of equity capital, normally in the form of surplus notes and/or preference shares.

Bond issues are another alternative, often involving the creation of a "Special Purpose Vehicle" company, behind an insurer or reinsurer, and which issues the bond. The bond is then guaranteed by the purchase of first class bonds via a collateral trust using the proceeds of the SPV bond issue.

Yet another alternative involves insurance derivatives such as swaps and options. As you can imagine, it is for the protection against natural catastrophes that these various alternatives have been most used to date. However, it is only a very tiny proportion of the worldwide capacity that has been secured by means of utilising the capital market.

Weather Derivatives

Whilst the ART related alternatives mentioned above are almost exclusively the province of Insurers as purchasers, weather derivatives have primarily been purchased by industry, particularly energy. Basically a weather derivative is a financially settled contract, not dissimilar to an insurance policy, that enables a company to reduce it's weather related business risks. The contract is normally triggered by such events as unexpected weather conditions e.g. too warm or cold, too much snow/abnormally low snowfall, too much wind or little wind. The vast majority of contracts to date have related to change in temperature and the buyers principally energy companies. Their income is obviously affected by warmer winters' when less energy for heating is used. I understand that the estimate of such contracts to date is a notional value of some US\$8,000,000,000.

Dealers in these contracts are principally companies such as ENRON – a major client of Heath Lambert – Koch and Aquila.

In general, the contracts involve swaps by two parties whose business face opposite risk exposures e.g. an energy company with an ice-cream manufacturer. Typically, the individual deals involve relatively low amounts of US\$5,000,000 or less. However, this is a growing market and very much worthwhile exploring if your business is heavily exposed to weather patterns.

CONCLUSION

- Seek to balance your "cat" risks with less exposed aspects of your insurance portfolio.
- Ensure that your broker and insurer relationships are solid and long term three-way partnership based.
- Produce the information to differentiate your company from your competitors – demonstrate risk management focus.
- Prepare for the possibility of larger self-insurance and more costly coverage in "cat" areas. Heath Lambert also specialises in "Self-Insured Occurrence/Aggregate Retention" programmes.
- Interesting challenges are ahead for all those involved in the insurance industry. Professionalism will be imperative.

XII CONGRESO AGERS. 2000

**LA AGRAVACIÓN DE LOS RIESGOS EN EL 3er. MILENIO.
RESPUESTAS PARA SU GESTIÓN Y FINANCIACIÓN**

Madrid, 29 y 30 de noviembre de 2000

**EL CAMBIO CLIMÁTICO
Y LA AGRAVACIÓN DE LOS RIESGOS CATASTRÓFICOS**
Mesa Redonda

Introducción:
Luis Balairón Ruiz
Jefe del Servicio
de Variabilidad y Predicción del Clima
MIMAM - INM
balairon@inm.es

CAMBIO CLIMÁTICO Y RIESGOS: NATURALEZA DEL PROBLEMA

El desarrollo industrial, económico y agrícola de la humanidad, con distintos grados de responsabilidad según los países, ha producido un aumento en las concentraciones de algunos gases de efecto de invernadero (un 30% en el caso del dióxido de carbono), cuyo efecto potencial sobre el clima ha llegado a ser comparable, en la segunda mitad del siglo XX, a otros "forzamientos" naturales, capaces de alterar el balance global de radiación y, en consecuencia, capaces de alterar el clima.

Al igual que en el pasado, las emisiones de gases de invernadero durante el siglo XXI dependerán de la demografía, de las pautas de desarrollo económico y de los hábitos de consumo de energía.

Considerando un nuevo conjunto de escenarios verosímiles de emisiones de gases hasta el 2100 (escenarios denominados SRES), y una jerarquía de modelos climáticos amplia, basados en los mejores conocimientos actuales sobre el clima, el IPCC (organismo asesor de Naciones Unidas) estima en su nuevo informe -en fase de revisión final- que a lo largo del siglo próximo la temperatura aumentará entre 1,5°C y 6 °C y la precipitación aumentará, en general, en latitudes medias y altas y tendrá se reducirá en algunas latitudes bajas. El aumento correspondiente del nivel del mar, para los escenarios citados varía entre 14 y 80 cm.

En cuanto a los fenómenos extremos, el consenso científico actual permite se señalar que :

- Un aumento de la frecuencia de episodios cálidos y una reducción de los episodios fríos, sobre la base de considerar una distribución normal de esta variable.
- Aumentos de los índices de calor basados en la combinación de aumento de temperatura y humedad. Cambios en la
- Aumentos de la sequedad durante los veranos en áreas continentales interiores
- Aumento de las intensidades de precipitación en algunas zonas y, en consecuencia, del riesgo de inundaciones
- Se considera insuficiente el conocimiento actual en cuanto a la posibilidad de aumento de la actividad tormentosa en las latitudes medias y en cuanto a la incidencia directa en la desertificación y la variabilidad de fenómenos ENSO (El Niño y La Niña) y otros mecanismos de interacción océano-atmósfera.

La otra fuente de riesgos climáticos, de tipo indirecto, están relacionadas con los impactos del cambio climático en agricultura, en la gestión de recursos naturales, en la salud y en las actividades económicas directamente relacionadas con el clima como el turismo. En estas actividades sectoriales es necesario mejorar la actividad metodológica de diagnóstico y prevención de los riesgos que amenazan a dichas actividades.

