

EL MODELO DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES*

YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA**

Resumen: El trabajo identifica y analiza el riguroso y complejo régimen de responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones preventivas, tanto en sus presupuestos de hecho como en sus correspondientes consecuencias. Dicho régimen, coherente con el extenso catálogo de obligaciones de seguridad y salud en el trabajo que conforma el deber general de prevención de riesgos laborales del empresario en nuestro sistema, remarca su responsabilidad a la medida del rigor obligacional, sin perjuicio de advertirse también cómo tal exigencia de responsabilidades, inicialmente compatibles entre sí, termina generando disfunciones y problemas técnicos de alcance, además de escasa colaboración en la más eficaz actuación preventiva de las empresas.

Palabras clave: deber de prevención, protección de la seguridad y salud en el trabajo, responsabilidad empresarial en materia preventiva, riesgo laboral.

Abstract: The paper identifies and discusses in detail the rigorous and complex employer or corporate liability regime for non-preventive obligations, both in its factual assumptions and in the related consequences. This regime, consistent with the extensive and strict catalog of health and safety obligations at work that makes up the general duty of prevention of occupational risks of the entrepreneur in our system, stresses their responsibility to the extent of rigor obligational, subject also noted how such liability claims, initially compatible with each other, ends up creating dysfunctions and technical problems of scope, as well as lack of cooperation in the most effective preventive action of enterprises.

Keywords: duty of occupational risks prevention, health and safety at work protection, employer or corporate liability for non-preventive obligations, occupational risk.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES; II. RESPONSABILIDAD CIVIL; III. RESPONSABILIDAD PENAL; IV. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA; V. RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL; VI. LAS DIFUNCIONES DERIVADAS DE LA CONCURRENCIA DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA PREVENTIVA; 1. Preliminar; 2.- La concurrencia de las responsabilidades penal y administrativa; 3. La competencia del orden social para resolver la íntegra responsabilidad

* Fecha de recepción: 3 de julio de 2012.

Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2012.

** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

derivada del incumplimiento de obligaciones preventivas; 4. Los problemas de articulación de la responsabilidad de Seguridad Social y de la responsabilidad civil; VII. EL DISEÑO DE UN CUADRO DE RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES COHERENTE Y EN CLAVE DE PREVENCIÓN.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El régimen de responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones preventivas es amplio y riguroso, muy heterogéneo y afflictivo en lo que afecta a las responsabilidades actuables, inicialmente compatibles entre sí, y en lo relativo a sus consecuencias que abarcan desde penas privativas de libertad hasta multas de cuantía significativamente superior al resto de infracciones administrativas del orden social. Cuadro riguroso coherente con el extenso catálogo de obligaciones de seguridad y salud en el trabajo que conforma el deber general de prevención de riesgos laborales del empresario, y que remarca su responsabilidad a la altura del rigor obligacional. Ciertamente, la LPRL no introdujo significativas novedades en el régimen sancionador –sí en la tipificación de las infracciones administrativas–, que ya contaba en este ámbito con mecanismos de represión y compulsión muy reforzados e incisivos, acordes con el valor jurídico de los bienes tutelados –la vida, integridad y salud del trabajador–, procurando garantizar su respeto y plena eficacia.

Responsabilidades y sanciones que no son los únicos instrumentos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones empresariales, uniéndose a ellos los propios controles internos de las instancias representativas de los trabajadores y los órganos encargados de la prevención en la empresa, sin perjuicio de ser aquellas primeras las que ocupan el papel protagonista en la función de garantía de la seguridad y salud en el trabajo. Aun cuando actúan a posteriori, sancionando incumplimientos ya producidos, lo que no obsta su finalidad preventiva, consecuencia de su virtualidad pedagógica y disuasoria de la infracción empresarial que resulta del temor a la imposición de sanciones exigentes y heterogéneas que, conjuntamente, incentivan el respeto y cabal observancia del complejo entramado obligacional. En este sentido, es destacable del diseño de estas responsabilidades su finalidad indiscutiblemente preventiva, cubierta en especial en el plano de la responsabilidad penal y administrativa, resultado del valor colectivo o público del bien jurídico tutelado. Pero a ella se añade una segunda función de carácter más claramente reparador de los daños efectivamente ocasionados como consecuencia de la infracción de la normativa de prevención o aun de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales producidos sin conexión con eventuales responsabilidades empresariales, que evidencia la vertiente más individual o privada¹.

¹ De confluencia natural de técnicas protectoras diversas habla M^a.E. CASAS BAAMONDE, “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, en M^a.E. CASAS, M.C. PALOMEQUE y F. VALDÉS (coords.), *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*. Madrid (La Ley-Actualidad), 1997, p. 56.

Ese segundo caso, de una parte, compensa el daño sufrido, de forma objetiva e independiente de la culpabilidad empresarial, por la vía de la protección social, que permite superar el estado de necesidad provocado por aquel daño de carácter profesional; de otra, la objetivación apriorística del daño causado independiza la cuantía de la prestación del efectivo daño sufrido, permitiendo completar el que excede de esa protección objetiva vía responsabilidad civil y recargo de prestaciones, otra fórmula de responsabilidad de Seguridad Social revestida de peculiaridades. Sería inadecuado afirmar que estas segundas responsabilidades reparadoras carecen de virtualidad preventiva, coadyuvando también a reforzar el cumplimiento de la actividad de prevención del riesgo laboral en la empresa, pero su articulación es poco discutible que no se dirige a evitar el daño, sino a proteger al ya damnificado, enfatizando su carácter indemnizatorio o resarcitorio.

Desde luego, el juego conjunto de todas estas técnicas persigue un mismo resultado, coadyuvando a una suerte de ejemplaridad social y de fomento de la cultura preventiva, aunque actúan de forma diversa y no todas tienen, en sentido estricto, un componente represivo, sino reparador de la situación lesionada. Además, garantizan fines diversos y aplican principios diferenciados, propios de los órdenes jurídicos en que se enmarcan². Con todo, este catálogo de responsabilidades no oculta algún elemento común, cual es la existencia, presupuesto de todas ellas, de un incumplimiento del empresario de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. No existe responsabilidad sin incumplimiento, aun cuando este es interpretado con alcance tan amplio que permite presumir que la puesta en peligro de aquellos bienes o la producción de un daño genera responsabilidad, al cubrirse completamente el ámbito de diligencia exigible al empresario y presuponer que se generen daños o situaciones de riesgo al margen de un efectivo incumplimiento de la normativa. No obstante, sobre ese común denominador, cada responsabilidad actúa luego de manera diversa en la valoración del elemento volitivo o subjetivo, en la exigencia o no de daño y, desde luego, en sus efectos. Ello obliga a atender cada responsabilidad conforme a las reglas propias de su rama jurídica, respetando sus singularidades; y su depuración debe ventilarse en sus respectivos órdenes jurisdiccionales, a salvo la absorción de la competencia del orden social para resolver sobre la responsabilidad civil por daños derivados del trabajo. El resultado compone un panorama desordenado, a veces disfuncional y poco propiciador de seguridad jurídica, imponiendo un esfuerzo de conjunción y complementación de normas distintas con finalidades diversas y reglas, régimen jurídico y principios informadores independientes y autónomos, lo que puede llegar a cuestionar la verdadera

² De ahí que, por ejemplificar, para el desencadenamiento de algunas basta una mera situación de riesgo, mientras otras imponen la existencia de un daño derivado del trabajo; igualmente, el elemento culpable actúa de forma más o menos rigurosa y la culpa del sujeto lesionado posee o no relevancia en la calificación misma de la responsabilidad empresarial. En general, criticando la ruptura del régimen de responsabilidades que la LPRL provoca, al regular de forma incompleta e ignorar el alcance de las concurrentes, véase G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo*, cit., p. 469. En parecido sentido, M. CORREA CARRASCO, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*. Madrid (Fundación Alternativas), 2007, p. 11; AA.VV., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., pp. 23 y ss.

eficacia del diseño previsto. De ahí la necesidad de coordinar y proporcionar coherencia interna a un esquema de responsabilidad complejo y mal vertebrado incapaz de asegurar la mejor protección, porque una configuración tan aparentemente contundente como la aquí aplicable, comprensiva de la práctica totalidad de las técnicas punitivas y resarcitorias, acaba poniendo en cuestión la mejor satisfacción de ambas funciones y favoreciendo escasamente la prevención. Problemas que, más que en el marco de las responsabilidades punitivas, se advierten en las de carácter reparador o indemnizatorio, sin garantizar tampoco la completa reparación del trabajador damnificado.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL

De naturaleza privada y no sancionadora, persigue el resarcimiento o reparación del daño sufrido por un sujeto derivado de la acción u omisión de otro, mediante la indemnización de los perjuicios causados. Carece, pues, de naturaleza preventiva directa, sino netamente reparadora, y su exigencia se basa no tanto en la existencia de una infracción, que debe concurrir, cuanto en la constatación de un daño resarcible. Responsabilidad civil exigible de tipo contractual (arts. 1101 y ss. CC), y no extracontractual o aquiliana (arts. 1902 y ss. CC)³, porque se desenvuelve entre trabajador y empresario por el incumplimiento de este último de deberes que tienen su origen en el contrato de trabajo y el deber de prevención que genera, lo que incluye la infracción de obligaciones legales, convencionales y contractuales, pues es la ley, no el pacto individual, la que impone el deber general de protección de la seguridad y salud en el trabajo [arts. 4.2.d) y 19 ET y 14.1 LPRL]. Trasladando el tenor del art. 1101 CC a nuestro ámbito, cuando el empresario, en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas, incurra en dolo, negligencia o morosidad o de cualquier modo contravenga el tenor de dichas obligaciones, queda sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios causados al trabajador. Responsabilidad, en puridad, no puramente objetiva, pues se alude a un elemento doloso o culposo, aunque existe una clara tendencia a la objetivación que matiza, sin excluir completamente, el juicio de culpabilidad, al ponerse el acento en el hecho de contravenir las obligaciones, que parece considerar una situación ajena al elemento volitivo. Ello obliga al análisis del contenido de la obligación general de seguridad del empresario, cuya contravención en cualquier modo desencadenaría una responsabilidad civil de resarcimiento de los daños causados.

En definitiva, el criterio de imputación de la responsabilidad será el complejo obligacional que contiene la LPRL, cuyo incumplimiento, sumado a un daño, bastando con

³ Sin perjuicio de la posible exigencia de responsabilidad extracontractual por daños del incumplimiento preventivo empresarial originado a terceros ajenos a la relación laboral o aun a los propios trabajadores en circunstancias distintas del desenvolvimiento de la relación de trabajo, sin perjuicio de la posible exigencia de responsabilidad civil extracontractual por daños que el incumplimiento empresarial en materia preventiva determine para terceros ajenos a la relación laboral o aun para los propios trabajadores en circunstancias distintas del desenvolvimiento de la relación de trabajo.

que el empresario no disponga todos los medios que el ordenamiento exige para evitar o controlar los riesgos laborales. Y es que el extenso deber de diligencia atribuido a dicho sujeto, que impone no solo el cumplimiento de las obligaciones expresamente previstas sino de cualesquiera otras adecuadas a la garantía de la seguridad y salud de los trabajadores, permite que emerja con facilidad un juicio de negligencia suficiente para atribuir responsabilidad culposa. Salvo que la actuación del trabajador fuera relevante para la causación del daño –imprudencia temeraria, conforme al art. 15.4 LPRL–, o caso fortuito y fuerza mayor, conforme al art. 1105 CC⁴. Como reitera la jurisprudencia, se establece una responsabilidad cuasiobjetiva por los daños causados, toda vez que los mismos son previsibles y están producidos por una actividad con riesgo de originarlos y en beneficio del empresario causante de esta situación⁵. Así, si a esta construcción jurídica se le añade la inversión en la carga de la prueba, se alcanza prácticamente una responsabilidad objetiva, aun sin excluir automáticamente el componente volitivo, que sigue teniendo presencia en el juicio de imputabilidad. Porque la tendencia a la objetivación de esta responsabilidad no llega a independizarla por completo del elemento culposo, como corresponde al deber de prevención como obligación de medios y no de resultado. En definitiva, responsabilidad por culpa, aunque significativamente objetivada, por la propia configuración de la obligación empresarial prevención de riesgos laborales⁶.

Aquí radica un elemento diferencial con la responsabilidad de Seguridad Social, objetiva en algunos de sus contenidos, cuya duplicación vía civil, de nuevo sin atención a la culpa, puede ser jurídicamente discutible. Por ello, el demandante habrá de probar, junto a la existencia y cuantificación del daño sufrido, la relación de causalidad entre daño e

⁴ Lo que se respeta el art. 5.4 de la Directiva Marco, que permite a los Estados excluir o disminuir la responsabilidad empresarial por hechos derivados de circunstancias ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales cuyas consecuencias no hubieran podido evitarse cualquiera que fuera la diligencia desplegada.

⁵ Cfr., por todas, las SSTs 22 en. 2002 y 7 feb. 2003 y las en ella citadas. El TS destaca el pleno sentido de este enfoque de la cuestión cuando, desde la creación de riesgos por actividades ventajosas para quienes las empleen, se contemplan daños a terceros ajenos al entramado social que se beneficia de este progreso y desarrollo, es decir cuando los riesgos sociales son valorados frente a personas consideradas predominantemente de modo individual, como sucede en el derecho civil; pero la cuestión cambia radicalmente de aspecto cuando el avance tecnológico alcanza socialmente tanto al que emplea y se beneficia en primer lugar de las actividades de riesgo –empresarios– como a quien los sufre –trabajadores–. En este caso la solución es la creación de una responsabilidad estrictamente subjetiva, que garantizando los daños sufridos por estas actividades peligrosas, previene al tiempo los riesgos económicos de quienes al buscar su propia ganancia crean un bien social, como son los puestos de trabajo. Este justo equilibrio, es el que desde antiguo se ha venido consiguiendo, con la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y con toda la normativa a ella aneja, adecuada no solo al conjunto social de empresas y trabajadores, sino que permite mediante las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, acomodar en cada empresa las ganancias del empresario con la indemnización de los daños sufridos por los trabajadores en accidentes laborales y enfermedades profesionales.

⁶ De nuevo lo expresa con claridad el TS, al afirmar que la responsabilidad del empresario sobre la que pueda hacerse efectiva la indemnización es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional, destacando que la base de la responsabilidad descansa en la culpa o negligencia (SSTS 2 feb. 1998, 18 oct. 1999, 22 en. 2002, 7 feb. 2003).

incumplimiento empresarial. Si bien, interpretado este último en los amplios términos de diligencia aplicables, la prueba principal del adecuado cumplimiento de su obligación o la existencia de causas de exoneración que excluyen el juicio de imputabilidad recae en el empresario. En la práctica, se interpreta por los tribunales, en general, como una verdadera inversión de la carga de la prueba, fruto del rigor de las obligaciones empresariales que permiten entender que el daño causado deriva de un incumplimiento o, al menos, de un acto antijurídico, salvo prueba en contrario del deudor del deber de seguridad, porque se considera más asequible la prueba de la diligencia empresarial que exime de responsabilidad que la prueba de negligencia por el trabajador.

