

jurisprudencia civil entiende que las resoluciones de la jurisdicción laboral no le afectan y solo despliegan efectos en su ámbito procesal. En definitiva, la competencia de la jurisdicción 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 trabajo³⁸.

3.3. LOS PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La importancia de corregir los problemas derivados de la confusa separación de sendos órdenes jurisdiccionales supera, como se ha dicho, las puras consecuencias competenciales para superar, en su caso, un defecto material más grave, cual es que, concurriendo responsabilidad civil y de seguridad social vía recargo de prestaciones, pueda generarse una duplicidad de compensaciones económicas cuya compatibilidad e independencia plantea ciertas reservas, especialmente como resultado de la difícil conceptualización del recargo de prestaciones de la Seguridad Social, cuya naturaleza híbrida complica su interrelación con otras modalidades de responsabilidad. La apuntada compleja naturaleza jurídica –indemnizatoria, sancionatoria o mixta– que se atribuye a esta medida despliega relevantes efectos en el plano de la concurrencia con otras posibles responsabilidades. Esto es, de mantenerse el carácter sancionador del recargo, como entiende la jurisprudencia social aludida, esta figura, jugando un nada desdeñable papel de estímulo a la prevención, por la onerosidad que supone para la empresa, no conjura algunos delicados problemas en relación con

38 La nueva regulación puede también solventar otros problemas. Las reglas de absorción por el orden social de las reclamaciones civiles derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, antes no aplicables si el deudor era una Administración pública, aun vinculada, sin duda, por la aplicación de la normativa preventiva cuando actúa como empleadora (art. 3.1 LPRL) y, en consecuencia, susceptible de responder a la eventual exigencia de responsabilidad patrimonial, era conocida hasta ahora en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, fuera laboral o funcional, la naturaleza de la relación que está en su base, excluyendo, en todo caso, la actuación del orden social y civil. No obstante, el vigente art. 2.q) LJS del reiterado proyecto de ley corresponderá también aquí al orden social de la jurisdicción el conocimiento sobre estas cuestiones, al referirse expresamente ese apartado 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 a la situación anterior, G. TUDELA y Y. VALDEOLIVAS, *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, cit., pp. 486-487.

el reiterado principio de *non bis in ídem*³⁹. Y es que, siendo el recargo compatible con otras sanciones, administrativas y penales, su concurrente aplicación podría estar sancionando dos o más veces la misma conducta, en contra de aquel principio. Por el contrario, de sostenerse el carácter indemnizatorio, declarada la compatibilidad del recargo, que presupone la existencia de prestaciones, con la indemnización civil y, sobre todo, la no afectación recíproca de ambas, el resultado podría llegar a ser una compensación global superior al daño realmente sufrido por efecto de la doble vía actuada, en contra ahora de otro principio general de nuestro ordenamiento, cual es la prohibición de enriquecimiento injusto, afectado de sobre indemnizarse el perjuicio.

Ello cuestionaba, conforme a las contradictorias interpretaciones jurisprudenciales al respecto, la necesidad o no de computar y compensar recargo e indemnización civil al estimarse que proceden de un mismo daño, en un dilema finalmente zanjado en unificación de doctrina, considerando la naturaleza sancionadora del recargo⁴⁰. De acuerdo con esta posición, ambas responsabilidades, civil y recargo, resultan independientes y carecen de influencia recíproca, de modo que de la cuantía indemnizatoria fijada para la completa reparación del daño vía responsabilidad civil no se deduce el importe del recargo, para servir a los fines preventivos mediante el incremento de la responsabilidad empresarial. Además, así considerada, la cualidad punitiva del recargo salva también el efecto *bis in ídem* en atención a que las sanciones proceden de autoridades de distinto orden y opera desde diversas perspectivas de defensa social, garantizando que una conducta infractora determine una indemnización superior a la que correspondería de no existir incumplimiento de medidas preventivas. Con todo, esta posición jurisprudencial, clarificando el panorama, no

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

40 Cfr. la STS 2 oct. 2000. Tras ellas, 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.

evita la ficción de considerar bienes o intereses distintos lo que no es sino defensa de idéntico valor social, la seguridad y salud en el trabajo.