En nuestro área geográfica requiere un esfuerzo especial el estudio del ambiente mediterráneo, debido a que el diagnóstico en esta área -al igual que en otras áreas identificadas en el mundo- es más difícil que en otras en que los resultados de la modelización son más coherentes.

Los pasos que llevan a la prevención de los riesgos mediante la adaptación, con independencia de las medidas de limitación que puedan adoptarse a través de los acuerdos intergubernamentales, tienen exigencias comunes para los distintos sectores y sistemas considerados.

En particular, un paso previo a la adopción de medidas es la evaluación de la vulnerabilidad y los análisis de riesgos. La vulnerabilidad, como daño recibido por el sistema potencialmente, exige el estudio de la sensibilidad del sistema, es decir de su grado de respuesta a un cambio unitario en las condiciones climáticas. Por otra parte, la vulnerabilidad y la sensibilidad están condicionadas por su capacidad de recuperación o de adaptación al cambio.

Los análisis de riesgo exigen conocer la definición precisa del riesgo y la susceptibilidad, en términos de probabilidad, de una zona definida a dicho riesgo. Por

último, parece necesario abordar de forma crítica los conceptos de irreversibilidad y la definición de umbrales de riesgo para afrontar con rigor los problemas de la prevención mediante la adaptación al cambio y la reducción de la actividad humana inductora de los cambios locales.

LA NUEVA ECONOMÍA Y LOS RIESGOS LABORALES.

- **DON LUIS GONZÁLEZ** - Director Regional ASEPEYO

INTRODUCCION

Siempre que se produce un accidente de trabajo alguno de los mecanismos previstos para evitarlo no ha funcionado correctamente. No se trata tanto de buscar culpables como de averiguar las causas que han dado lugar a la producción de un siniestro, con el único fin de conseguir que los daños causados, a veces irreparables, no vuelvan a producirse.

Antes de analizar e intentar averiguar las causas, no está de más y es conveniente conocer la forma o la manera en que los distintos agentes intervinientes hayan podido incidir en ellas, a consecuencia de haber influido directa o indirectamente en su producción, si de verdad queremos encontrar soluciones y acercarnos a un problema muy de actualidad que requiere respuestas inmediatas por su gravedad y consecuencias.

La prevención de riesgos es tarea ardua que compete, en primer lugar, al Estado como órgano rector a la cabeza de la política del país, a las Comunidades Autónomas en su tarea de llevar a cabo la descentralización que propugna nuestro texto constitucional, a la Administración en general como brazo ejecutor más inmediato de la política del Gobierno (Inspección de Trabajo, etc.), Sindicatos, Asociaciones Patronales y empresarios, y a los propios trabajadores como afectados más directos en particular.

Hasta la publicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que entró en vigor el día 10 de febrero de 1996 y del Reglamento de los Servicios de Prevención que entró en vigor el día 31 de marzo de 1997, en materia de seguridad y salud en el trabajo hemos venido rigiéndonos por normas preconstitucionales de rangos inferiores a la ley como la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971, lo que nos da una idea de la precariedad normativa existente hasta dicho momento, sin olvidar las dificultades para ponerla en práctica por parte de las empresas hasta que las Mutuas Patronales y empresas Auditoras han sido debidamente autorizadas por las respectivas Comunidades Autónomas para llevar a cabo el mandato legal.

La inercia, no del todo adecuada, en la forma de actuar de la Administración, en estos años anteriores al acogimiento del acervo normativo comunitario, más cercana a actuaciones propias de un estado policial que democrático, en particular la Administración Laboral, que se ha interesado más por la búsqueda de culpables como objetivo único y prioritario, quizás para defender al trabajador como parte más débil (no olvidemos que muchas prestaciones e indemnizaciones se obtienen con fundamento en hechos recogidos en acta de infracción),

no ha fraguado en una política tendente a prevenir los riesgos laborales, aunque tampoco el marco legal ha facilitado las cosas.

Hay que evitar en la medida de lo posible el uso de prácticas sindicales anticuadas al servicio de organizaciones cuyos intereses se dirijan a objetivos distintos a los que supuestamente deben servir (no exclusivamente para captar afiliados), lo que de alguna manera puede socavar el proceso de construcción de una adecuada política de prevención, pues el reclamo público de intereses de clases o la mera denuncia interesada no bastan ni son suficientes para su implantación si no se colabora a través de sus miembros activamente en los centros de trabajo aportando propuestas que den soluciones prácticas y reales que ayuden a cambiar el marco actual de seguridad y salud en el trabajo " in situ " induciendo a los propios trabajadores afiliados a su cumplimiento.

Las empresas deben tener como pilar básico de su política de prevención la formación del trabajador para que sea este quién tome parte activa aplicándola directamente en su cometido diario, siendo necesario que los empleadores se esfuercen dedicando, parte del tiempo de trabajo a formar, si fuera menester y, los recursos suficientes con el fin de que los trabajadores tengan conocimiento exacto del trabajo que realizan , métodos, medidas de seguridad, etc., como garantes de la seguridad en sus centros de trabajo, creando de esta forma un clima de responsabilidad y sin olvidar los cometidos que le atañen respecto de las medidas de carácter colectivo, aportando en su caso aquellos medios y materiales más acordes con los riesgos potenciales que afecten al trabajador y, en su caso, utilizar los más modernos.