Establecido el juicio de imputación, la consecuencia será la imposición de una indemnización económica por los daños y perjuicios causados, en cuya cuantificación participan los de carácter patrimonial, directos (emergentes), indirectos (lucro cesante) y los daños morales, en la cuantía discrecionalmente determinada por el órgano judicial. Cabe moderar el *quantum* indemnizatorio por la concurrencia de elementos extraños a la sola culpabilidad o negligencia del empresario o por la cualificación de la actuación del deudor (arts. 1103 y 1105 a 1107 CC), siendo su cuantía proporcionada o adecuada al daño, pues su finalidad es compensar plenamente todos los causados a la víctima, pero solo estos.

III. RESPONSABILIDAD PENAL

Sirviendo a la tutela de bienes del máximo valor jurídico, relativos a derechos esenciales de la persona, como son los del ámbito preventivo, su actuación da idea del grado de exigencia del cumplimiento de la normativa preventiva. Pero plantea dos serios problemas que recomiendan su más razonable intervención en este contexto:

- Por su carácter de ultima *ratio*, la responsabilidad penal, la más rigurosa y contundente del ordenamiento jurídico sancionador, debiera constituir una respuesta dirigida solo a infracciones de prevención de riesgos laborales de singular gravedad, evitando ser salida común o habitual a cualesquiera otras en este ámbito, donde la normativa dispone de instrumentos más adecuados y eficaces; otra solución, lejos de proteger mejor los derechos afectados, puede provocar distorsiones poco garantistas de la seguridad y salud en el trabajo.
- Por presuponer la infracción de deberes sin definición penal e integrada por referencia a la normativa preventiva, se ha llegado a hablar de tipo penal en blanco contrario a principios básicos de todo derecho sancionador –tipificación y legalidad de las conductas infractoras–, que impide penalizar conductas sin definición literal como delito en el propio Código Penal. Aunque el TC avala esta técnica, admitiendo rellenar el aparente vacío de estos tipos penales por remisión a previsiones extrapenales legales o reglamentarias, por la agilidad normativa que exige

la realidad social que no garantiza la aprobación de una ley orgánica, pudiendo dejar impunes comportamientos merecedores de sanción penal⁷.

En todo caso, el resultado es la previsión de una responsabilidad penal para un supuesto de hecho realmente amplio que cubre la práctica totalidad de la infracción de normas preventivas. Responsabilidad que sanciona no tanto la infracción de normas preventivas o deberes de seguridad, aun siendo ineludible ese presupuesto, cuanto poner en peligro los bienes jurídicos protegidos por no facilitar medios legalmente previstos para su garantía. Es, sin duda, una responsabilidad claramente sancionadora o punitiva, aun con un cierto carácter preventivo, pues la imposición de las sanciones más graves, si no en el plano patrimonial sí en el de afectación de la persona responsable, puede servir como interesante instrumento disuasorio del incumplimiento preventivo.

En este sentido, el Código Penal contiene distintas figuras para actualizar la responsabilidad empresarial por infracción de deberes preventivos, entre las que cabe el concurso de delitos. De una parte, los tipos específicos dirigidos a la protección de la seguridad y salud en el trabajo (arts. 316 a 318); de otra, los tipos genéricos que penalizan los daños actualizados sobre las personas que permiten incluir los derivados del trabajo que sufran los trabajadores, muy abundantes: desde el delito de homicidio (arts. 138 y 142) hasta los delitos de lesiones con un amplio elenco de tipos según los resultados producidos (arts.

⁷ Señala el TC que el derecho a la legalidad penal supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada, la ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado (cfr., por todas, la SSTC 137/1997, 262/2006, 29 y 129/2008, 91/2009 y 57/2010). Y en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios a utilizar está constituido por el respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*, criterio inicial que debe complementarse con el recurso a un doble parámetro de razonabilidad: metodológico, enjuiciando si la exégesis de la norma y subsunción en ella de las conductas contempladas no incurre en quiebras lógicas y resultan acordes con modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica; y axiológico, verificando la correspondencia de la aplicación del precepto con las pautas valorativas que informan el ordenamiento constitucional (STC 128/2008 y 91/2009). Así, la imposición de una pena privativa de libertad que se encuentre falta del correspondiente fundamento legal, no sólo lesionará el principio de legalidad penal, sino que supondría una flagrante violación del derecho a la libertad personal, que no sólo es un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino también un derecho fundamental (art. 17.1 CE) que garantiza el derecho a no ser privado de la misma salvo en los casos y en la forma previstos en la Ley (SSTC 234/2007 y 59/2008). En consecuencia, frente a decisiones judiciales restrictivas de la libertad, esta afectación del valor libertad exige que la decisión adoptada, no sólo represente la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción sea presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales de ella, por la ponderación, de conformidad con los fines constitucionalmente fijados a las penas privativas de libertad, de los bienes y derechos en conflicto (por todas, STC 222/2007). La trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal exige, en consecuencia, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre o no el supuesto previsto en la Ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican cada concreta institución (STC 57/2010).

147 y ss.), pasando por las faltas contra las personas, variables también en función de las consecuencias producidas (arts. 617 y ss.). Mientras que la primera responsabilidad nace exclusivamente por el incumplimiento de los deberes de seguridad y salud en el trabajo, esto es, se trata de delitos de prevención o, en terminología penal, delitos de riesgo o de peligro, la segunda se aleja del modelo preventivo, por tratarse de delitos de resultado, aunque su origen sea un riesgo laboral.

La experiencia aplicativa de la responsabilidad penal en materia preventiva no descarta la mayor operatividad de los delitos genéricos frente a los específicos de riesgo, más propios de nuestro ámbito, porque ha tendido a penalizarse las conductas lesivas de la seguridad y salud de los trabajadores concretadas en resultados dañosos, reconduciendo los tipos penales a esas figuras genéricas, con frecuencia en su cualidad de faltas por imprudencia leve o delitos por imprudencia grave, excluido casi siempre el dolo. De no corregirse la tendencia, el Código Penal no satisfará fielmente la protección estricta de la seguridad y salud en el trabajo, pues los tipos dirigidos a su tutela resultan muy escasamente aplicados respecto de aquellos primeros⁸, máxime si el resultado lesivo de un delito imprudente neutraliza el reproche jurídico consustancial al delito de peligro y olvida que caben ambos por el concurso de delitos y por proteger bienes distintos –sancionar el daño producido no protege el peligro creado para otros no dañados efectivamente–. Ello, conectado con la posterior relación entre responsabilidad penal y administrativa, la prejudicialidad de la primera y aplicación marginal de la segunda, puede ir en detrimento de la mejor tutela de los derechos en juego.

En cuanto al tipo específico, el art. 316 CP contempla como delito la conducta de quien, con ocasión de la infracción de las normas preventivas, y estando legalmente obligado, no facilita los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, poniendo en peligro grave su vida, salud o integridad física⁹. En tales casos, se castiga al infractor con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Delito de riesgo doloso completado con otro culposo, en idénticas circunstancias pero por imprudencia grave, determinando una pena aplicada en su grado inferior (art. 317 CP). La lectura de ambos preceptos implica que basta la idoneidad lesiva de la conducta sobre los bienes protegidos, estableciendo una relación de causalidad entre la necesidad y adecuación de los medios que no se facilitan y que resultan obligados

⁸ Sobre los caracteres del tipo penal, cfr. las SSTs(Penal) 26 sep. 2001 y 29 jul. 2002, para las que el tipo penal que incorpora el art. 316 es un delito de omisión, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores; omisión, en expresa remisión a la normativa laboral relativa a la prevención de riesgos laborales.

⁹ Sobre este tipo de responsabilidad, más ampliamente, véase F. BARBACHO, P. RIVAS y M.A. PURCALLA, “La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores”, *TS*, 1999, núm. 99, pp. 24 y ss.; J. TERRADILLOS BASOCO, “La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *TL*, 1999, núm. 50, pp. 173 y ss.; S. AGUADO LÓPEZ, “Responsabilidad penal por incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales”, *TS*, 2001, núm. 132, pp. 29 y ss.

para asegurar la vida y salud de los trabajadores y la generación de un peligro para tales bienes, lo que permite hablar de delito de riesgo o de peligro.

Medios que serán los previstos en la normativa preventiva, materiales o físicos –equipos de protección individual, por ejemplo– e inmateriales –formación e información, por citar alguno–, si impuestos por el deber de seguridad legal, convencional o de normas jurídico-técnicas que incorporen verdaderos mandatos, no meras recomendaciones. Además, han de ser indispensables para garantizar la seguridad y salud en el trabajo, lo que excluye de responsabilidad penal algunas infracciones que, con relevancia administrativa, carecen de entidad penal suficiente por no dirigirse directamente a garantizar la seguridad y salud, como son los deberes de documentación o comunicación a la autoridad laboral. Aun cuando el tenor literal de las normas parece llevar a la exclusiva tipificación de omisiones –no facilitar los medios–, el tipo incluye las acciones positivas, pues lo relevante para la norma penal es eludir por acción u omisión la conducta exigible que arriesga la vida o salud de los trabajadores. Además, siendo un delito de riesgo que no exige resultado dañoso, sí impone un peligro grave y cierto, especialmente proclive al daño, por su severidad o posibilidad. Por ello, cabría trasladar a este ámbito la noción de riesgo grave e inminente que utiliza el art. 4.4º LPRL, que el derecho administrativo sancionador utiliza para calificar como muy grave la infracción que, sin esas cualidades, se quedaría en grave, reforzando la idea de considerar aplicable el delito solo a las infracciones de mayor gravedad, evitando ser recurso natural de todo incumplimiento prevencionista, al margen de su gravedad.

Por su parte, en cuanto al elemento subjetivo, para apreciar responsabilidad penal ha de mediar dolo o culpa concretada en imprudencia grave (arts. 316 y 317 CP, respectivamente), siendo los delitos de riesgo por incumplimiento de las obligaciones preventivas, en general, más fácilmente subsumibles en el tipo culposo que doloso, pese a que este último aparece como el injusto básico. Así, será infrecuente que el empresario tenga una verdadera intencionalidad de causar un daño a sus trabajadores, derivando más bien la situación de peligro de una insuficiente o inadecuada organización y planificación preventiva en la empresa achacable a negligencia. Elemento volitivo donde reside la diferencia entre la responsabilidad administrativa y penal, debiendo reservarse esta segunda para la creación de situaciones de riesgo grave provocadas con intencionalidad o imprudencia también grave, alejando del tipo penal conductas sancionables en otro ámbito menos exigente con el elemento culpabilista.

En cuanto a la identificación del sujeto responsable, esta cuestión plantea en lo penal un doble dilema. Primero, si es el empresario el único sujeto responsable porque, aunque el tipo penal no identifica expresamente al agente, es indudable que, correspondiendo a aquel las obligaciones de no facilitar los medios necesarios para proteger la seguridad y salud de los trabajadores, el empleador será con probabilidad el responsable penal, sin excluir a otros sujetos a quienes incumbe asegurar el cumplimiento de la obligación empresarial,

como señalan nuestros tribunales¹⁰. De ahí que, junto al empresario, ya de forma alternativa o acumulativa, quepa imponer sanción penal a otros sujetos, en particular, los encargados de la prevención en la empresa por su posición de garantes de la deuda de seguridad que ha contraído el empresario. Un segundo problema respecto del sujeto responsable derivaba del tradicional carácter personal de la responsabilidad penal, que terminaría haciendo impracticable la responsabilidad penal sobre personas jurídicas, sin perjuicio de que el vigente art. 31 bis CP reconozca ahora la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que cabe extender a nuestro ámbito. Además, recuérdese que el art. 318 CP, norma especial respecto del art. 31 CP¹¹, atribuyen la responsabilidad penal a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociendo los hechos previstos en los preceptos anteriores y pudiendo remediarlos, no lo hubieran hecho. Se refiere a la responsabilidad de quienes actúan en nombre y representación de la empresa, con poderes delegados de la misma en materia preventiva, a quienes cabe imputar directamente la actuación omisiva de los deberes preventivos que son necesarios y adecuados, así como a los superiores que debían vigilar y ordenar su cumplimiento, estableciendo una suerte de coautoría por tolerancia que define la correcta identificación del sujeto responsable.

Respecto de los primeros, parece que el concepto de administradores conduce estrictamente a quienes ostentan tal condición en la normativa mercantil aunque, de carecer de facultades organizativas directas en el seno de la empresa y control inmediato sobre el desarrollo de la actividad laboral, no habrá imputabilidad por ausencia de los caracteres subjetivos necesarios. En cuanto a los encargados del servicio, la expresión parece remitir a los responsables prevencionistas en la empresa –trabajadores designados, miembros de los servicios de prevención propios o ajenos o de los recursos preventivos internos–, pues a ellos corresponde la ejecución de las medidas preventivas, de concurrir en ellos el elemento subjetivo de imputación. En todo caso, se excluyen los delegados de prevención, pues su función en materia preventiva es meramente representativa, no ejecutiva. Por último, también pueden ser responsables otros sujetos que omitieran lo preciso para evitar el delito, lo que, en el fondo, introduce un nuevo tipo penal, pues elude en ellos la obligación de facilitar los medios, bastando con abstenerse de impedir que se cause el peligro; idea coherente con

¹⁰ Así, las SST(S(Penal) 26 sep. 2001 y 29 jul. 2002 que, tras señalar que la responsabilidad afecta solo a los legalmente obligados a facilitar las medidas de prevención, afirman que tal obligación vincula también a sujetos distintos del empleador si están obligados a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la actividad y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados, porque solo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, constituyendo una cooperación necesaria a la comisión del delito.

¹¹ Este precepto dispone que “el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”, añadiendo su siguiente párrafo que si en tales supuestos “se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.

que la actuación preventiva deba integrarse en todos los niveles jerárquicos de la empresa (art. 16.2 LPRL), concretada aquí en la responsabilidad de los niveles superiores que, conociendo la no facilitación de los medios necesarios para proteger la seguridad y salud de los trabajadores, y pudiendo remediarla, se mantienen pasivos.

Por concluir, recuérdese, en fin, que a la responsabilidad penal puede acompañar la exigencia de responsabilidad civil derivada de delito (arts. 109 y 116 CP), que puede solicitarse dentro del propio proceso penal, en cuyo caso no cabe reclamación posterior ante la jurisdicción civil, salvo que la sentencia penal sea absolutoria para solicitar lo que no se ventiló vía penal. También cabe solicitar inicialmente la responsabilidad civil derivada de delito en vía civil, renunciando a hacerlo en sede penal, sin perjuicio de esperar a la resolución del proceso penal, vinculante para la primera. Al respecto, cuando son dos o más los responsables de un delito o falta, el órgano judicial señalará la cuota de que deba responder cada uno, siendo los autores y los cómplices, dentro de su respectiva clase, responsables solidarios entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables, al tiempo que la responsabilidad penal de una persona jurídica implicará su responsabilidad civil en los términos penales previstos de forma solidaria con las personas físicas condenadas por los mismos hechos.

IV. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

La responsabilidad administrativa ocupa la posición nuclear en el ámbito de las responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales y refleja el papel principal de la administración en la garantía de la seguridad y salud en el trabajo, en coherencia con la naturaleza pública de los bienes protegido, compatible con su carácter contractual y su origen en la relación de trabajo. Clara responsabilidad punitiva, no reparadora, que actúa imponiendo sanciones económicas por la conducta del sujeto infractor, normalmente el empresario, con independencia del daño producido y en protección del interés jurídico-público de garantizar los derechos a la seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, con sanciones cuya cuantía es significativamente más elevada que en las restantes infracciones administrativas del orden social, a la visión puramente represiva se suma una faceta preventiva, de disuasión del incumplimiento e incentivo del cumplimiento del deber general de prevención.