El gasto que suponga adoptar tales medidas se verá compensado seguramente con la reducción de los accidentes de trabajo, cuyo coste económico social y empresarial es muy elevado, además de evitar los daños físicos y morales de consecuencias irreparables y que al fin y al cabo son los bienes más preciados que debemos proteger, necesitando en este sentido un cambio de mentalidad también en el sector empresarial.

La política es el arte de conducir un asunto para alcanzar un fin. Fin que no es posible alcanzar si no es con el concurso de todos los afectados, sin excluir a ninguno de los que intervengan en su consecución. Muchas veces la guerra de cifras estadísticas ocultan la realidad del problema y no dan la solución deseada provocando acusaciones mutuas que no sirven para nada. En esta materia "el que esté libre de pecado que tire la primera piedra" Cualquier actuación de carácter político ha de conducir obligatoriamente a la implantación del fin que se persigue, sintiendo que a veces dichas actuaciones, lejos de

ello, solo consiguen ocultar los verdaderos problemas que subyacen sin llegar a solucionarlos.

Precisamente con el objetivo básico de cambiar mentalidades e implantar una cultura preventiva en materia de seguridad y salud en el trabajo que penetre en todas las capas sociales en su conjunto y de respuesta a las exigencias que se plantean en un auténtico estado democrático, se elaboró el actual marco legislativo de prevención de riesgos laborales.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Antecedentes legislativos básicos

El nuevo marco legal en materia de seguridad y salud en el trabajo arranca de nuestro texto constitucional de 27 de diciembre de 1978, cuyo artículo 40.2 recoge el mandato dirigido a los poderes públicos de velar " por la seguridad e higiene en el trabajo ".

En el marco europeo destacamos inicialmente, la Directiva 80/1107/CEE del Consejo, de 27 de noviembre de 1980, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo.

Posteriormente, mediante Instrumento de ratificación de 26 de junio de 1985, el Estado Español ratifica el Convenio de la OIT número 155, de 22 de junio de 1981, sobre Seguridad y Salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.

Más importante y básica es la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1989, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, cuya razón obedece a un intento por parte de los Estados Miembros de establecer una serie de medidas de contenido mínimo y armonizar la normativa dispersa sobre la materia en el seno interno de la Comunidad Económica Europea.

Por último, el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, de la Unión Europea, que modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que a través de su artículo 118 A) promueve la mejora del medio de trabajo, marcando como objetivo prioritario de los Estados Miembros la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, obligando al Consejo a adoptar las medidas necesarias mediante directivas que regulen disposiciones mínimas a aplicar.

Aspectos más relevantes de la ley

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales entró en vigor el 10 de febrero de 1995, y su exposición de motivos resalta que persigue ante todo la prevención, con objeto de fomentar una auténtica cultura preventiva, mediante la promoción de la mejora de la educación en dicha materia, involucrando a la sociedad en su conjunto, como objetivo básico a alcanzar.

La prevención de riesgos laborales la configura un conjunto de actuaciones de los poderes públicos dirigidos a la promoción de la

mejora de las condiciones de trabajo que permita elevar el nivel de protección en la salud y la seguridad de los trabajadores.

Estas actuaciones deben tener como objetivos prioritarios, la ordenación de las obligaciones y responsabilidades tanto de las administraciones públicas con competencias en materias preventivas como de los empresarios y trabajadores a través de sus organizaciones representativas y, el fomento de la cultura preventiva a través de la mejora de la formación.

El ordenamiento jurídico español regula dichas actuaciones en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio de Prevención.

La nueva regulación en el ordenamiento jurídico español trata de dar cumplimiento del mandato recogido en el art. 40.2 de la Constitución Española y pretende armonizar nuestra política de prevención de riesgos con la política comunitaria recogida en las directivas del consejo, dando cumplimiento de esta forma a las prescripciones contenidas en el Convenio nº 155 de la O.I.T. y al art. 118 A) del Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992.

Se trata de erradicar la falta de una visión unitaria en la política de prevención de riesgos laborales de los estados miembros, actualizando la normativa ya desfasada o, regulando situaciones nuevas no contempladas con anterioridad y superadas por la realidad de los hechos.

El objeto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales es promover la seguridad y salud de los trabajadores, aplicando las medidas tendentes a su consecución y desarrollando todas aquellas actividades necesarias para la prevención de los riesgos derivados del trabajo.

Para llevar a cabo tal cometido se apoya la norma en el principio general de protección de la seguridad y salud, en el principio de eliminación o disminución de los riesgos derivados del trabajo, y en el derecho a la información, consulta, participación y formación de los trabajadores en materia preventiva.

En suma, el nuevo enfoque normativo se dirige al establecimiento de una política de cultura preventiva, superación del deber de cumplir normas técnicas, y al establecimiento de una democracia empresarial en la materia.

Descendiendo al detalle, la acción preventiva ha de desarrollarse conforme a los principios que vienen fijados en el art. 15 de la L.P.R.L. y se concretan en una planificación por el empresario a partir de una

evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.

Dentro de la planificación de las medidas preventivas se revisará e incluirán todos aquellos riesgos que aparezcan y cuyas consecuencias no estuvieran previstas, planificando las medidas preventivas a partir de una *evaluación inicial de los riesgos* dirigida a potenciar la seguridad y salud de los trabajadores.