Comparte en su *modus operandi*, pues, muchos de los caracteres propios de la responsabilidad penal y típicos de todo derecho sancionador, aun desarrollándose sobre un distinto elemento subjetivo o culposo. Aunque ello no hace objetiva o independiente de la culpa del infractor la responsabilidad administrativa, opera con menos rigor que en el ámbito penal, por el alto grado de exigencia de las obligaciones propias del deber de protección –integral– del empresario, que determina una diligencia muy rigurosa, que apenas le exime de responsabilidad y justifica la imposición de sanciones a personas jurídicas y el juego de responsabilidades no sólo directas e intransferibles, sino solidarias.

Esta responsabilidad, verdadera alternativa a la sanción penal, y prioritaria ante ilícitos menos graves que los que tienen relevancia penal, no oculta la gran similitud entre ambas, tanto en su fundamento, no otro que la protección de bienes jurídicos de trascendencia pública y la garantía de un medio de trabajo seguro, cuanto en la propia tipificación de las conductas sancionables. En este sentido, no sorprenderá que muchas de las infracciones administrativas, también configuradas por el riesgo y no por el resultado, fueran subsumibles en el tipo penal, obligando a diferenciar con nitidez la aplicación de una y otra responsabilidad y a reservar a la segunda la actuación frente a las conductas más graves y lesivas del bien jurídico protegido. Sin olvidar tampoco que, siendo ambas responsabilidades manifestación del derecho sancionador estatal y coincidiendo en la identificación del presupuesto que pone en marcha la sanción, haya que evitar su actuación simultánea, huyendo de sancionar doblemente una misma conducta, como se verá.

Cuanto antecede permite extraer ya alguna consecuencia en relación con la identificación del sujeto responsable. La LPRL establece en materia de prevención básicamente obligaciones empresariales, lo que explica que sea el empresario el principal sujeto responsable por su incumplimiento en el ámbito administrativo, ya sea persona física o jurídica, privada o pública, sin perjuicio del procedimiento especial relativo a esta última (art. 45 LPRL). Si, inicialmente, el empresario era el único sujeto responsable administrativo, la normativa sumó luego otros sujetos sancionables por esta vía, lo que se compadece hoy con la genérica previsión del art. 5.2 LISOS, que alude a “los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad”, y las específicas de sus arts. 11 a 13. Así, tal responsabilidad abarca a los trabajadores por cuenta propia y los promotores y propietarios de obra, que asumen deberes de colaboración, así como a las entidades especializadas que actúan como servicios de prevención ajenos, como auditoras o como entidades formativas, que también realizan funciones preventivas y asumen responsabilidades por su actuación; sin olvidar otros sujetos que, aun empresarios, carecen de vínculo contractual con los trabajadores titulares de los derechos de protección, como la empresa usuaria, si emplea trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, o la empresa principal respecto de los trabajadores de contratas y subcontratas. En todo caso, es clara la exclusión de la posible exigencia de esta responsabilidad de los trabajadores, quienes, pese a ser sujetos obligados también en el ámbito de la prevención, dirimen su responsabilidad en el estricto marco contractual bajo el poder disciplinario empresarial¹².

¹² Se ha criticado esta opción excluyente argumentando que las conductas de los trabajadores no pueden ser ajenas a la actuación inspectora al valorar el grado de cumplimiento de la normativa preventiva y que la garantía de la seguridad y salud en el trabajo también requiere la intervención del trabajador (más ampliamente, AA.VV., *Responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., pp. 37-38). En este sentido, los autores terminan proponiendo incluir al trabajador como sujeto infractor, a imagen de lo que sucede con la ley contra el tabaquismo, que admite la responsabilidad del trabajador por fumar en los lugares de trabajo o conforme a la solución propuesta por la legislación alemana (pp. 245 a 247).

Como se ha dicho, la responsabilidad administrativa tiene naturaleza sancionadora, siéndole aplicables las reglas y principios propios del *ius puniendi*, como señala la jurisprudencia constitucional, que exige trasladar al ámbito de la potestad administrativa los principios constitucionales que limitan la responsabilidad penal¹³. Tal es el caso del principio de legalidad, que requiere que las infracciones y sanciones administrativas, así como el órgano y procedimiento sancionador se plasmen en norma de rango legal; de tipicidad, que obliga a que la norma legal exprese claramente la conducta objeto de sanción, la sanción aplicable y su graduación; de proporcionalidad, que impone la adecuación entre la entidad o gravedad de la conducta sancionable y de la sanción impuesta, y, en fin, de *non bis in idem*, que representa la interdicción de la duplicidad de sanciones por una misma conducta, lo que prohíbe la acumulación de sanción penal y administrativa. Principios a los que se ajusta cabalmente nuestro derecho administrativo sancionador en materia preventiva, pues infracciones, sanciones y procedimiento sancionador se contemplan en norma legal (LPRL y LISOS), están perfectamente tipificadas no sólo las infracciones y sanciones sino los criterios de graduación de las mismas a efectos de determinar la aplicable (arts. 11 a 13, 39.3 y 40.2 LISOS), se garantiza el principio de que a una falta leve, grave o muy grave corresponda una sanción de idéntico carácter (art. 40.2 LISOS) y, en fin, se asegura que un mismo sujeto, por un mismo comportamiento, no sea sancionado simultáneamente por vía penal y administrativa, actuando como responsabilidades alternativas (arts. 42.5 LISOS y 5 RD 928/1998).

Aún más, en orden a la tipicidad, su efectiva plasmación en la normativa sancionadora del orden social no oculta el relativamente enojoso listado de infracciones previstas expresa y directamente en los prolijos arts. 11 a 13 LISOS, hasta suponer una traslación eventualmente innecesaria al ámbito de la responsabilidad del total catálogo de obligaciones contempladas y reguladas en la LPRL. Sin particular afectación al principio de tipicidad, entiendo suficiente calificar como infracción los mismos incumplimientos, evitando la repetición del contenido obligacional ya plasmado en la norma sustantiva. En otras palabras, la norma manifiesta un exceso de celo en el respeto a la necesaria tipificación de las conductas sancionables que, entiendo, se garantiza de forma suficiente con la remisión al contenido concreto de cada obligación cuyo incumplimiento genera responsabilidad administrativa. De hecho, en este mismo contexto de la tipificación de las infracciones administrativas, de la genérica referencia del art. 42.1 LPRL al sometimiento de responsabilidad por el incumplimiento de la normativa preventiva importa más, sin duda, la referencia a la norma sustantiva que recoge la obligación de cuyo incumplimiento se trata que el concepto de infracción misma. Fórmula de tipificación indirecta, habitual en el ámbito de la responsabilidad administrativa, donde la infracción resulta definible solo desde la regulación sustantiva cuyo incumplimiento genera responsabilidad. En cambio, esa tipificación suele reiterar mandatos y obligaciones sustantivos, añadiendo que su incumplimiento en los términos previstos por la norma material constituye infracción. Aunque tampoco faltan casos de formulación genérica

¹³ Por ejemplo, las SSTC 133/1987, 137 y 151/1997, 273/200, 64/2001, 129/2003, 297/2005 y 77/2006.

y abstracta que, sin identificar contenidos concretos, define como infracción cualesquiera incumplimientos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, lo que presenta la ventaja de que apenas deja escapar responsabilidad alguna advertido cualquier incumplimiento, porque el tipo abierto facilita incorporar todos los producidos en este ámbito, sin arriesgar una identificación cerrada y exhaustiva mediante infracciones muy concretas y rígidas en su definición capaces de excluir comportamientos realmente vulneradores de las obligaciones preventivas no sancionables por el referido principio de tipicidad.

En conclusión, esa técnica de tipificación abierta explica que sea francamente difícil imaginar algún incumplimiento a la normativa preventiva no subsumible en alguno de los supuestos contemplados en los arts. 11 a 13 LISOS. Sin afectar a la seguridad jurídica ni al principio de que solo es sancionable lo expresamente previsto como tal, porque el juego de interrelación y concurrencia tipificadora entre norma sustantiva y sancionadora siempre permite una identificación segura de la conducta activa u omisiva susceptible de sanción, completando la primera norma las referencias generales utilizadas por la segunda, de cuyo contenido cabe extraer su verdadero alcance y sentido.

En cuanto a la garantía del principio de legalidad en las conductas, tampoco existe reproche alguno por que la obligación vulnerada que refleja la infracción se contenga en norma reglamentaria o convenio colectivo, fuentes ambas de la normativa preventiva (art. 1 LPRL). Lo que, por lo demás, confirma el listado de los arts. 11 a 13 LISOS, en cuyos supuestos de hecho han de encuadrarse, en todo caso, los incumplimientos sancionables, muchos de los cuales no pueden identificarse sino por remisión a normas reglamentarias y convencionales¹⁴. En cambio, pese a formar parte de la normativa preventiva *ex art. 1 LPRL*, no son infracciones administrativas los incumplimientos de las normas jurídico-técnicas no incorporados a una norma legal, reglamentaria o convencional ni los que afectan al contenido de las guías técnicas referidos en muchos reglamentos de desarrollo de la LPRL; elaboradas por el INSHT, su valor es el de mera recomendación, no obligación propiamente dicha, y su inobservancia no constituye un incumplimiento en sentido estricto.

En otras palabras, el concepto de normativa sobre prevención de riesgos laborales es más reducida en el ámbito de la responsabilidad, aun ampliada luego por el hecho de que de la regulación de la prevención de riesgos laborales susceptible de exigir responsabilidad

¹⁴ En relación con el papel de la negociación colectiva como instrumento regulador de obligaciones complementarias o suplementarias cuya transgresión puedan constituir infracción en materia preventiva, nótese que la misma, siendo fuente de obligaciones en materia preventiva añadidas, en su caso, a las de carácter legal, es capaz también de ampliar el ámbito de responsabilidad. La única exigencia que se contempla es que dichas obligaciones o contenidos cuyo incumplimiento sea susceptible de sanción se contengan en cláusulas normativas, no obligacionales. De nuevo, en este caso, la exigencia de responsabilidad pasa por que dicho incumplimiento sea subsumible en alguno de los tipos previstos, lo que, en base a las consideraciones realizadas acerca de la existencia de una técnica tipificadora indirecta y abierta que se completa con referencia a normas heterónomas o autónomas, no debe suponer obstáculo a la calificación como infracción de la inobservancia de las cláusulas convencionales, vinculando estas últimas a la autoridad sancionadora a efectos de imputar la correspondiente responsabilidad administrativa.

administrativa no se agota en la LPRL y sus disposiciones de desarrollo, al incluir otras leyes y reglamentos cuyo objeto, no directamente de regulación de la seguridad y salud en el trabajo, sí tienen una decisiva incidencia sobre ese ámbito o contienen disposiciones que afectan a tal materia. Normas laborales o extralaborales significativas, en la medida en que regulan aspectos preventivos, han de considerarse fuente de eventuales incumplimientos sancionables administrativamente si subsumibles en los tipos de infracción previstos en la LISOS.

Sobre la técnica tipificadora de muchas de las infracciones preventivas, que utiliza conceptos jurídicos indeterminados, lo cierto es que caben aquí similares argumentos a los empleados para justificar la mayor exigencia de cumplimiento de la normativa preventiva. No es una cualidad extraña o que permita entender vulnerado el principio de tipicidad; al contrario, se compeadece con una formulación cuyo antecedente está en la propia norma sustantiva, de la que cabe extraer criterios suficientes para identificar la conducta imputable, conjurando el riesgo de una libre y arbitraria conformación del tipo por la autoridad sancionadora. Porque, como señalan nuestros tribunales, su concreción es factible en base a criterios lógicos, técnicos o de experiencia, que permiten identificar con seguridad la naturaleza y características de la conducta prohibida¹⁵. Cuando la LPRL o sus normas de desarrollo usan conceptos abstractos y amplios para definir las obligaciones y deberes preventivos, no puede exigirse de la norma sancionadora la utilización de técnica distinta, de suerte que si es identificable lo obligado, también ha de serlo su infracción. Por lo demás, conviene señalar que muchas obligaciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo se establecen en atención a estándares de diligencia y de actuación difícilmente objetivables o generalizables de modo apriorístico, al depender de las circunstancias concurrentes en la empresa, lo que tiene adecuado reflejo en la identificación de su correspondiente infracción.

Insistiendo sobre el elemento objetivo que define las infracciones administrativas en materia preventiva, quieren destacarse algunos rasgos identificativos:

1º) La infracción puede serlo tanto por acción como por omisión, lo que se adecúa a la naturaleza de muchas de las obligaciones preventivas que, exigiendo un deber de hacer, son más vulnerables por una abstención o un dejar de hacer que por una acción positiva; en todo caso, son infracciones tanto dejar de hacer lo que se debe como hacerlo defectuosa o insuficientemente, bastando el mero incumplimiento del deber o la mera idoneidad de la conducta para generar o incrementar el riesgo, sin necesidad de daño, que servirá luego, en su caso, de criterio de graduación de la sanción a imponer.

2º) La acción u omisión debe contener un elemento de antijuridicidad, esto es, constituir un incumplimiento doloso o culposo que presuponga voluntariedad del sujeto infractor; aunque la obligación de diligencia máxima implícita al deber de prevención promueve que la práctica totalidad de los incumplimientos en materia preventiva quepa imputar, al menos, a

¹⁵ Por todas, la STS(CA) 13 oct. 1998, que recoge a su vez amplia cita jurisprudencial.

culpa leve, generalmente en forma de negligencia, aun incorporando en todo caso el imprescindible elemento volitivo generador de la responsabilidad administrativa de su autor.

3º) El incumplimiento debe ser reconducible a algunos de los supuestos tipificados expresamente como infracciones en materia preventiva, lo que acota materialmente el ámbito de la infracción e identifica formalmente el incumplimiento de una norma legal, reglamentaria o convencional, en los términos antes señalados.

Todavía sobre la tipicidad de las conductas, en conexión ahora con el principio de proporcionalidad, los reiterados arts. 11 a 13 LISOS, en coherencia con su art. 1.3, clasifican las infracciones preventivas en tres categorías: leves, graves y muy graves. Calificación dependiente de la naturaleza del deber infringido y entidad del derecho afectado, no del daño producido, porque a la infracción administrativa basta la mera situación de riesgo generada, operando el daño solo *a posteriori*, para graduar la sanción a imponer, no para calificar la infracción. Principio de proporcionalidad que se refleja también en el momento de imposición de la sanción que, nuevamente diferenciada en leve, grave y muy grave, admite criterios de graduación para agravar o atenuar la responsabilidad (arts. 39.3 y 40.2 LISOS). En definitiva, la calificación de la infracción como leve, grave o muy grave se ajusta a la verdadera naturaleza del incumplimiento y a los derechos que vulnera, en una relación de causalidad que adecúa la imposición de la sanción a los fines que persigue. Por ello, un mismo incumplimiento de la normativa preventiva o la infracción de un mismo deber preventivo puede merecer un grado de gravedad diverso en la calificación de la infracción, en función de su mayor o menor afectación a la seguridad y salud en el trabajo o de las circunstancias en que se produjo.

En este sentido, aun sin abordar la pluralidad de conductas tipificadas como infracción en cada una de esas prolijas categorías en juego, basten algunas consideraciones de carácter general para identificar el verdadero sentido y alcance de la responsabilidad administrativa.

Respecto de las infracciones leves, son tales los incumplimientos de la normativa preventiva de escasa entidad, ya por el carácter de la obligación incumplida, ya por las consecuencias de riesgo o daño que derivan para la salud y seguridad de los trabajadores. Riesgo que aquí se considera de carácter leve, por la escasa probabilidad de producir daños o, de producirse, por su escasa entidad. De ahí que, básicamente, se aluda a deberes de carácter documental o formal, no sustantivos, cuya tipificación suele ser imprecisa o abierta, exigiendo la oportuna remisión a las obligaciones de cuyo incumplimiento se trata. En definitiva, son acciones u omisiones de escasa significación en el riesgo que crean para la seguridad y salud de los trabajadores y, con frecuencia, respecto de deberes de carácter formal o documental respecto de la autoridad laboral. Lo que se sanciona, pues, no es crear una situación de riesgo, quizá inexistente, sino incumplir meras obligaciones formales, indicio, en su caso, de la inobservancia de deberes más sustantivos susceptibles de acarrear infracciones de mayor gravedad, pero que ahora se conforma con identificar una gestión

inadecuada o insuficiente de la prevención de riesgos en la empresa. Aquí, único sujeto responsable es el empresario –o asimilado–, pues el incumplimiento deriva de obligaciones atribuidas en exclusiva a dicho sujeto.

En cuanto a las infracciones graves, presuponen un grado intermedio de gravedad coherente con la mayor entidad del incumplimiento, tanto por la naturaleza del deber infringido, como por la probabilidad y severidad del riesgo generado sobre los trabajadores, susceptible de provocar daños más graves, aun bastando la pura situación de peligro para la seguridad y salud en el trabajo. La magnitud del riesgo provocado por el incumplimiento es, así, el principal elemento diferencial entre las infracciones leves, graves y muy graves, siendo relevante la naturaleza del deber infringido porque refleja la diversa entidad del riesgo susceptible de producir. Ello explica que ciertos incumplimientos de este precepto puedan sustituir su calificación como infracciones graves por muy graves si el riesgo creado pasa a ser grave e inminente¹⁶. Constituye el grueso de las infracciones enunciadas en materia preventiva, no solo en términos cuantitativos¹⁷, sino cualitativos, dado que existe una suerte de cláusula residual que permite incorporar al listado toda clase de incumplimientos implícitos y en abstracto a la normativa preventiva siempre que generen un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 12.16 LISOS). Se hace efectiva, entonces, una técnica de tipificación abierta y genérica que incorpora acciones u omisiones no identificadas de forma individualizada, sancionando en la práctica todo incumplimiento efectivamente generador de un riesgo revestido de la gravedad necesaria. Aunque, en lectura menos positiva, la amplitud se compagina con una más que considerable falta de ordenación y sistematización internas, que dificulta la identificación de los supuestos de hecho tipificados. Por último, sujeto responsable no es ahora solo el empresario, sino todos los incluidos en la genérica identificación del art. 5.2 LISOS, aun cuando la especial posición deudora que en materia preventiva ocupa el empleador explica que a él se refiera la mayor parte de las infracciones tipificadas, reconducibles, en general, al incumplimiento de obligaciones formales o documentales, al de obligaciones instrumentales de formación, información, consulta y participación y, en fin, al de obligaciones materiales o sustantivas, el grupo más nutrido. El resto de responsables suelen serlo por infringir deberes básicamente instrumentales o de información y, en menor medida, obligaciones sustantivas directas.

Finalmente, las infracciones muy graves definen conductas transgresoras de obligaciones preventivas que afectan de forma severa a los derechos e intereses más sensibles de los

¹⁶ Cfr., por ejemplo, los núms. 7, 8 y 9 del art. 12 LISOS, en relación con el art. 13.4, 6 y 10 de la misma norma.

¹⁷ A los 29 números previstos se añade la amplitud y heterogeneidad de muchas de las conductas contempladas, que permiten acoger indistintamente incumplimientos diversos, muchas veces ni siquiera relacionados con un mismo deber preventivo. Por ejemplificar, los núms. 4, 8 y 11 del art. 12 LISOS, que remiten a deberes preventivos de diverso contenido, así como sus núms. 16, 24, 27 y 28, en la diversificación de las conductas incluidas en una misma infracción preventiva. En realidad, se supera con creces la cifra de infracciones que cabe deducir de la sola numeración del precepto.

trabajadores, ya por razones subjetivas –afectan a colectivos de trabajadores especialmente protegidos–, u objetivas, por la naturaleza del riesgo que provocan, teniendo como elemento común el poner en especial situación de peligro la seguridad y salud de los trabajadores, habitual y expresamente concretado en la generación de un riesgo grave e inminente *ex art. 4.4º LPRL*. Ello transforma en muy grave idéntica conducta transgresora que, de no producir ese efecto, se calificaría de infracción grave, aun no exigiéndose siempre de manera explícita esa cualificación del riesgo, cuya mayor magnitud ya acredita el tratarse de actividades consideradas como peligrosas o sometidas a riesgos especiales. Importa, sobre todo, que se vulneren obligaciones que presuponen un reproche jurídico mayor, ya por afectar a colectivos especialmente vulnerables y expuestos a riesgos, ya por provocar o no evitar la generación de un riesgo grave e inminente. Como en los casos anteriores, la responsabilidad del sujeto infractor se desencadena por el mero incumplimiento de una obligación preventiva que crea un riesgo especialmente cualificado, ya definido de forma expresa a través del concepto de riesgo grave e inminente, ya implícito en la naturaleza misma de la obligación vulnerada, sin necesidad de causar daño. En cuanto al listado de infracciones muy graves, notablemente inferior al de graves y superior al de leves, se completa también ahora con una cláusula residual o de cierre para incorporar múltiples conductas transgresoras no expresamente especificadas en la norma (art. 13.10 LISOS), de modo que cualesquiera incumplimientos de la normativa preventiva puedan calificarse como infracción muy grave si producen un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, en cuanto elemento cualificador y diferenciador de la máxima gravedad de la infracción. Tampoco aquí el empresario es único sujeto responsable, al que se unen el promotor, el titular del centro de trabajo donde desarrollan actividades trabajadores de otras empresas, los trabajadores por cuenta propia y, en fin, las entidades especializadas que actúan como servicios de prevención ajenos o desarrollan o certifican la formación preventiva y las personas o entidades que realizan la actividad de auditoría. En cambio, sí diferencian esta categoría de infracciones muy graves los efectos sancionadores, acompañándose a las multas otras consecuencias: la publicidad de las sanciones firmes, cuyo papel estigmatizador y ejemplarizante es útil a la finalidad preventiva, y la cancelación de la acreditación otorgada por la autoridad laboral para actuar como servicios de prevención ajenos o entidades auditoras o formadoras, aplicable también a las infracciones graves.

Pero si alguna consideración especial merece la esfera de la responsabilidad administrativa es el elemento subjetivo exigido al infractor que, ya se dijo, lo diferencia netamente de la responsabilidad penal, llegando a concluirse, en ocasiones, que la administrativa es una responsabilidad de carácter objetivo, en la que basta el mero incumplimiento de las obligaciones preventivas, al margen de la culpa, si tipificado como infracción en la norma legal¹⁸. Conclusión, ya se dijo, incorrecta, pues siendo cierto que las infracciones no exi-

¹⁸ Se ha criticado que aunque se ha incrementado de forma significativa la cuantía de las sanciones administrativas, lo que da idea de la importancia de la responsabilidad administrativa en nuestro sistema de responsabilidades en materia preventiva, no se han mejorado los criterios utilizados para graduar las sanciones, “prescindiéndose de manera casi absoluta de la exigencia del requisito de culpabilidad, cuando menos mínima,

gen expresamente un elemento de culpabilidad, es incuestionable que, como todo derecho sancionador, su ejercicio ha de adecuarse a los principios de responsabilidad subjetiva e imputación por culpa. Que ese elemento subjetivo resulte menos riguroso que en el ámbito penal, por la menor afluencia de las sanciones impuestas y la propia configuración de la obligación preventiva, que compromete un deber de diligencia máximo dirigido a la consecución del objetivo de garantía eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, no niega su concurrencia. Si ello implica que, acreditado un incumplimiento preventivo, se dé una suerte de inversión de la carga de la prueba capaz de presumir existente un cierto componente de culpa, de intencionalidad de no cumplir las obligaciones previstas o de negligencia en su aplicación, cabe eximir de responsabilidad si demostrada en la conducta la concurrencia de elementos excepcionales no imputables al empresario, como la fuerza mayor o la imprudencia temeraria del trabajador. Si bien, no exime de responsabilidad la negligencia de terceros, como la de los trabajadores o personas u órganos con funciones preventivas en la empresa, como se deduce de los arts. 14.4 y 15.4 LPRL, este último respecto de los trabajadores. Tampoco el error basado en la dificultad aplicativa de la norma, inexcusable porque la elevada complejidad técnica de las obligaciones preventivas impone un estándar de diligencia acorde con ella, obligando al empresario a recurrir a la colaboración y asistencia de las instancias que la propia LPRL prevé cuando es incapaz de desenvolver por sí solo sus obligaciones. En definitiva, el elemento volitivo integra la conducta probada y permite apreciar una negligencia o elemento de culpa, por leve que sea, llevando a probar a quien quiera hacer valer lo contrario que desplegó la diligencia exigible. Ello asegura el principio de culpabilidad en el infractor y descarta la responsabilidad objetiva, pese a latir una responsabilidad subjetiva sensiblemente objetivada, de suerte que las infracciones administrativas de carácter preventivo no son ajenas a la voluntariedad, aun conduciendo a presumir la existencia, aun en grado mínimo, de culpa.

Por lo demás, respecto del sujeto responsable administrativamente, que el empresario sea el principal en la mayor parte de las graves y muy graves –único en las infracciones leves– es coherente con su condición de titular del deber general de prevención en relación con los trabajadores a su servicio y de los medios de producción y capacidad de organización y dirección donde se desenvuelven las obligaciones preventivas, obliga a incluir en la responsabilidad a sujetos sin la condición de empleador, al menos en relación con los trabajadores que dan origen a las obligaciones preventivas cuyo incumplimiento genera responsabilidad. En efecto, el empresario como responsable administrativo del incumplimiento

para imponerla sanción administrativa que corresponda” (AA.VV., *Responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., p. 39). Lo que lleva a los autores a la propuesta de acentuar la exigibilidad del comportamiento culpable, porque hacer bascular la actuación sancionadora en la incorrecta presunción generalizada de que el comportamiento culpable es intrínseco y estructural a la producción abstracta y objetiva de un incumplimiento, lleva a que los sujetos responsables administrativos dirijan su actuación no tanto a cumplir la norma como a evitar la responsabilidad pública, lo que recomienda acentuar la exigibilidad del elemento subjetivo capaz de mejorar los mecanismos de prevención (pp. 239-240).

de obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo lo es también por infracciones cometidas respecto de trabajadores no contratados por él y sin vínculo laboral alguno con la empresa, tales la empresa usuaria respecto de los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal y el de la empresa principal respecto de los trabajadores subcontratados. El empresario responde aquí por ser el titular del centro de trabajo donde se prestan los servicios y por dirigir y organizar la actividad laboral, que comprende la adopción de cuantas medidas sean necesarias para cumplir y hacer cumplir las normas sobre seguridad y salud en el trabajo, aun sin vinculación contractual directa con los trabajadores protegidos en su ámbito organizativo y aun no siendo empresario en sentido estricto. Como sucede en los supuestos de coordinación de actividades empresariales (art. 24 LPRL), donde la responsabilidad del empresario por obligaciones preventivas respecto de terceros ajenos a la empresa se basa en compartir un mismo espacio físico de realización de la actividad laboral o, más rigurosamente, por ser titular del centro de trabajo donde desarrollan actividades trabajadores de diversas empresas.

V. RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL

Esta responsabilidad, de naturaleza claramente reparadora del daño ya producido a la vida o salud de los trabajadores, protege al trabajador que ha sufrido un perjuicio derivado del trabajo, pero imponiendo el coste de esa protección al empresario incumplidor de deberes genéricos de colaboración con el sistema (art. 126 LGSS) o, lo que importa más aquí, deberes específicos por incumplimiento de medidas de prevención.

Esta segunda responsabilidad se concreta: 1º) en el recargo a costa del empresario de las prestaciones causadas por el trabajador (art. 123 LGSS); 2º) en el pago directo de prestaciones por incumplimiento empresarial de la orden de paralización que causa un accidente de trabajo (art. 195 LGSS) o incumplimiento del deber de vigilancia previa de la salud en puestos con riesgos de enfermedades profesionales (art. 197 LGSS). Exigencia de responsabilidad de carácter básicamente reparador, aun con función preventiva indirecta por su efecto disuasorio para el empresario que se evidencia de forma más precisa y directa, aun dentro del ordenamiento de protección social, por la vía del art. 108.3 LGSS, que permite una reducción del 10 por 100 del importe de las primas por contingencias profesionales en las empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención y un aumento de hasta un 20 por 100 de las que correspondan cuando exista reiterado incumplimiento por la empresa de las obligaciones en materia de prevención¹⁹. Supuestos de responsabilidad de

¹⁹ Precepto del que se ha venido reclamando con frecuencia su efectiva aplicación y que finalmente se ha desarrollado por RD 404/2010, de 31 de marzo, dando cumplimiento a una de las líneas de actuación contenidas en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 para contribuir a reducir la siniestralidad laboral. Más ampliamente, abogando por la implantación real de esta medida, más anunciada que practicada, me pronuncié en Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “La técnica *bonus-malus* en la prevención de riesgos laborales”, *RGDTSS*, 2003, núm. 1 (www.iustel.com).

Seguridad Social de la que se ha afirmado califica un género de responsabilidad objetiva, independiente del elemento subjetivo del sujeto infractor, explicable porque tal responsabilidad actúa a los solos efectos de proteger al trabajador que ha sufrido un daño derivado del trabajo y para sustituir los salarios que deja de percibir como consecuencia de la baja laboral que provoca la actualización de la contingencia. Impresión cuestionable, porque la responsabilidad solo opera así en algún supuesto concreto.

En efecto, la protección social del trabajador que se concreta en el derecho a prestaciones, diversas según las consecuencias del daño sufrido, objetiva claramente la responsabilidad empresarial sustitutiva de ese pago por la entidad gestora o mutua, toda vez que conecta con el aseguramiento obligatorio que se impone al empresario y que socializa el coste de la protección. Cuando cumple sus obligaciones de afiliación, alta y cotización, el coste de la protección corresponde al sistema, pues el regular aseguramiento del trabajador garantiza la plena cobertura del riesgo y la exoneración de toda responsabilidad en la materia. A la inversa, si se incumplen obligaciones formales de aseguramiento, la responsabilidad del pago de prestaciones se desplaza hacia el empresario, ahora de manera objetiva, sin necesidad de acreditar intencionalidad o culpabilidad. Responsabilidad objetiva que se convierte en exigencia de culpabilidad del empresario en los restantes supuestos de responsabilidad de Seguridad Social (arts. 123, 195 y 197 LGSS), porque a la existencia del riesgo se suma un comportamiento que permite imputarle el daño producido, con idéntica consecuencia de traslado de la responsabilidad de Seguridad Social por incumplimiento ahora de normas preventivas.