La evaluación de riesgos, como concreción de la planificación de la acción preventiva, ha de identificar los riesgos existentes, tratando de discriminar o evitar que no se produzcan en los diferentes centros y puestos de trabajo, cuyo resultado dará lugar a la elaboración de un documento en el que conste tal estudio que será posteriormente revisado por los trabajadores afectados.

Las obligaciones del empresario dirigidas a la protección del trabajador que deberán quedar plasmadas en el documento mencionado, además de la ya descrita evaluación inicial de los riesgos, consistirán en el establecimiento de medidas de prevención y protección a adoptar, material de protección que deba utilizarse, resultado de los controles periódicos de la producción de trabajo y de la actividad de los trabajadores, práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores y relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan motivado la baja laboral del operario y que deberá estar a disposición de las autoridades sanitarias.

Hemos venido diciendo que la política de prevención ha de llevarse a cabo coordinando las competencias administrativas y regulando la participación de empresarios y trabajadores, fijando los derechos básicos del trabajador y las obligaciones de protección del empresario.

Entre las obligaciones de protección básicas del empresario cabe destacar, por su importancia, la de organizar los recursos necesarios para el desarrollo de la actividad preventiva, designando uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituyendo un *servicio de prevención propio o concertando dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa* (art. 30.1 de la LPL).

El empresario podrá personalmente organizar las actividades preventivas cuando las empresas ocupen a menos de 6 trabajadores, siempre y cuando la actividad desarrollada no esté incluida en el anexo I de la Ley (actividades consideradas como especialmente peligrosas), o designando uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva, exceptuando lo relativo a la vigilancia de la salud (art. 11 del R.S.P.).

Y estará obligado en todo caso a constituir un servicio de prevención propio cuando se trate de empresas con más de 500 trabajadores, o de más de 250 trabajadores si desarrollan algunas de las actividades contempladas en el anexo I de la Ley. En caso de concurrir grupo de empresas podrá constituirse un servicio de prevención mancomunado entre las empresas participantes en la actividad preventiva.

El servicio de prevención propio habrá de contar, como mínimo con dos de las cuatro especialidades o disciplinas preventivas obligatorias de medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada, dentro de las funciones de nivel superior previstas en el Reglamento de los Servicios de Prevención. El resto, esto es, dos de ellas deberán ser contratadas con un servicio de prevención ajeno (art. 15.2 y 4, y 34 del RSP).

Uno o varios servicios de prevención ajenos serán obligatorios cuando la designación de los trabajadores para las tareas preventivas sean insuficientes para la realización de las mismas, siempre y cuando no exista la obligación de constituir un servicio de prevención propio (art. del RSP).

Respecto del *derecho a la consulta y participación de los trabajadores*, la ley establece la obligatoriedad del empresario de efectuar consultas con la debida antelación a la adopción de decisiones relativas a la planificación y organización del trabajo, o a la introducción de nuevas tecnologías en todo lo relacionado con las consecuencias que estas pudieran tener para la seguridad y salud de los trabajadores, así como del deber de informar sobre la organización y desarrollo de las actividades de prevención y de la designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia, entre otras.

La consulta y participación se articulará a través de los *Delegados de Prevención*, que son designados "por y entre los representantes del personal" en las empresas con menos de 50 trabajadores. En las empresas de más de 50 trabajadores serán los Comités de Seguridad y Salud los encargados de tomar las decisiones al respecto.

El *Comité de Seguridad y Salud* es un órgano paritario y colegiado de participación, formado, por un lado, por los delegados de prevención como representantes de los trabajadores y, por otro, por los representantes del empresario en igual número.

En cuanto a la formación el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, centrada específicamente en el puesto de trabajo, adaptándose en lo posible a la evolución de los riesgos. No hay que olvidar que la formación adecuada es uno de los pilares en que descansa la cultura preventiva que propugna la ley (art. 19 de la LPL).

Además del derecho a la consulta, participación y formación, los trabajadores tienen también obligaciones específicas de cooperar, informar de los riesgos, contribuir al cumplimiento de las medidas de seguridad, utilizar correctamente el material, etc., objeto de sanción disciplinaria en caso de incumplimiento(art. 29 de la LPL)

Por último, el régimen de sanciones de carácter administrativo que establece la Ley para los empresarios es de aplicación exclusivamente para los incumplimientos que se deriven de las prescripciones contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y no guarda relación alguna respecto del régimen de infracciones que se establece en la Ley 8/1988 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La estructura es similar a la establecida por la Ley 8/1988, pero de contenido especializado y con multas muy superiores que varían de las 50.000 a los 100.000.000 de pesetas, clasificándose en leves, graves y muy graves. Estas últimas podrán inhabilitar al empresario, una vez sean firmes, para contratar con las administraciones públicas, de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley de Contratos del Estado.

RESPONSABILIDAD CIVIL, LABORAL Y PENAL

En el epígrafe responsabilidad civil, laboral y penal, analizaremos aquella en que puedan incurrir los empresarios y las personas que actúan bajo su dependencia, excluyéndose la que pueda derivarse para aquellas otras que no actúan bajo su círculo.

La responsabilidad por los daños y perjuicios producidos al trabajador en caso de accidente de trabajo, con omisión o no de medidas de seguridad, incide en tres ámbitos o ramas distintas del derecho: civil, social y penal.