En relación con el recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, medida que se remonta a la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, supone una figura atípica y de naturaleza confusa, cuya finalidad ha sido favorecer el cumplimiento por el empresario de sus deberes en materia preventiva, asegurando al trabajador una protección reforzada basada en la preexistente responsabilidad objetiva empresarial en la actualización del riesgo profesional. Tal riesgo, protegido de forma automática por el sistema, evitaba las dificultades de probar la culpa del empresario en la omisión de medidas de seguridad que hubieran evitado el daño. Pero, probada la culpa, se desencadenaba esa mejora de la protección social del damnificado a cargo del empresario, conformando, por cierto, el verdadero derecho sancionador de este tipo de incumplimientos hasta la regulación de la actual responsabilidad administrativa en el ámbito preventivo.

Pero la innegable virtualidad histórica del recargo no oculta que, tras la LPRL, la figura presenta perfiles más que discutibles, serias distorsiones e interferencias con las restantes responsabilidades en materia preventiva y un encaje inadecuado en la concepción del nuevo modelo de prevención de riesgos laborales. Así, frente a la imputación por el riesgo, el recargo exige un daño y, frente a la imposición de multas, la medida impone recargo de prestaciones, generando confusión sobre su verdadera naturaleza jurídica sancionatoria del empresario in-

cumplidor o indemnizatoria del daño sufrido por el trabajador²⁰. Naturaleza cuya importancia es teórica y práctica, al depender de ella en buena medida la solución a los problemas de concurrencia del recargo con otros tipos de responsabilidad por incumplimientos preventivos.

El recargo de prestaciones consiste en la imposición a cargo del empresario de un incremento entre un 30 y un 50 por 100, según la gravedad de la falta, sobre la cuantía de la prestación económica que corresponda al trabajador víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se han observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta sus características, así como la edad, sexo y demás condiciones del trabajador²¹. Responsabilidad que actúa, así, sobre un elemento volitivo, pues a la existencia del daño se suma el incumplimiento empresarial de medidas preventivas imputable a dolo, culpa o, más frecuentemente, negligencia, siendo imprescindible la acreditación de la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, probando que este no se hubiera producido o que sus consecuencias hubieran sido de menor entidad de cumplirse las medidas preventivas aludidas. Sirven ahora idénticas consideraciones a las expuestas respecto de la infracción administrativa: dado el amplio espacio de la diligencia debida por el empresario en el cumplimiento de su deber general de prevención, casi siempre cabe presumir la culpa directa o *in vigilando*, debiendo demostrarse en contrario que se desplegó la que era exigible para destruir esa presunción o la actuación de acontecimientos excepcionales que desvirtúan la culpabilidad. A imagen de la responsabilidad administrativa, y por similares razones, se trata de una responsabilidad subjetiva fuertemente objetivada.

Aunque ello no obsta seguir interrogándose sobre la naturaleza sancionatoria o indemnizatoria del recargo que doctrina y jurisprudencia han debatido en extenso, aun decantados

²⁰ Sobre los argumentos a favor de una u otra naturaleza del recargo y sus consecuencias, M. PÉREZ MANZANO, “El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción”, en AA.VV., *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina* (dirs. S. Mir y M. Corcoy). Madrid (Edisofer), 2009, pp. 128 y ss.

²¹ Sobre la figura, más ampliamente, A. DESDENTADO y A. De LA PUEBLA, “Las medidas complementarias de protección del accidente de trabajo a través de la responsabilidad civil del empresario y del recargo de prestaciones”, en AA.VV., *Cien años de Seguridad Social*. Madrid (Fraternidad-Muprespa/UNED), 2000, pp. 639 y ss.; de los mismos, “La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia”, *TS*, 2001, núm. 125, pp. 13 y ss.; AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., pp. 77 y ss. y 229 y ss.; I. DURÉNDEZ SAEZ, “El recargo de prestaciones”, *REDT*, 2001, núm. 108, pp. 853 y ss.; J. GARCÍA ORTEGA, “El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional”, *TS*, 2001, núm. 125, pp. 53 y ss.; L. MARTÍNEZ GARRIDO, “Tutela judicial de la salud laboral: responsabilidad y recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. El principio ‘non bis in idem’ y la problemática de su aplicación”, en AA.VV., *Estudio de la prevención de riesgos laborales*. Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 1999, pp. 93 y ss.; M. A. PURCALLA BONILLA, *EL recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*. Granada (Comares), 2000.

mayoritariamente nuestros tribunales por la tesis de su carácter sancionador o punitivo²². A la cualidad sancionadora contribuye que la cuantía del recargo opere con independencia del daño producido, elemento imprescindible en la indemnización, al graduarse en un porcentaje que solo depende de la gravedad de la falta, y percibido por el trabajador cualquiera que sea la entidad del daño sufrido. Ello excluye su carácter compensatorio, reforzado con que tampoco es asegurable, al recaer directamente sobre el empresario infractor y hacer nulo cualquier pacto que traslade a otro sujeto la satisfacción de su importe. Asimismo, su imposición corresponde a la autoridad administrativa mediante resolución que pone fin al correspondiente procedimiento sancionador, lo que define su naturaleza pública y punitiva. Sin embargo, tampoco faltan elementos que califican la naturaleza indemnizatoria o reparadora del recargo, desde la literalidad misma del art. 42.3 LPRL cuando, al declarar la compatibilidad de responsabilidades, lo menciona junto a las indemnizaciones por daños y perjuicios, llevando a asociar ambas figuras reparadoras. Además, lo percibe el trabajador que sufre el daño, no la administración pública, excluyéndose cuando el trabajador fallece y carece de familiares con derecho a prestaciones de supervivencia, porque, no habiendo prestación, tampoco existe recargo, eliminando la mera ausencia de sujeto beneficiario el eventual componente sancionador de la figura. Es obvio que el recargo mejora la protección debida al trabajador no por el mero hecho de ser consecuencia de un incumplimiento empresarial, sino por existir un daño que reconoce una prestación social incrementada.

En definitiva, que hay razones que avalan tanto la posición que defiende la naturaleza sancionatoria del recargo como la resarcitoria del daño sufrido por el trabajador, sin dejar de cooperar tampoco, de forma indirecta, a los fines preventivos o disuasorios del incumplimiento. Pero, de tratarse de sanción, es *sui generis*, porque participa de elementos indemnizatorios, y, de ser reparación, es singular, al concretarse en una medida que suma a la prestación pública una cuantía adicional a costa del empresario, que sirve a efectos reparadores del trabajador aun sin atender al daño efectivamente producido. Así, el recargo implica una responsabilidad de compleja definición, que tanto sirve a fines punitivos como resarcitorios y, en todo caso, de naturaleza pública y no asegurable. Cualidad que es germen de múltiples problemas a los que luego se aludirá.

Por lo demás, en cuanto al supuesto de hecho que es premisa de la aplicación del recargo, cabe plantear si el incumplimiento que presupone el recargo se desenvuelve exclusivamente sobre las medidas expresamente contempladas o caben otras no citadas en el art. 123 LGSS pero que responden a la misma finalidad de garantía de la seguridad y salud en el trabajo. La más correcta lectura del precepto que, tras la mención de manifestaciones concretas del incumplimiento –máquinas, artefactos, instalaciones o lugares de trabajo que carezcan de dispositivos de precaución, estén inutilizados o en malas condiciones, así como medidas elementales de salubridad o de adecuación personal a cada trabajo–, señala otras de carácter genérico, permite entender incluidas cuantas obligaciones integran el deber de prevención del empresario, citadas o no expresamente por la norma. De ahí que cualquier

²² Véase, por todas, la STS 2 oct. 2000, con abundante cita jurisprudencial. También, la STC 158/1985.

incumplimiento de las obligaciones que integran el deber general de prevención del empresario es eventual presupuesto del recargo de prestaciones. Aunque la norma, previa a la LPRL, no se ajusta cabalmente a esta ni en su fondo ni en su forma, no parece objetable incluir en el art. 123 LGSS cualesquiera infracciones a la normativa preventiva, de existir el elemento subjetivo (objetivado) en el empresario infractor y la gravedad de la infracción, como confirma la doctrina constitucional al señalar la coincidencia de supuestos de hecho del recargo y de la infracción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales²³. Por cierto, la norma carece de criterios para graduar el porcentaje del recargo a imponer en función de la gravedad de la falta; dada su peculiar naturaleza de sanción, cabría asumir idénticos criterios a los del art. 39.3 LISOS en materia preventiva, sin perjuicio del amplio margen de valoración, revisable en sede judicial, de la entidad gestora²⁴.

Por su parte, en relación ahora con la responsabilidad de pago directo de prestaciones por el empresario como consecuencia del accidente de trabajo acaecido por incumplimiento de la orden de paralización (art. 195 LGSS, en relación con el art. 44 LPRL), se trata de una evidente sanción que equipara aquel incumplimiento a la falta de formalización de la afiliación, alta y cotización del trabajador, obligando al empresario al pago de las prestaciones, sin posible aseguramiento, y pese a la protección automática del trabajador por la entidad gestora o mutua que luego actuarán frente al empleador. Aunque nada dice el art. 195 LGSS, anterior a la LPRL, se aplica idéntica consecuencia de incumplirse la orden de cierre del centro de trabajo o suspensión de las actividades laborales (art. 53 LPRL), pues ambos supuestos, sobre revestir la misma nota de gravedad, comparten identidad de razón.

En lo relativo a la omisión de reconocimientos médicos previos o periódicos de los trabajadores cuando se ocupan puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales (art. 197.2 LGSS, en relación con su art. 196), ni efectos ni caracterización general de la figura difieren de la recién señalada. No existe aquí incumplimiento genérico del deber de vigilancia de la salud del art. 22 LPRL, cuya voluntariedad para el trabajador es la regla general, sino de los reconocimientos médicos previos y periódicos exigibles en el caso de trabajadores expuestos a enfermedad profesional, que remite a una normativa específica de carácter reglamentario y sobre criterios técnicos que permiten elaborar una guía de síntomas y patologías conectados con los agentes causantes de la enfermedad profesional. Ambos preceptos, relacionados con la vigilancia de la salud del trabajador, actúan, así, sobre planos distintos.

²³ Así, las SSTC 62/1984, 158/1985 y 143/2000.

²⁴ En este sentido, se ha criticado la desnaturalización de esta responsabilidad por el entendimiento excesivamente proteccionista que muestran los órganos judiciales en la valoración de los incumplimientos que dan origen al recargo, argumentándose que en no pocos casos no se valora si se ha producido imprudencia empresarial y, lo más, modulando esta última cuando también se aprecia imprudencia del trabajador, pero siendo excepcionales los supuestos en que no se aprecia infracción empresarial o se valora como única causa del daño la imprudencia del trabajador (AA.VV., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., p. 54).

Finalmente, a las responsabilidades de Seguridad Social analizadas se añade una última previsión que también conecta la responsabilidad empresarial con un incumplimiento en materia preventiva: el posible incremento para el empresario de hasta un 20 por 100 de sus primas por contingencias profesionales si incumple obligaciones preventivas. Actúa por el solo hecho de generar un riesgo y, a diferencia de los supuestos anteriores, no requiere la concurrencia de daño efectivo alguno (art. 108.3 LGSS). Realmente, no cabe hablar aquí de sanción, máxime si conectada con la contrapartida de carácter premial que actúa en la situación inversa, cuando el empresario se distinga por el empleo de medios eficaces de prevención capaces de reducir las primas en un 10 por 100. Se trata, más bien, de una medida actuarial, derivada de la técnica propia del seguro, que aconseja incrementar las primas en proporción al aumento del riesgo cubierto: la empresa que incumple las obligaciones preventivas, al elevar la probabilidad de actualizar el riesgo y agravar los eventuales daños, ve incrementadas sus cotizaciones, y viceversa. Por ello, tampoco hay que atribuir un aumento de primas a todo incumplimiento, sino solo al que tenga la suficiente entidad para generar ese incremento significativo del riesgo. En todo caso, el desarrollo reglamentario del precepto legal por RD 404/2010, limita la variación de las primas a la sola faceta premial, sin considerar un posible incremento.

VI. LAS DISFUNCIONES DERIVADAS DE LA CONCURRENCIA DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA PREVENTIVA

1. Preliminar

Analizados de manera independiente los cuatro bloques de responsabilidad empresarial derivada de incumplimientos de las obligaciones de prevención de riesgos laborales, cabe abordar sus interrelaciones y los efectos de su declarado principio de compatibilidad, porque este modelo, aparentemente claro en su diseño legal, reviste, como se anticipó, una notable complejidad técnica y plantea graves distorsiones e interferencias aplicativas. Aun cuando legal y teóricamente todas las anteriores responsabilidades resultan compatibles entre sí, en la práctica no suelen ser fácilmente conciliables y el resultado es susceptible de ofrecer un cuadro de responsabilidad pretendidamente riguroso y aflictivo para la mejor protección de los derechos en juego que acaba por provocar los efectos contrarios, eludiendo la más estricta responsabilidad por la complejidad misma del sistema. De ahí que una eficaz tutela judicial de la seguridad y salud en el trabajo pase por resolver las disfunciones del actual modelo legal. Tal objetivo final requiere, cuando menos, algunos propósitos intermedios:

1º) Determinación, con la mayor claridad posible, del orden jurisdiccional competente para conocer de cada responsabilidad, neutralizando las actuales interferencias existentes entre los que concurren en este ámbito.

2º) Resolución rápida de los conflictos jurídicos en la materia, para dotar de mayor eficacia al ejercicio de los derechos y una mejor protección de la seguridad y salud en el trabajo.

3º) Caso de existir daño derivado del trabajo, satisfacción completa del perjuicio efectivamente producido, obligando a resarcir el daño de manera íntegra, por unas u otras vías.

Todo ello, además, superando algunos problemas de encaje y definición de la verdadera naturaleza de alguna de aquellas responsabilidades, o de las técnicas con que se instrumentan, que ahora no se cohesionan de manera adecuada con principios generales del derecho. En definitiva, se trata de conjugar el esquema general de responsabilidades sancionadoras y reparadoras en clave de asegurar un objetivo de estímulo a la prevención y de disuasión del incumplimiento de deberes de protección de la seguridad y salud en el trabajo.

2. La concurrencia de las responsabilidades penal y administrativa

Un primer problema de la concurrencia de responsabilidades en este ámbito es que la genérica compatibilidad declarada afecta a las responsabilidades civil, administrativa y de seguridad social, por una parte, y civil, de seguridad social y penal, por otra, evidenciando la sola lectura del art. 42.3 LPRL una general incompatibilidad de partida e imposible exigencia simultánea de responsabilidad administrativa y penal. Así, la potestad sancionadora de la administración laboral se encuentra fuertemente condicionada por la actuación de la jurisdicción penal respecto de conductas presuntamente constitutivas de delito, cuya consecuencia es que, iniciado el proceso penal, la autoridad laboral ha de paralizar de inmediato la tramitación del expediente sancionador hasta recaer, en su caso, sanción penal. Apreciada responsabilidad penal, queda neutralizada la sanción de carácter administrativo, so riesgo de afectar al aludido principio *non bis in idem*, dada la similitud entre muchas de las infracciones administrativas y el tipo penal. Caso contrario, de existir absolucón penal, la administración laboral estaría legitimada para reabrir el expediente paralizado, aun con la limitación de poder tomar en consideración exclusivamente los hechos declarados probados en la sentencia del órgano jurisdiccional penal (arts. 3 LISOS y 5 RD 928/1998).