Con carácter general las distintas responsabilidades que puedan generarse para los empresarios o encargados del servicio (personas físicas o jurídicas) derivadas de hechos que causan o dan lugar a la producción de un accidente de trabajo, son compatibles entre sí e independientes y exigibles por separado.

1. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil en caso de accidente de trabajo puede alcanzar tanto al empresario titular del centro de trabajo como al empresario empleador, o a ambos a la vez, sin olvidar por supuesto a los encargados del servicio (técnicos, etc.) o a todas aquellas personas que bajo dependencia del empresarios hayan incurrido en culpa o negligencia.

Se trata de depurar las responsabilidades derivadas por los daños y perjuicios producidos al trabajador a consecuencia de la actuación de aquellas personas dentro del ámbito laboral que, interviniendo directa o indirectamente en la producción de los hechos que dieron lugar al siniestro, hayan incurrido en culpa o negligencia.

En el ámbito en que nos movemos, el Código Civil en su artículo 1.902 establece *"el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*, lo que viene a matizar el artículo 1.903 siguiente *"la obligación que le impone el artículo anterior es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder"*.

En todo caso, el artículo 1.101 del citado texto legal puntualiza *"quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella"*.

La responsabilidad en principio se presume que existe, una vez constatada la producción de un daño, salvo que las personas responsables prueben que emplearon toda la diligencia debida y exigible para prevenir el daño. Presunción, por tanto, que se desvirtúa a través de hechos que así lo acrediten y demuestren fehacientemente la falta de culpabilidad del presunto responsable.

La Sala de Conflictos del Tribunal Supremo sentó doctrina, respecto de la competencia del orden de la jurisdicción social para enjuiciar la responsabilidad por daños derivados de un incumplimiento contractual de índole laboral.

Actualmente corresponde, pues, a la jurisdicción social, la competencia para enjuiciar la responsabilidad contractual por infracción de la legislación laboral o en general con vulneración de normas en materia social. Ciertamente si no se constata infracción a la normativa laboral, la competencia es de la jurisdicción civil.

Con independencia de la competencia de una u otra jurisdicción para enjuiciar la responsabilidad, ésta es única y tiene su fundamento legal en normas de derecho civil. Ello vendrá determinado en su caso por el origen del incumplimiento del obligado a reparar el daño producido. Bien tenga origen contractual con infracción de la normativa laboral, contractual con infracción de normas que no infringen la normativa laboral o extra contractual simplemente sin infracción de normativa concreta (en estos dos últimos supuestos es competencia de la jurisdicción civil).

Conviene puntualizar al respecto que, aunque la responsabilidad es única, es posible obtener una sentencia en el orden civil y otra en el orden social sobre la misma cuestión de fondo. Desde luego el tribunal que falle con posterioridad habrá de tener en cuenta las indemnizaciones ya percibidas por el lesionado so pena de producirse un enriquecimiento injusto.

Cuando el accidente de trabajo se produce en el centro de trabajo del empresario principal, aunque el accidentado no estuviera prestando servicios por cuenta del titular del centro de trabajo (empleado de subcontratista), éste será responsable de los daños producidos si, interviniendo directa o indirectamente en la producción de los hechos que dieron lugar al siniestro, incurre en culpa o negligencia.

El empresario titular del centro de trabajo responderá solidariamente con el empleador, cuando de los hechos que dieron lugar al accidente se constate una concurrencia de culpa o negligencia de ambos empresarios. O existirá un único responsable, el empleador o el empresario titular del centro de trabajo, si la conducta observada es achacable sólo a uno de ellos.

La tasación de los daños es subjetiva y dependerá en cada caso de las lesiones que se produzcan, de la situación familiar, de las prestaciones sociales reconocidas, de la necesidad de ayuda de tercera persona, de la edad, etc. En determinados casos la indemnización solicitada ha superado los 100.000.000,- de pesetas, en reclamaciones seguidas ante la jurisdicción social.

2. Responsabilidad laboral

En el ámbito laboral la responsabilidad de los empresarios o encargados del servicio se origina por la comisión de infracciones a la normativa laboral y de Seguridad Social vigente.

La responsabilidad es de origen contractual. Es necesario que se produzca un incumplimiento de las normas laborales que rigen el contrato de trabajo en materia de seguridad y salud en el trabajo.

El vínculo jurídico que une al trabajador con el empresario es el contrato de trabajo. Del contrato de trabajo se derivan una serie de derechos y obligaciones para ambas partes. Derechos y deberes unas veces contenidos expresamente en el contrato de trabajo y otras implícitamente incorporados por ser de obligado cumplimiento al establecerlo así una norma legal (derecho a la protección en materia de seguridad, y el deber de prestarla por el empresario, etc.).

El empresario empleador puede no ser el único responsable. El empresario principal titular del centro tiene el deber expreso de vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de aquellos contratistas y subcontratistas que realizan obras o servicios correspondientes a la propia actividad en su centro de trabajo (artículo 24.3, Ley de Prevención).

Cualquier incumplimiento de los derechos y obligaciones a los que hemos hecho referencia, siempre y cuando guarden relación o sean causa directa o indirecta de la producción del daño o del accidente, determinará la responsabilidad contractual del obligado a respetarlos.

Podemos dividir en dos grupos principales la responsabilidad que genera su incumplimiento. **El primer grupo lo constituyen las sanciones administrativas a imponer por la infracción de normas en materia de seguridad y salud en el trabajo.** A su vez la sanción puede consistir en un multa económica o en la aplicación de un recargo en las prestaciones económicas por falta u omisiones de medidas de seguridad.

La multa económica, la tipifica la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en leve, grave y muy grave. Y su cuantía varía de 50.000,- pesetas a 100.000.000,- de pesetas, atendiendo a las especiales circunstancias que concurren.

El procedimiento que impone la multa es administrativo y se inicia por actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante el levantamiento de la correspondiente acta de infracción. El inspector actuante propone la multa y resuelve la Autoridad Laboral competente a nivel provincial, el Director General de Trabajo, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social y/o el Consejo de Ministros, según el importe o cuantía de la multa.

En última instancia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa resolver los recursos contra la resolución administrativa que las imponga.

El recargo de prestaciones económicas por falta u omisión de medidas de seguridad, consiste en un incremento del 30 al 50 por 100 de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas al accidentado o a sus causahabientes en caso de fallecimiento.

El porcentaje del recargo, se concreta en la obligación de capitalizar el coste de la renta que deba percibir el accidentado o sus causahabientes mientras vivan, depositando un capital único que cubra la pensión mensual a percibirse en el futuro, si ésta es vitalicia. Si se trata de prestaciones periódicas, esto es, no vitalicias sino temporales, el responsable u obligado al pago abonará mes a mes la cantidad que corresponda (incapacidad temporal). Generalmente el período transitorio de baja del accidentado, concluye con el reconocimiento de la pensión vitalicia correspondiente, si éste ha sido grave, por lo que en tal caso existiría la obligación de responder por ambas. Una obligación no excluye a la otra.

También en este caso el procedimiento es administrativo, si bien lo inicia y lo impone el Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social del lugar donde ocurrió el accidente. La resolución que dicte será recurrible ante la jurisdicción social a quien corresponderá en última instancia revocar o confirmar la decisión

adoptada en vía administrativa. A diferencia de lo que ocurre con la multa que la propone inicialmente la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y resuelve en última instancia la jurisdicción contencioso-administrativa.

El segundo grupo lo constituye la responsabilidad civil que consiste en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al trabajador por el accidente sufrido con cargo al empresario o empresarios responsables, que deberá dilucidarse ante la jurisdicción social o civil, según se trate de un incumplimiento contractual de índole laboral o no, y del que ya hemos hecho referencia en el apartado anterior.

En materia de Seguridad Social **el descubierto en el pago de cuotas a la Seguridad Social** obliga al deudor a responder del pago de las prestaciones económicas. Responsabilidad que no se deriva a causa del accidente en sí mismo, sino por no tener cubierta la contingencia asegurable derivada de accidente de trabajo.

No es necesario, entonces, que se infrinjan normas en materia de seguridad y salud en el trabajo. Basta con no cumplir con el deber general que todo empresario tiene de cotizar a la Seguridad Social por aquellos trabajadores que prestan servicio bajo su dependencia.

En este último supuesto, la responsabilidad se impone por aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, que la extiende con carácter solidario al empresario principal o titular del centro de trabajo en caso de contratas o subcontratas correspondientes a la propia actividad contratada. El fundamento legal, pues, para imponer la responsabilidad no es un precepto del código civil.

El descubierto puede ser total o parcial. Total por no ingresar la totalidad de las cuotas correspondientes. Parcial cuando no se cotiza parte de las cantidades de naturaleza salarial que percibe el trabajador, por lo que la responsabilidad se extiende solo por la diferencia de las cantidades no cotizadas (infraseguro).

Detectado un descubierto la competencia para exigir la responsabilidad por falta de pago de cuotas a la Seguridad Social es de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, quien levantará la correspondiente acta de liquidación, resolviendo definitivamente en vía administrativa el Director Provincial del INSS.

Todas las responsabilidades que hemos descrito, son compatibles en sí, y ninguna excluye a la otra, por lo que pueden concurrir todas a la vez, incluida la responsabilidad de índole penal de la que hablaremos en el apartado siguiente.

3. Responsabilidad penal

El incumplimiento de la normativa contenida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales puede generar también responsabilidades en el ámbito penal que alcancen al empresario empleador, al titular del centro de trabajo o empresario principal o a los administradores o encargados del servicio responsables de dicho incumplimiento.

Desde este ángulo analizaremos la responsabilidad penal por la responsabilidad en que incurre quien infringe las normas de prevención de riesgos laborales que ponga en peligro la integridad física de los trabajadores.

Tal incumplimiento, se tipifica en el Código Penal vigente en su artículo 316, como delito contra los derechos de los trabajadores.

3.1 Infracción de las normas de prevención de riesgos laborales que pongan en peligro la integridad física de los trabajadores

El responsable es el empresario o encargados del servicio que no faciliten los medios adecuados para que los trabajadores desarrollen su actividad con las medidas de seguridad y salud en el trabajo adecuadas.

Es necesario que el incumplimiento del presunto responsable por falta u omisión de medidas de seguridad genere un menoscabo en la integridad física del trabajador, concreto y evaluable. La mera expectativa del daño que pudiera haberse producido, a nuestro juicio, no es suficiente para incluir tal conducta en el tipo delictivo que regula el artículo 316 del Código Penal.