La consecuencia es que la influencia del orden penal sobre la imposición de sanciones administrativas desvirtúa la regla de concurrencia inicialmente apuntada, negando el principio de compatibilidad de responsabilidad penal y administrativa e imponiendo una sanción única. A excepción de preservarse el principio *non bis in idem* y emerger la compatibilidad sancionadora por no apreciarse identidad de sujetos, hechos y fundamento, que son premisa del principio constitucional. Como se ha señalado, si la sanción penal recae sobre una persona física y la administrativa sobre la empresa como persona jurídica, nada impediría que coincidieran ambas responsabilidades simultáneamente por un mismo ilícito en sujetos ahora distintos. Cabe cuestionar, pues, si la condena penal de los administradores y encarga-

dos del servicio prevista en el art. 318 CP, como fórmula de atribución de responsabilidad penal personal cuando el delito se atribuye a la empresa persona jurídica, y de ser esta la condenada *ex art. 31 bis CP*, veta la posibilidad de la posterior infracción administrativa sobre la empresa, de entenderse que la responsabilidad penal se imputa en realidad a esta última, aunque por persona interpuesta. No parece correcta la interpretación; no queda aquí afectado el principio *non bis in idem*, porque la imputación de autoría a la empresa en el ámbito administrativo no tiene que ser incompatible con la de personas dependientes de ella de incurrir en un delito no imputado a la empresa; afirmación igualmente válida para cuando aquel delito hubiera derivado en responsabilidad civil subsidiaria de la empresa, que no impide aplicar la sanción administrativa, también de carácter pecuniario, porque la indemnización no es sanción.

En definitiva, dado que las infracciones administrativas tipificadas en los arts. 11 a 13 LISOS son en su mayoría situaciones de riesgo que encajan en el tipo penal de los arts. 316 y 317 CP, impuesta la sanción penal, y de coincidir, sujeto, hechos y fundamento, queda vetada la posible sanción administrativa, meramente subsidiaria de la primera. Si bien, conforme al art. 3.4 LISOS que reitera el art. 5.2 RD 928/1998, la incoación del proceso penal no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en caso de riesgo grave e inminente (art. 44 LPRL), ni a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados (art. 43 LPRL), ni, desde luego, a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales penales. Si en este último supuesto resulta evidente que no se afecta el principio que prohíbe sancionar dos veces la misma conducta, al tratarse de conductas diversas, tampoco hay que objetar su no afectación en los dos primeros, porque realmente aquellas medidas, más que sancionadoras, tienen un carácter cautelar, garantizando la seguridad y salud laboral frente al peligro cierto de que se actualice un daño, exigiendo, pues, un cumplimiento inmediato que no puede esperar a que se dicte la resolución penal.

A la vista de la relación entre responsabilidad penal y administrativa y la mencionada prejudicialidad penal, cabe anticipar que, desde el objetivo más prevencionista, el modelo resulta poco eficaz. Las mejoras técnicas introducidas por la regulación penal vigente respecto de las insuficiencias precedentes no ocultan otros problemas, porque no siempre resulta favorable a esos fines la existencia de una multiplicidad de delitos aplicables a los incumplimientos en prevención de riesgos laborales, máxime si superpuesta a otras responsabilidades actuables, en especial las sanciones administrativas y el recargo de prestaciones. Es indudable que la responsabilidad penal, que opera como última *ratio*, colabora en la implantación de un diseño preventivo que la LPRL podría no asegurar por sí sola, justificando la presencia de sanciones penales para tutelar bienes jurídicos del máximo rango que podrían quedar deficientemente protegidos. Pero ello no niega que la actuación simultánea de todas las variantes de responsabilidad y, sobre todo, la penal respecto de la administrativa, capaz de operar en ausencia de aquella, acaban por interferir, introduciendo

complejidad y dilación en los procesos e ineficacia por impedir que las sanciones cumplan sus finalidades.

De ahí la idea de relegar de la exigencia de responsabilidad penal un ámbito en que otro tipo de medidas sancionadoras más directas, afflictivas y rápidas, como las sanciones administrativas previstas en la LISOS, situaría en mejores condiciones el objetivo de máxima eficacia de la prevención, sin olvidar que su repercusión patrimonial sobre la empresa puede mostrarse más útil a la disuasión del incumplimiento. Además, la aplicación práctica de los arts. 316 y 317 CP no ha desenvuelto todos los efectos esperables de su configuración como tipos penales de riesgo y no de resultado: gran número de incumplimientos subsumibles en el tipo penal no llegan a los juzgados de lo penal y son menos frecuentes aún las condenas por delito subsumible en tales tipos penales, siendo más usual que la jurisdicción penal se incline por aplicar delitos de resultado o delitos genéricos en función del daño efectivamente producido. Si se añade que tampoco es extraño interpretar que el delito se comete por mera imprudencia, no por comportamiento doloso, el resultado es una significativa y sistemática rebaja de la calificación del grado de la pena.

En tal contexto, la efectiva obtención del objetivo preventivo de las medidas punitivas contempladas en los preceptos penales, que predica una aplicación real y adecuada de este tipo de sanciones, se ve frecuentemente defraudada. Y si la sanción penal sigue determinando la aplicación de efectos en ocasiones menos gravosos para el sujeto infractor, frenando la exigencia de otras responsabilidades eventualmente más eficaces, todo conduce a concluir que la responsabilidad penal estorba más que colabora en la prevención. La responsabilidad penal pudo tener sentido en momentos en que se carecía de otros mecanismos sancionadores más eficaces a los fines preventivos, pero ahora el papel prioritario en la recriminación de lesiones que afectan a bienes de naturaleza laboral se atribuye más a la administración que a la jurisdicción penal. La finalidad represiva e intimidatoria de las sanciones en materia preventiva se debe instrumentar a través de la administración, y solo marginalmente por la actuación punitiva penal.

Lo anterior propone resituar la función de los delitos aplicables a la protección de la seguridad y salud en el trabajo dentro del cuadro de responsabilidades derivadas por incumplimiento de obligaciones de prevención de riesgos laborales. Así, se comparte abiertamente la recomendación de despenalizar los delitos por imprudencia de infracción de normas de seguridad y salud en el trabajo si la misma ya está tipificada administrativamente, manteniendo en exclusiva los actuales tipos de delito dolosos²⁵. Coherente con la cualidad de última *ratio* de la responsabilidad penal, reservaría su exigencia a los supuestos más graves, simplificando una excesiva pluralidad de instrumentos sancionadores penales. Y corregiría a su vez algunos problemas aplicativos de los tipos penales referidos al ámbito de la prevención, como son los relativos a identificar riesgo *versus* resultado, absorción por

²⁵ Véase AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., pp. 76 y 77.

el delito de lesión del delito de riesgo, tipos penales en blanco, imputabilidad de las personas jurídicas, individualización de la responsabilidad imputable a cada uno de los distintos sujetos que han intervenido en la comisión del delito o falta, concurrencia de culpas o, en fin, consecuencias de la conducta del trabajador, por citar algunos.

Pero, sobre todo, tal solución evita aplicar sanciones penales menos graves que las que hubieran podido atribuirse por vía administrativa cuando las primeras impiden la aplicación de las segundas, perdiendo el incuestionable efecto disuasorio del incumplimiento que acompaña a la exigencia de toda responsabilidad. Desde luego, la respuesta penal persigue que otros fines propios del derecho punitivo estatal, como es la defensa de bienes de especial valor con una finalidad también de ejemplaridad social, pero no cabe duda de que, desde la perspectiva del empresario incumplidor de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, la imposición de responsabilidad penal suele conducir a resultados menos punitivos y gravosos que los deducibles por otras vías. Se trata de asegurar una eficaz complementariedad y reparto equilibrado de responsabilidades administrativas y penales, coherente con que, en la práctica, la intervención penal en la aplicación de la normativa social tiene un carácter marginal.

3. La competencia del orden social para resolver la íntegra responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones preventivas

Un nuevo problema que plantea el desenvolvimiento concurrente de las responsabilidades en materia preventiva es el relativo a la jurisdicción competente para su conocimiento, que ha impuesto serias dificultades. En este sentido, un claro foco de inconvenientes se ha manifestado tradicionalmente entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa, hasta la muy reciente corrección de la atribución del conocimiento de las sanciones impuestas en el orden social, incluidas las que afectan a la prevención de riesgos laborales, al orden contencioso administrativo. Aunque desde 1998 se esperaba se hiciera realidad la declarada intención del legislador de abordar de forma global y racional el reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales social, contencioso-administrativo y civil, tan frecuentemente en conflicto²⁶, lo cierto es que ha tenido que ser la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social la que diera a luz el efecto previsto, con interesantes repercusiones en nuestro ámbito que, ya se anticipa, evitan los problemas de concurrencia de distintos órdenes jurisdiccionales en la aplicación de la

²⁶ En efecto, la redacción que la DA 5ª LJCA dio al art. 3 LPL, modificada después por la DA 24ª L. 59/1998, en el sentido de atribuir al orden social la competencia en las pretensiones sobre las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todas las infracciones del orden social, excluidas las de Seguridad Social [art. 3.2.a) LPL], quedaba en suspenso en tanto no se aprobara la correspondiente modalidad procesal laboral, cuyo proyecto debía haberse mandado a las Cortes Generales antes del 1 de octubre de 1999.

normativa laboral. Problemas de particular incidencia, en lo relativo a nuestro ámbito, por la concurrencia entre las infracciones administrativas y el recargo de prestaciones de la Seguridad Social, fruto de la precedente competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las sanciones administrativas en materia de seguridad y salud en el trabajo, que ni evitaba el riesgo de prejudicialidad aludido ni el de doble enjuiciamiento de idéntico incumplimiento por la jurisdicción contenciosa y social susceptible de concluir en un diferente resultado²⁷.

No obstante, la nueva ley de la jurisdicción social da por solventados los problemas expuestos generadores de críticas bien merecidas. En efecto, su art. 1 prevé la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo las que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, “así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias”. Previsión legal que completan sus arts. 2.n), que atribuye la expresa competencia sobre la impugnación de las resoluciones recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical, y 151 y 152, que regulan el procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social excluidos los prestacionales, que remiten, en general, a la tramitación del proceso ordinario en cuanto sea compatible con lo allí dispuesto y a las normas contencioso-administrativas como derecho subsidiario. Ello concentra en sede jurisdiccional social la completa materia laboral y de Seguridad Social, con el propósito, que la misma Exposición de Motivos explicita, de ampliar, racionalizar y definir con mayor claridad el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social, con fundamento en su mayor especialización, conocimiento más completo de la materia social y marco procesal singularmente adecuado a los intereses objeto de tutela de este orden. Lo importante es que se viene a poner fin a una frecuente conflictividad sobre el ámbito material del orden social, visible en la presencia de resoluciones heterogéneas de órganos judiciales adscritos a órdenes distintos, fruto de la disgregación del conocimiento de determinadas y esenciales materias sociales entre diversas jurisdicciones distintas de la social, especialmente la contencioso-administrativa y la civil, que terminaba por repercutir sobre la efectiva protección de los derechos de los trabajadores. La solución ha de permitir superar los problemas de disparidad de criterios jurisprudenciales, de dilación en la resolución de

²⁷ Aunque el problema técnico se resolvía en el art. 42.5 LISOS (“la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de la Seguridad Social”), para intentar evitar posibles sentencias contradictorias, el resultado era criticable no prever idéntico efecto de las resoluciones de lo social sobre las de lo contencioso-administrativo. Aun evitando soluciones contradictorias sobre una misma conducta empresarial, se relegaba el orden jurisdiccional que naturalmente debía conocer de estos asuntos, incuestionablemente incluidos en la rama social del derecho, dispersando la jurisdicción competente y la adecuada concentración en un único ámbito de la totalidad de las pretensiones y el conocimiento global de cuantas responsabilidades deriven de la infracción de normas preventivas.

los asuntos, de gastos derivados de emprender acciones ante diversos órganos judiciales y de fragmentación de la protección jurídica dispensada. Sobre hacerse más eficaces los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, ello colabora en el funcionamiento más eficiente del sistema socioeconómico.

Pero hay más novedades en la materia que se aborda, introduciendo la nueva norma procesal otras interesantes reglas competenciales llamadas a desplegar efectos incisivos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y a coadyuvando a la mayor eficacia del sistema de protección de la seguridad y salud en el trabajo, proporcionando mayor coherencia al esquema general de exigencia de responsabilidades por incumplimiento de los deberes de prevención. Así, hay que destacar que el nuevo art. 2.b) dispone también la concentración en el orden jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo, superando la situación que, hasta ahora, obligaba a los sujetos afectados a acudir necesariamente a distintos órdenes jurisdiccionales, civil, contencioso-administrativo y social, para intentar lograr la tutela judicial en este ámbito. Más concretamente, se atribuye al orden social el conocimiento de las “acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente”. Esto es, a la jurisdicción social compete enjuiciar de forma conjunta a cuantos sujetos hayan concurrido en la producción del daño derivado del trabajo, creándose una sede única de tutela jurisdiccional que va a hacer más asequible el resarcimiento integral del daño causado, en coherencia no solo con una frecuente demanda doctrinal y aun jurisprudencial²⁸, sino con el contenido previsto en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012).

²⁸ En la doctrina, por ejemplo, AA.VV. (dir. F. DURÁN LÓPEZ), *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., pp. 75 y 77; G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, cit., p. 486; C. ALFONSO MELLADO, *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, p. 130; B. GUTIÉRREZ-SOLAR, *Culpa y riesgo en la responsabilidad civil por accidentes de trabajo*. Madrid (Thomson Civitas), 2004, pp. 56 y ss.; M. CORREA, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*, cit., p. 48; AA.VV., *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., p. 260. Y en la jurisprudencia, las SSTs 24 may. 1994, 27 jun. 1994 y 10 dic. 1998; por su parte, la STS(Civ.) 15 en. 2008, manteniendo inicialmente bien deslindados los ámbitos de competencia de las jurisdicciones civil y social en la materia, concluye finalmente declarando la competencia civil, aparentemente en contra de sus iniciales argumentaciones, en base a la vis atractiva que ejerce el orden civil en las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios. Por lo demás, también ha de desplegar efectos esta nueva regulación de la jurisdicción social en otro problema, como es la absorción por el orden social de las reclamaciones civiles derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional también si el deudor es una Administración pública. Aun vinculada por la aplicación de la normativa preventiva cuando actúa como empleadora (art. 3.1 LPRL) y, en consecuencia, susceptible de tener que responder a la eventual exigencia de responsabilidad patrimonial, la misma era antes conocida en sede contencioso-administrativa, cualquiera que fuera la naturaleza laboral o funcional de la

Opción unificadora en sede social de la total protección en materia de riesgos profesionales y de daños derivados del trabajo que hace del orden social garante único y suficiente del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales ante meras situaciones de riesgo, ya sancionables, y existan o no daños actualizados. Ello, parafraseando la EM de la ley procesal, sobre fortalecer los instrumentos judiciales para combatir la lacra de los accidentes de trabajo, dispone los recursos para disipar el fantasma del riesgo²⁹. De ahí que esta novedad procesal trascienda la sola esfera de la actuación jurisdiccional, relevante sin duda, para dejar impronta sobre la política preventiva en general y sobre la mejor garantía de la eficacia protectora de la seguridad y salud en el trabajo en nuestro sistema, porque facilita un más completo cumplimiento de las obligaciones de prevención y de exigencia de responsabilidades sancionadoras y reparadoras del daño causado, en su caso. Así, evitar la intervención sucesiva de órdenes jurisdiccionales diversos, al margen de asegurar una más pronta resolución de cuantos asuntos han de ventilarse en relación con esta materia, elude también la existencia de pronunciamientos diversos incongruentes con la seguridad jurídica que reclama ámbito tan sensible individual y socialmente. En definitiva, la competencia del orden social se basa en que la exigencia de responsabilidad deriva de un ilícito producido en el orden social, concretamente el incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud en el trabajo.

4. Los problemas de articulación de la responsabilidad de Seguridad Social y de la responsabilidad civil

La reciente regulación procesal también resuelve otros problemas técnico-jurídicos relativos a la competencia jurisdiccional en el juego conjunto de las eventuales responsabilidades preventivas. Así, el relativo a la responsabilidad civil por daños y perjuicios consecuencia de un incumplimiento del deber de prevención, germen de un conflicto conocido, porque tal responsabilidad era conocida tanto vía civil como social, habiéndose declarado ambos órdenes competentes en la materia. Ahora la competencia se sitúa legalmente en

relación de base, *ex art. 2.e) LJCA*. El nuevo art. 2.q) de la ley procesal laboral atribuye ahora al orden social estas cuestiones, al referirse de manera expresa a las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que pudieran establecerse por las Administraciones públicas a favor de cualquier beneficiario. Sobre las críticas al anterior modelo, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, cit., pp. 486-487.

²⁹ A lo que también coadyuva el hecho de que en materia preventiva esta asignación de competencias incluye a los funcionarios o personal estatuario, que deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, que también afecta a competencias sobre medidas cautelares y que, por último, cubre igualmente las cuestiones relativas a los órganos de representación de personal en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo a través, en su caso, de los delegados de prevención y comités de seguridad y salud, con independencia del tipo de personal que intervenga en su designación o composición.

el orden social, siendo irrelevante a estos efectos que sus órganos judiciales deban aplicar normas comunes o que el resultado dañoso exceda del específico marco del contrato de trabajo. La consecuencia es reconocer a la jurisdicción civil el exclusivo enjuiciamiento de las responsabilidades exigibles por terceros ajenos a la relación de trabajo o por incumplimientos extraños a los deberes nacidos de tal relación de prestación de servicios, si tienen su origen en la infracción de obligaciones civiles directas o derivadas de responsabilidad penal. Esto es, al orden civil compete la sola valoración de la responsabilidad extracontractual, hasta el punto de que, de concurrir simultáneamente responsabilidades contractuales y extracontractuales derivadas de idéntico incumplimiento con origen en el contrato, prevalece la cualidad de las primeras para reservar su conocimiento al orden social. Junto a clarificar las competencias de cada orden jurisdiccional, la opción asegura la resolución en un único proceso de todas las acciones de reclamación, haciendo más asequible la reparación íntegra del daño efectivamente producido y evitando que se dicten sentencias contradictorias. Efecto este segundo particularmente patente en este contexto, porque la jurisprudencia civil entiende que las resoluciones de la jurisdicción laboral no le afectan y solo despliegan efectos en su ámbito procesal.

Pero la importancia de corregir tales problemas, resultado de la confusa separación de sendos órdenes jurisdiccionales, supera las puras consecuencias competenciales para introducirse de lleno en un defecto material más grave. Nótese que, hasta ahora, concurriendo responsabilidad civil y de seguridad social vía recargo de prestaciones, era posible duplicar compensaciones económicas cuya compatibilidad e independencia son dudosas, en especial, por la difícil conceptualización del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, cuya naturaleza híbrida –indemnizatoria, sancionatoria o mixta– complica su interrelación con otras modalidades de responsabilidad. Así, de mantenerse el carácter sancionador del recargo que mantiene la jurisprudencia social aludida, este nada desdeñable instrumento de estímulo a la prevención, por la onerosidad que supone para la empresa, no oculta delicados problemas en relación con el principio *non bis in idem*³⁰, porque, de hacerse compatible con otras sanciones, administrativas y penales, su concurrente aplicación podría venir a sancionar dos o más veces la misma conducta. Por el contrario, de sostenerse el carácter indemnizatorio, la compatibilidad del recargo, que presupone la existencia de prestaciones, con la indemnización civil y, sobre todo, su no afectación recíproca, no impide que el resultado sea una compensación global superior al daño realmente sufrido, en contra ahora de otro principio general del derecho, la prohibición de enriquecimiento injusto, afectado de sobreindemnizarse el perjuicio. Si ello cuestionaba, conforme a las contradictorias interpretaciones jurisprudenciales existentes, la necesidad o no de computar y compensar recargo e indemnización civil al estimarse procedentes de un mismo daño, el tema pareció zanjado en unificación de

³⁰ Al respecto, véase M. PÉREZ MANZANO, “El recargo de prestaciones sociales y la interdicción constitucional de doble sanción”, cit., pp. 150 y ss.

doctrina³¹, declarando independientes y carentes de influencia recíproca ambas responsabilidades, civil y recargo, y no deducible de la cuantía indemnizatoria fijada para la completa reparación del daño vía responsabilidad civil el importe del recargo. Todo ello al servicio de fines preventivistas, concretados en el incremento de la responsabilidad empresarial.

Interpretación que evita en el recargo, declarado su carácter sancionador, también el efecto *bis in idem*, al entenderse que las sanciones proceden de autoridades de distinto orden y desde diversas perspectivas de defensa social, sin prescindir de aplicar a una conducta infractora una indemnización superior a la que correspondería de no existir incumplimiento de medidas preventivas. Pero tal jurisprudencia, resolviendo el conflicto interpretativo precedente, no oculta la ficción de considerar bienes o intereses distintos lo que no es sino defensa, en todo caso, de un mismo valor social, la seguridad y salud en el trabajo.

En definitiva, la peculiar naturaleza del recargo sigue generando problemas interpretativos, derivados de la duplicación de sanciones³² o de la duplicación de indemnizaciones. Lo que avala la propuesta de suprimir el actual recargo de prestaciones en caso de falta de medidas de seguridad, para establecer como alternativa un procedimiento ágil ante la jurisdicción social para la reclamación de la íntegra reparación del daño sufrido por el trabajador accidentado en caso de culpa del empresario cuando el daño excede de lo que se protege vía prestaciones de la Seguridad Social; responsabilidad asegurable, como todas las de carácter civil³³. Aquí tendrá consecuencias relevantes la nueva ley reguladora de la jurisdicción social, porque ventilar en el orden social todas las responsabilidades, sancio-

³¹ Cfr. la STS 2 oct. 2000. Tras ella, las SSTS 14 feb. 2001, 21 feb. 2002 y 22 oct. 2002 y las SSTS(Civ.) 3 dic. 2008 y 23 ab. 2009. Aunque, considerando que se trata de una medida de naturaleza híbrida y compleja que le aparta de la cualidad de sanción propiamente dicha, véase las SSTS 17 may. 04 y 25 oct. 05. Señalando su doble finalidad disuasoria del incumplimiento preventivo y de mejora de la protección del trabajador mediante el incremento de sus prestaciones sociales, la STS 5 dic. 2006.

³² Similares problemas de duplicación de sanciones puede plantear la responsabilidad prevista entre el art. 195 LGSS y la infracción administrativa contemplada en el art. 13.3 LISOS. Existiendo una coincidencia básica de los tipos, y aceptada la naturaleza sancionadora de ambas responsabilidades, la doble sanción podría afectar al principio *non bis in idem*, máxime cuando el art. 42.3 LPRL no declara expresamente la compatibilidad de las responsabilidades administrativas con otras responsabilidades de Seguridad Social diversas del recargo de prestaciones. Aunque cabría contrargumentar que la del art. 195 LGSS es, en realidad, una medida reparadora, aun sin imposición directa al empresario, sustituyendo la de la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social por equipararse el incumplimiento a la falta de aseguramiento, sin perjuicio de que el elemento subjetivo que incorpora esta medida impide hablar de responsabilidad objetiva y destaca su concepción sancionatoria, con idénticos problemas a los recién expuestos para el recargo. Consideraciones extensibles a la responsabilidad prevista en el art. 197.2 LGSS cuando el incumplimiento del art. 12.2 LISOS coincide con el supuesto de vigilancia de la salud obligatoria por tratarse de enfermedades profesionales. En cambio, no plantea estos inconvenientes el art. 108.3 LGSS, porque no es sanción.

³³ Así, AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 84; G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, cit., p. 488; M. CORREA, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*, cit., p. 51. Por su parte, proponiendo acumular la cuantía del recargo de prestaciones a la compensación del daño vía civil, AA.VV., *Responsabilidades en*

nadoras y reparadoras, en un análisis conjunto del incumplimiento y efectos sobre sujeto incumplidor y sujeto damnificado y protegido derivados de la actualización de un daño, evita aquellos problemas. Con todo, solucionar el asunto técnico planteado, no alcanza a resolver la posible compatibilidad del recargo de prestaciones con la imposición de una sanción penal, de nuevo por el ya aludido principio de *non bis in idem*, de admitirse ese innegable componente sancionador del recargo.

De ahí que quepa propugnar la eliminación definitiva del recargo de prestaciones que, sin alterar la protección del trabajador, facilitaría la completa restitución del perjuicio padecido mediante la exigencia de responsabilidad reparadora del daño en sede social. Con ello, de un lado, se elude la duplicidad de sanciones, exclusivamente atribuidas a la responsabilidad administrativa y penal, entre las que no juega la doble sanción por el efecto de prejudicialidad ya analizado; de otro, se resuelve la eventual indemnización por encima del daño sufrido fruto de la acumulación sin influencia recíproca de instrumentos reparadores diversos, ubicando la compensación del daño en la Seguridad Social, a través de las correspondientes prestaciones, y en la responsabilidad civil del empresario en cuanto aquellas no alcanzan a cubrir el completo daño sufrido.

En definitiva, la supresión del recargo de prestaciones no restaría capacidad sancionadora ni protección o reparación a nuestro sistema preventivo cuando existe un accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo. Lo primero, porque la pérdida de la función profiláctica del recargo se equilibraría vía responsabilidad penal y administrativa. Lo segundo, porque la automaticidad y rapidez de la reparación del trabajador vía recargo garantizaría una indemnización ventilada en el proceso social con celeridad y ajustada al daño realmente sufrido. Si la Seguridad Social abona prestaciones para sustituir rentas salariales o compensar el exceso de gastos que provoca la necesidad de asistencia sanitaria, otras finalidades reparadoras pueden cubrirse por la responsabilidad civil en sede social sin alterar, como hace el recargo, la naturaleza de esas prestaciones. Esto es, cubierta por la Seguridad Social la responsabilidad objetiva, la subjetiva, que requiere un elemento culpable o negligente, debe residenciarse en la responsabilidad civil, cumplidora también de una finalidad preventiva. Porque tal finalidad preventiva siempre es objetivo último de las responsabilidades que operan en este ámbito, sin que su carácter asegurable lo minore, estimulando al empresario al cumplimiento efectivo de sus obligaciones para evitar la producción de daños que deban ser indemnizados directamente o incrementen las pólizas de seguro que los cubren.

Por lo demás, si lo que se persigue con la interconexión entre responsabilidad de Seguridad Social y civil en este contexto es básicamente reparar de forma íntegra los daños de toda clase padecidos por el trabajador, cabe añadir algunas consideraciones que parten de

materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada, cit., p. 258.

la premisa de que la reparación de los daños derivados del trabajo se satisface por un doble cauce que actúa, además, sobre presupuestos perfectamente diferenciados:

- El sistema de protección social que, al margen del reiterado recargo, protege de forma objetiva, al margen de la culpa o responsabilidad empresarial por incumplimiento y en función de las consecuencias producidas por el daño, reconociendo prestaciones distintas según la contingencia asegurada y en una cuantía que, en base al principio de proporcionalidad del sistema de protección social, guarda relación con los salarios cotizables. Esta protección hace, pues, completa abstracción de la eventual responsabilidad empresarial en la producción del daño protegido, teniendo carácter objetivo y predeterminado y cuantía idéntica para cualquier beneficiario.
- Cuando se produce un incumplimiento que genera la responsabilidad empresarial, cabe sumar la responsabilidad patrimonial para la reparación íntegra del daño, de modo que en lo no cubierto por la prestación social el empresario indemnizará a su costa, de forma asegurable en tanto responsabilidad privada, el daño físico, psíquico o moral que pueda cuantificarse. Conocida esa responsabilidad en la jurisdicción social, el recargo ya no añade ventajas, porque la mejor protección del trabajador se asegura por la responsabilidad patrimonial del empresario que es probable que la limitación legal del recargo no alcance a satisfacer plenamente.

VII. EL DISEÑO DE UN CUADRO DE RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES COHERENTE Y EN CLAVE DE PREVENCIÓN

Si algo evidencia la global responsabilidad exigible en el ámbito de la prevención de riesgos laborales es la necesidad de conjugar sistema de protección social y sistema de prevención de riesgos laborales y la conveniencia de articular este complejo cuadro de responsabilidades empresariales en clave preventiva. A tales fines, se resumen a continuación algunos elementos principales que inspiran nuestro actual modelo y los defectos a superar en una reconfiguración del sistema sancionador y reparador³⁴.

Respecto de las conductas sancionables por presuponer la existencia de un incumplimiento empresarial en materia preventiva, la responsabilidad penal y administrativa exige superar, en aras de la garantía de la máxima afluencia al sujeto infractor disuasorio del incumplimiento, los problemas de interferencia de la primera sobre la aplicación de la LISOS. Además, la responsabilidad punitiva debe basarse en un elemento culpabilista que, con independencia de su tendencia a la objetivación y ampliación, no elude reconocer una conducta imputable al empresario por dolo, culpa o negligencia. En este caso, la mejor

³⁴ Más ampliamente, Y. VALDEOLIVAS, *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*. Madrid (Bomarzo), 2012.

prevención de los riesgos laborales dependerá de la capacidad de las sanciones impuestas, tanto por proporcionalidad y gravedad como por coherencia interna, para mover la actuación del empleador hacia el más exacto cumplimiento de sus deberes preventivos, evitando que una excesiva objetivación de la responsabilidad pueda acabar actuando como desincentivo prevencionista, por independizar el incumplimiento de la verdadera actividad preventiva del empresario.

Sobre las responsabilidades reparatoras, civil y de Seguridad Social en sus distintas variantes, este ámbito denota las mayores distorsiones y desajustes de nuestro sistema, dificultando asegurar el elemento de prevención que persigue la mejor tutela de la seguridad y salud en el trabajo. A diferencia de la responsabilidad sancionadora, es obligada la presencia del daño, que presupone la actualización de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, siendo destacable cómo conviven una responsabilidad objetiva y otra por culpa. Si la primera es propia del sistema público de protección social, que socializa los daños y exige al empresario el aseguramiento obligatorio del trabajador, excusando su protección probar la culpa empresarial, la segunda es propia de la responsabilidad civil y sirve, sobre la base del elemento volitivo, para reclamar la protección que la primera responsabilidad pública no alcanza a cubrir, por estar limitada y hacer abstracción del daño realmente sufrido.