Sería difícil precisar, y de carácter subjetivo, cuándo una concreta falta u omisión de medida de seguridad pone en peligro la vida o la integridad física del trabajador sino se constata lesión alguna. En suma, pertenece al grupo de los delitos denominados de "resultado", lo que exige necesariamente con carácter previo la existencia de un daño producido por la conducta del sujeto responsable.

La responsabilidad penal recaerá en el empresario titular del centro de trabajo o encargados del servicio, cuando la obligación de facilitar las medidas de seguridad y salud en el trabajo correspondan a estos últimos y hayan incurrido en infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.

El Código Penal castiga con la pena de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses (máximo 50.000,- pesetas diarias).

Como las personas jurídicas no pueden ser consideradas como "autoras del delito", la pena se impondrá a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiéndolo remediar, no hubieren adoptado medidas para ello (artículo 318 del Código Penal).

La persona criminalmente responsable de un delito, lo es también civilmente si del hecho se derivan daños y perjuicios (artículo 116.1 del Código Penal).

La responsabilidad penal llevará entonces aparejada necesariamente la responsabilidad civil, si la conducta del responsable ha causado daños. Ambas, penal y civil, son compatibles entre sí y pueden exigirse por separado ante la jurisdicción civil o la jurisdicción social, según proceda.



Prevención de Riesgos Laborales y el gobierno de la empresa

Vicente Cancio

**Director de Zurich, Servicios de Prevención
S.A.**

AGERS, 29 de Noviembre de 2000



ZURICH

Servicios de Prevención



Cambios en el entorno

- Entorno legal
 - Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y legislación complementaria
-
- Legislación universal, sin plazos de adaptación, con importantes obligaciones y sanciones

Cambios en el entorno

- Entorno Social
 - Medios de comunicación
 - Administraciones competentes
 - Planes de Choque 2000 contra la siniestralidad laboral
 - Prohibición de contratación con la administración pública
 - Incremento porcentaje de sanciones sobre actuaciones Inspección de Trabajo
 - Sindicatos
 - Sobre gobierno central y sobre gobiernos autonómicos
-

Cambios en el entorno

- Entorno empresarial
 - Mayor sensibilidad
 - Legislación y actuaciones complejas y especializadas
 - Avance hacia la coordinación de las áreas de calidad, medioambiente y prevención
 - Gestión de proveedores y coordinación de actividades
 - Avance tímido por falta de medios y oferta fuerte del mercado
-

Oferta a las empresas

- Mercado

- Poco transparente en precio y servicio relacionado con ese precio
- Negocio que requiere por imperativo legal y de gestión de una notable dedicación de recursos
- La dirección y dedicación de estos recursos es directamente proporcional a los avances preventivos de la empresa
- Escasa adaptación al negocio y a las necesidades concretas de la empresa

Factores Clave

- Gestión estratégica de RRHH
- Gestión imagen sociedad
- Gestión económica
- Gestión de responsabilidades

Gestión Recursos Humanos

- Ubicación natural de la gerencia de PRL por razones históricas
- Principio ético de actuación empresarial
- La dirección estratégica de RRHH y la gestión de la prevención de esos recursos humanos deben ser coherentes
- La gestión de PRL reviste valor para el empleado: está velando por su seguridad y salud

Gestión recursos humanos

- Gestión relaciones laborales
 - La prevención de riesgos laborales incide de forma importante sobre este concepto:
 - Evolución del entorno sindical y aumento de la presión sindical externa e interna
 - Creación de figuras legales como delegados de prevención y Comités de Seguridad y Salud
 - En caso de siniestro grave o muerte la actuación sindical es inevitable (interna y externa)
 - Personación en procedimientos
 - Deterioro clima laboral

Gestión recursos humanos

- Gestión relaciones laborales
 - Si la actuación preventiva no avanza
 - Posibilidad de conflicto en Comité de Seguridad y Salud
 - Deterioro clima laboral
 - La gestión preventiva requiere de la participación de los trabajadores
 - Procedimiento de comunicación
 - Constitución y gestión del CSS
 - Actuaciones concretas (evaluaciones de riesgos, formación a delegados, formación e información)

Gestión imagen

- Gestión imagen o valor de la marca
 - Atención especial en caso de siniestro
 - Definición procedimiento de actuación frente a
 - Inspección de trabajo y procedimiento administrativo-laboral
 - Actuación judicial penal
 - Medios de comunicación
 - Sindicatos locales y Comité de Empresa
 - Administración y aseguradoras
 - Posibilidad de liderar un cambio cultural en la gestión de las relaciones laborales
 - Imagen frente a administración, sindicatos, empleados e inversores



Gestión económica

- Control de los costes directos
 - Gestión mutuas accidentes
 - Conciertos de prevención actuales
 - Recursos propios dedicados total o parcialmente a la prevención de riesgos laborales
 - Control de los costes derivados de la siniestralidad laboral
 - Coste asegurador cobertura responsabilidad civil patronal accidentes colectivo y vida
 - Coste absentismo
 - Costes indirectos
 - Costes de la no calidad
-

Gestión responsabilidades

- Protección frente a responsabilidades
 - Organos de Gobierno y personal directivo
 - Operaciones de compra y venta: *due dilligence*
 - Responsabilidades administrativas, laborales, civiles y penales
- Gestión de responsabilidades
 - Definición de funciones y responsabilidades
 - Procedimientos de actuación en caso de siniestro
 - Coberturas aseguradoras: responsabilidad civil patronal, responsabilidad civil directivos y consejeros



Prevencción y gerencia de riesgos

- La prevención es un asunto que afecta a la gestión de las personas pero que su resolución es, en muchos casos, técnica
- Buena parte de las actuaciones en PRL afectan a áreas de prevención genérica
- La gerencia de prevención supondrá un cambio en el perfil de la gerencia de riesgos

PRL y gerencia de riesgos

- Areas de PRL propias de RRHH
 - Todo los aspectos relacionados directamente con la gestión de relaciones laborales
 - Elección del modelo preventivo
 - Consulta trabajadores en distintas fases del proceso (derecho de participación)
 - Comité de seguridad y salud
 - Delegados de prevención
 - Análisis propuestas de solución a la luz de relaciones laborales
-

PRL y gerencia de riesgos

- Areas de PRL propias de gerencia de riesgos
 - Gestión técnica de prevención
 - Evaluaciones iniciales y específicas de riesgos
 - Planificación preventiva
 - Control avance medidas correctoras
 - Análisis propuesta de inversiones
 - Protección aseguradora y no aseguradora frente a responsabilidades
 - Validación calidad actuaciones técnicas proveedores servicios
 - Coordinación actuaciones calidad y

Propuesta de futuro

- Mayor implicación en la gestión PRL
- Gerencia de riesgos como órgano de asesoramiento y gestión RRHH quién debe retener las funciones propias que afectan a la gestión de relaciones laborales
- Intervención decisiva en una buena gestión de PRL
- Mayor información y coordinación entre ambos

Propuesta de futuro

- Sólo conociendo de que forma afecta la gestión de PRL al gobierno de la empresa podemos implicar a los órganos de dirección de la misma y conseguir un decidido apoyo e impulso esa gestión

Zurich Prevención

- Consultora especializada en gestión de la prevención para grandes empresas
- Fundada en 1999 y filial 100% Zurich España
- Oficinas en Madrid, Barcelona y Valencia
- 40 profesionales de todas las áreas preventivas
- Autorizada para actuar en todo el territorio nacional

Zurich Prevención

- Actuaciones consultoría
 - Análisis y diagnóstico situación preventiva sociedad, grupos de empresas o sectores de actividad asociados
 - Análisis de costes
 - Coordinación actividades y gestión ETT´s
 - Gestión de proyectos
 - Catálogos de buenas prácticas contratación y catalogación proveedores
 - Soluciones informáticas de gestión

Zurich Prevención

- Actuaciones preventivas
 - Resumen Catálogo de actuaciones
 - Evaluaciones iniciales
 - Evaluaciones específicas
 - Investigación de accidentes
 - Asistencia en Inspecciones
 - Planes de prevención
 - Planes y cursos de formación
 - Manuales de gestión
 - Actuaciones en Vigilancia de la Salud



Zurich Prevención

– Contacto

- Vicente Cancio
 - vicente.cancio@zurich.com
 - Avda Diagonal 431 Bis
 - 0836 Barcelona
 - Teléfono directo 933667455
-

D. GREGORIO BENITO - CCOO

Como sin duda ustedes conocen la salud de nuestra salud laboral es preocupante y ha sido calificada continuamente por los máximos responsables del M° de Trabajo de situación inaceptable. Sin embargo, y contradictoriamente, en la práctica se viene aceptando. En mi opinión, en aras de no poner dificultades a un crecimiento puramente cuantitativo que empieza a dar señales de agotamiento y de desequilibrios estructurales.

Diversos analistas han considerado la situación de la salud laboral como el aspecto más negativo de la política del gobierno Aznar. Dicha opinión se corrobora por la toma de posición de las instancias más variadas de nuestro país.

El Pleno del Congreso de Diputados del 24-2-98, aprueba una moción en la que califica de "preocupante la evolución de las cifras de siniestralidad laboral", instando al gobierno a que "elabore y adopte" una serie de medidas contra la misma.

Fruto de dicha moción y en base a un Plan de Choque presentado por CC.OO. y U.G.T., la cumbre de Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Organizaciones Empresariales y Sindicales, celebrada el día 29 de

Octubre de 1998, aprueba un **PLAN DE ACCION SOBRE LA SINIESTRALIDAD LABORAL.**

Las resistencias empresariales, las distintas políticas autonómicas y sobre todo la falta de voluntad real retrasa seriamente la puesta en práctica del **PLAN DE ACCION** y sus efectos, y de nuevo la dura realidad de la evolución de la siniestralidad laboral provoca decisiones institucionales.

El núcleo duro del discurso de clausura del 7º Congreso de CC.OO. denuncia la situación de la siniestralidad laboral en nuestro país y anuncia movilizaciones. Previamente CC.OO. y U.G.T. de la Construcción convocan con éxito una Huelga General de 2 días y posteriormente presentan 600.000 firmas en el Congreso en apoyo de una Iniciativa Legislativa Popular que regule la subcontratación.

El sector del transporte por carretera se moviliza bajo el eslogan **LA FATIGA MATA.**

Empiezan a aparecer condenas por delito contra el derecho a la salud de los trabajadores.

Diversas Fiscalías designan fiscales especiales o coordinadores para los casos de accidentes de trabajo.