Pero en este aparentemente sencillo entramado entran en juego otras responsabilidades de Seguridad Social que complican el diseño, porque tanto el recargo de prestaciones como el pago directo de prestaciones por no paralización empresarial de la actividad o no realización de los reconocimientos médicos prescritos identifican un claro componente sancionador, que presupone la culpabilidad. Quiebra, pues, el carácter objetivo del *modus operandi* de la Seguridad Social aun sin dejar de cumplir ese objetivo protector propio del sistema público. Aunque vuelve a haber límites entre unas y otras fórmulas pese a basarse en idéntico juicio de imputabilidad por culpa, porque si el recargo sirve para mejorar la protección del trabajador que, de no existir culpa en la producción del accidente, hubiera sido cubierta por la prestación social correspondiente, en el caso de las otras dos no hay mejora o incremento de la protección, determinando un mero efecto de sustitución del sujeto deudor, el empresario y no la entidad gestora o mutua.

En definitiva, en la relación entre responsabilidad objetiva de Seguridad Social y responsabilidad subjetiva patrimonial, el avance que supone para la mejor protección de los accidentes de trabajo la objetivación vía sistema público se contrarresta por el principio de inmunidad que concreta una protección tasada y predeterminada por la norma según la contingencia producida, no por el daño efectivamente sufrido. De ahí que, sobre el presupuesto de la culpa, quepa completar lo que no alcanza a proteger el sistema vía responsabilidad civil, subjetiva, ilimitada, asegurable y sin garantía pública en caso de impago. Esquema plenamente coherente, salvo intromisión del recargo de prestaciones que distorsiona el modelo, porque con idéntica finalidad que la responsabilidad privada mezcla sus presupuestos básicos con otros impropios de ella. Con todo, pese a que la socialización tiende a ocultarlo, lo cierto es que, con culpa empresarial o sin ella, la protección responde siempre a la presun-

ción de existencia de una responsabilidad empresarial –objetiva y, en su caso, subjetiva–, aunque en parte obligatoriamente asegurada por el sistema público y, en consecuencia, no satisfecha directamente por aquel sujeto. Reconoce una suerte de responsabilidad privada pero asegurada en el sistema público para garantizar el pago de prestaciones que cubre el daño de manera limitada, a completar hasta la total reparación del daño mediante un sistema ya privado de responsabilidad subjetiva, voluntariamente asegurable.

A la vista de las dificultades, deficiencias y desajustes en la sanción y reparación del incumplimiento empresarial en materia preventiva, es exigible un modelo que, sobre coherencia interna y superación de defectos técnicos, asegure el protagonismo de un inexcusable componente intrínseco a la protección de la seguridad y salud en el trabajo, el valor de la prevención. Pero la mayor eficacia de la prevención no es directamente proporcional a la más rigurosa y amplia aplicación de responsabilidades sancionadoras y reparadoras; extender cuantitativa y cualitativamente las modalidades de responsabilidad, acumularlas y agravar sus consecuencias no asegura mayor prevención y puede producir el efecto opuesto de desincentivo del comportamiento prevencionista. Hay que redefinir un modelo coherente con nuestro sistema jurídico laboral, tejido productivo y circunstancias sociales y económicas, siendo relevante, junto a un sistema de responsabilidades ordenado y coherente, instituir un modelo de tratamiento favorable para las empresas que desarrollan una actuación preventiva ejemplar. A tal objeto, se enuncian algunas hipótesis de partida adecuadas para la pretendida redefinición del sistema de responsabilidades.

En primer lugar, en cuanto a las responsabilidades de carácter punitivo, es imprescindible coordinar más eficazmente las respuestas penales y administrativas, evitando los problemas de interrelación y eludiendo aplicar, como instrumento ordinario y común, casi automático ante cualquier daño derivado del trabajo, este juego de responsabilidades. Máxime en el caso de la penal, cuya cualidad de última *ratio* debe reservarse a incumplimientos particularmente graves y reprochables. Y, en sentido opuesto, tampoco debe obviarse la más estricta aplicación de la responsabilidad penal, y administrativa, por la mera existencia de un riesgo no actualizado en un daño, porque el bien jurídico protegido es la evitación del riesgo laboral y el incumplimiento se independiza del resultado, útil solo para graduar la responsabilidad. En suma, se ha de buscar un adecuado equilibrio entre la recuperación de la cualidad de última medida de la responsabilidad penal en materia preventiva y su carácter autónomo de la actualización de resultados dañosos cuando la mera creación de una situación de riesgo permita extraer un juicio de probabilidad y gravedad suficientes en relación con los daños que hubieran podido producirse, lo que remarca su elemento de ejemplaridad social y tutela reforzada de bienes jurídicos de especial valor.

También en relación con la responsabilidad penal, habría que clarificar el actual panorama de concurrencia de tipos penales capaces de entrar en conflicto, tanto para evitar una respuesta desproporcionada por la inadecuada acumulación de figuras, como para que el juego del concurso de delitos excluya la sanción por el comportamiento más grave, propósito que entorpece la actual coincidencia de tipos penales de riesgo y de resultado. Habría

que revisar a su vez que la condena penal termine siendo un tratamiento favorable para el empresario condenado respecto del que hubiera padecido de resultar absuelto, por vía de sanción administrativa. Efecto provocado por que las penas privativas de libertad en que se concreta la condena habitualmente no se hacen efectivas sobre el condenado³⁵, perdiendo el perfil afflictivo que la sanción económica administrativa, que absorbe la penal, visualizaría en mayor medida. De ahí que quepa elevar las condenas e introducir mayor amplitud entre la duración mínima y máxima de la privación de libertad, sin detrimento, desde luego, de la oportuna proporcionalidad entre conducta delictiva y pena aplicable.

Por su parte, en materia de responsabilidad administrativa, asegurar los fines preventivistas que son objetivo último de su aplicación, pasa por exigir el elemento culpabilista de la infracción sancionable, por leve que sea esa exigencia, exonerando al empresario de responsabilidad cuando se aprecia un adecuado grado de cumplimiento de la normativa preventiva. Asociar de modo mecánico riesgo o daño derivado del trabajo a incumplimiento no favorece la prevención. Más que evitar la inversión de la carga de la prueba, útil para proteger el bien jurídico de la seguridad y salud en el trabajo, se trata de que esa prueba empresarial disponga de espacio para desplegar efectos.

A tales propósitos, son criterios de ponderación útiles los del art. 39.3 LISOS, por evidenciar actitudes más claramente culpables del empresario, pero también otros, como la situación preventiva general de la empresa en perspectiva temporal y en relación con el sector y territorio en que se enmarque o la propia conducta del trabajador para excluir o atemperar la propia responsabilidad empresarial³⁶. Sobre el trabajador, habría que distinguir más netamente entre los conceptos de imprudencia temeraria e imprudencia profesional que emplean el sistema de Seguridad Social y el de prevención de riesgos laborales, haciendo más impermeable la frontera entre ambos en este segundo ámbito respecto del primero. No se olvide que un elemento intrínseco a los accidentes de trabajo es que suele tratarse de daños en cuya producción interviene, junto al nivel de prevención del empresario, el del propio trabajador accidentado, complicando el análisis en clave de responsabilidad, y aun de protección, pero sobre bases más sólidas en este segundo caso al optarse por la mejor tutela del trabajador y hacer menos relevante su intervención.

Con todo, el esquema también se ha trasladado en cierta medida, aun por motivos diversos, al sistema de responsabilidad, haciendo del empresario centro de imputación casi único y obviando casi por completo la intervención del trabajador. Y ello porque a aquel

³⁵ Conforme al art. 80 CP, los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada, en atención fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra el mismo; y siempre que se den las condiciones del art. 81 CP, esto es, que el condenado haya delinquido por primera vez, que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años y que, salvo excepciones, se hayan satisfecho las responsabilidades civiles.

³⁶ Más lejos llegan algunos autores, al recomendar incorporar al trabajador como sujeto responsable administrativo en materia preventiva, como se señaló más arriba (AA.VV., *Responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., pp. 245 y ss.).

sujeto se atribuye un nivel de conocimiento, organización y decisión sobre la configuración de los riesgos en el ámbito de la empresa que el trabajador no posee; y porque su posición de supremacía en el contrato de trabajo le permite y obliga a actuar sobre la conducta del trabajador ante el riesgo, incluso sustituyendo sus decisiones y anticipando sus conductas irregulares, lo que integra su actuación preventiva. En este esquema, la capacidad del trabajador accidentado para desvirtuar esa responsabilidad empresarial es residual, *ex imprudencia temeraria*, o simplemente moderadora, vía concurrencia de la culpa de la víctima en el recargo de prestaciones o en la responsabilidad civil³⁷.

En cuanto a la vertiente reparadora, dado que intervienen responsabilidades y técnicas que quiebran principios elementales de la exigencia de responsabilidad por daños, hay que empezar exigiendo el principio de culpabilidad, tanto si se trata de responsabilidad contractual como la que aquí importa, como extracontractual³⁸. Ello descarta el criterio objetivo que suele asociarse a la regla del riesgo, de acuerdo con el cual quien desarrolla una actividad que lleva aparejada la posible generación de daños responde de los efectivamente causados cualquiera que haya sido su actuación, culpable o no. Si esta técnica responde fielmente a la reparación por la actualización de riesgos profesionales dentro del sistema público de Seguridad Social, que dispensa a los trabajadores una protección objetiva mediante prestaciones tasadas, la reparación superior, si procede, no puede responder al mismo esquema, debiendo adecuarse al modo de actuar de la responsabilidad civilista por daños y perjuicios, basada en el elemento culpabilista. Así, causado un daño derivado del trabajo sin intervención de incumplimiento culpable del empresario, los efectos reparadores se reducen a la mera percepción de la prestación social, aun cuando el daño padecido por el trabajador excediera de ese importe, dado que falta el presupuesto mínimo de la falta de diligencia empresarial que permita una acción resarcitoria de carácter privado, sin perjuicio de que el carácter incondicionado y prácticamente ilimitado del deber de prevención del empresario puede venir a ampliar de hecho la esfera de la culpabilidad³⁹.

En tales casos, esta responsabilidad elude la exigencia de tipicidad e impone al empresario una planificación preventiva, unos procedimientos de gestión de la prevención y una disposición de recursos humanos y materiales destinados a tal fin que, cubriendo todos y cada uno de los mandatos legales previstos, permitan además valorar una actuación diligente y razonablemente dirigida a la garantía eficaz de la seguridad y salud en el trabajo. Diligencia propia de un prudente y razonable empleador, sobre los parámetros de previsibilidad –deber de prever lo previsible, que convierte en negligente la conducta imprevisora de lo que debió estar previsto– y evitabilidad –realizar lo necesario para evitar el riesgo evitable, haciendo negligente la omisión de lo que pudo hacerse– que cualifican la conducta empresarial exigible, aun en condiciones de normalidad –sin requerir situaciones de particular

³⁷ En este sentido, véase AA.VV., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, cit., p. 237-238.

³⁸ Cfr. la STS 18 oct. 1999.

³⁹ Así, por ejemplo, las SSTS 8 oct. 2001 y 12 jul. 2007.

peligrosidad normalmente más exigentes para el empleador por expresa previsión legal— por encima de la diligencia media exigible a cualquier otro sujeto eventualmente responsable en el plano civil. En definitiva, no debe ser irrelevante la conducta del empresario a efectos de exigir responsabilidad civil.

Además, el mejor encaje de la responsabilidad de Seguridad Social con el esquema reparador anticipado debiera exigir la perfecta independencia de ambos planos. Esto es, la primera actuaría en el terreno propio del sistema público de protección social, conforme a sus reglas y principios, esto es, responder al propósito de proteger estados de necesidad del trabajador que ha sufrido un daño y mediante un modelo de aseguramiento objetivo. Por ello, son ociosas en este sistema y disfuncionales fórmulas como las previstas en los arts. 123, 195 y 197 LGSS. En los tres casos, con carácter común, su vertiente sancionadora del empleador incumplidor —las tres medidas requieren culpabilidad— podría integrarse en la LISOS y preverse, de no estarlo ya, como infracciones sancionables, en vez de con multas pecuniarias, con su actual expresión. Ya conocemos la prohibición de contratar con las administraciones públicas o la publicidad de las sanciones firmes como consecuencias previstas para la comisión de infracciones compatibles con las multas, a las que cabría unir estas otras. De este modo, junto a evitar la posible lesión al principio *non bis in idem*, actuarían en un mismo contexto sancionador como elementos de graduación de la conducta infractora y, para el concreto caso del recargo, que la reparación del trabajador ya estuviera íntegramente cubierta vía responsabilidad empresarial patrimonial, dejaría sin sentido su componente reparador y hallaría mejor ajuste su plano sancionador. Se trata de mantener en terrenos independientes la actuación de la Seguridad Social, cuyas medidas no deben operar con técnicas sancionadoras sino meramente reparadoras del estado de necesidad producido, delegando su tutela frente a los incumplimientos contra este bien jurídico protegido al marco legal correspondiente —Código Penal o LISOS—. Ello introduce coherencia en un modelo protector que opera con reglas y principios que chocan con las técnicas indemnizatorias del orden civil, aplicando a las prestaciones sociales frente a riesgos profesionales elementos tales como su carácter objetivo, su cuantía tasada, así como su universalización y automaticidad consecuencia de la socialización del riesgo profesional que representa su cobertura por el sistema.

Pero el esquema expuesto, siendo más coherente en orden a la técnica jurídica y reparando mejor al sujeto que ha padecido un daño derivado del trabajo, no añade nada todavía a otro gran objetivo a cubrir en nuestro contexto, la promoción de la prevención. Al efecto, se han propuesto fórmulas de reparación añadidas a las anteriores, para plantear una responsabilidad por riesgo que operaría en un tercer nivel, derivado de la mera explotación empresarial e inherente a todo proceso productivo, generalizando una cobertura complementaria para el caso de accidente de trabajo⁴⁰. Pero, aun sin necesidad de plantear medidas solapadas de carácter reparador, y cumplido en los términos expresados el presu-

⁴⁰ Así, M. CORREA, *Aseguramiento de los riesgos profesionales y responsabilidad empresarial*, cit., pp. 15 y ss. y 27 y ss.

puesto de satisfacción íntegra del daño efectivamente causado, es posible aplicar, aun dentro del sistema mismo de Seguridad social, otras soluciones capaces de servir de estímulo a la prevención, incentivando el cumplimiento empresarial de las obligaciones dirigidas a la protección de la seguridad y salud en el trabajo.

Así, actuar sobre las cotizaciones sociales, diferenciando el tratamiento de quien cumple eficazmente y quien no lo hace con las obligaciones preventivas, o modificar el propio esquema protector, recuperando el principio de consideración conjunta de las contingencias, cualquiera que sea su causa común o profesional, podrían ser elementos susceptibles de coadyuvar a la mejora de la prevención en las empresas, sin necesidad de afectar más allá de lo señalado hasta aquí ni al plano de las responsabilidades sancionadoras, ni al de las responsabilidades reparadoras. Pero ello, como se dice, penetra ya en el sistema de aseguramiento, más que en el terreno de las responsabilidades objetivas o por culpa, que es objeto de otro tratamiento⁴¹.

⁴¹ Véase, de nuevo Y. VALDEOLIVAS, op. ult., cit., pp. 47 y ss.