De ahí que la peculiar naturaleza del recargo siga generando problemas interpretativos derivados ya de la duplicación de sanciones⁴¹, ya de la duplicación de indemnizaciones. Por ello, se propuso en su momento 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 que sería asegurable, como todas las de carácter civil⁴². Postura que ahora tiene mayor sentido y cuenta con una más claro apoyo legal, toda vez que la aprobación de la nueva ley reguladora de la jurisdicción social va a tener consecuencias prevé que hayan de ventilarse en el orden social todas las responsabilidades, sancionadoras y reparadoras, derivadas,

41 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, de parecido tenor en el supuesto de hecho que contemplan y susceptible de una eventual aplicación simultánea de responsabilidad administrativa y de Seguridad Social. Existiendo una coincidencia básica de los tipos, y aceptada la naturaleza sancionadora de ambas responsabilidades, parece que la doble sanción afectaría al principio *non bis in ídem*, 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, que serviría para interpretar que no son compatibles. Pero, en sentido contrario, podría argumentarse a favor de la compatibilidad entre ambas responsabilidades, entendiendo que la del art. 195 LGSS es, en realidad, una medida reparadora, aun cuando se imponga directamente 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, ya se dijo, 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 y propuesta de idéntica solución. Consideraciones que cabe extender también 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. No plantea estos inconvenientes, en cambio, el art. 108.3 LGSS, porque, como se dijo, no es sanción.

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

como en el caso que importa, de la actualización de un daño. El art. 2.b) LJS ofrece las condiciones para evitar cualquiera de los efectos referidos, en un análisis conjunto del incumplimiento y de sus consecuencias para el sujeto incumplidor y el sujeto damnificado y protegido. En esa condiciones, el recargo se vuelve perfectamente prescindible, tanto desde una perspectiva sancionadora, porque ya se dispone de infracciones administrativas y de criterios de graduación de las sanciones que pueden utilizarse a estos fines, cuanto desde el plano indemnizatorio, porque el perjuicio de la víctima que sufre un daño derivado del trabajo obtiene su completa reparación vía prestaciones e indemnización civil. Y a esa falta de necesidad del recargo contribuye igualmente su muy discutible compatibilidad con la imposición de una sanción penal, por el mencionado principio de *non bis in ídem*, de difícil resolución en tanto se mantenga ese innegable componente sancionador de la medida.

De ahí que pueda seguir propugnándose la eliminación definitiva del recargo de prestaciones que, sin alterar la protección del trabajador, facilitaría obtener, por la vía de exigencia de responsabilidad reparadora del daño en sede social, la completa restitución del perjuicio padecido. El resultado sería, así, la interdicción de la duplicidad de sanciones, que quedarían exclusivamente atribuidas a la responsabilidad administrativa y penal, entre las que no juega la doble sanción por el efecto de prejudicialidad ya analizado. Al tiempo, se resolvería la eventual indemnización por encima del daño sufrido que puede ser consecuencia de la acumulación sin influencia recíproca de instrumentos reparadores, quedando ubicada la compensación del daño en la Seguridad Social, a través de las correspondientes prestaciones y, en lo que aquellas no alcanzan a cubrir el completo daño sufrido, en la responsabilidad civil del empresario. Finalmente, la independencia de la indemnización civil de los procedimientos administrativos o penales que se sigan, desaparecida ya la prejudicialidad contencioso-administrativa, y residenciada toda la responsabilidad reparadora en sede social, agilizaría la reparación del daño.

La supresión del recargo de prestaciones supondría, sin duda, un hito en nuestra legislación de Seguridad Social, en la que está profunda-

mente arraigada, pero no implicaría ni cambio sustantivo en nuestro sistema ni, más importante, merma alguna en la reparación del daño de quien padece 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 que cumple el recargo ya debe venir asegurada por la responsabilidad penal y administrativa. Lo segundo, porque la automaticidad y rapidez que tiene la reparación del trabajador vía recargo se garantiza por una indemnización ventilada en el proceso social de forma celeré y ajustada al daño realmente sufrido. No se olvide que la Seguridad Social abona prestaciones para sustituir rentas salariales o compensar el exceso de gastos que provoca la necesidad de asistencia sanitaria, pero no atiende a otras finalidades que deben cubrirse por la responsabilidad civil, sin alterar, como hace el recargo, la naturaleza de aquellas prestaciones. En otras palabras, si la responsabilidad objetiva ya está cubierta por la Seguridad Social, la subjetiva, que comporta atender al elemento culpable o negligente, debe ubicarse en la responsabilidad civil que, así, vendría a cumplir también una finalidad preventiva. Finalidad preventiva que siempre es el objetivo último de las responsabilidades que operan en este ámbito y que no debe entenderse minorado por su carácter asegurable, pues estimula al empresario al cumplimiento efectivo de sus obligaciones en la materia para evitar la producción de daños que hayan de ser indemnizados directamente o el incremento de las pólizas de seguro que los cubren.

Pero, superando el tema del recargo, en relación con la interconexión entre responsabilidad de Seguridad Social y civil, si lo que se persigue en este contexto es básicamente reparar los daños de toda clase y de forma íntegra padecidos por el trabajador, cabe añadir algunas consideraciones. Como se dice, la reparación de los daños derivados del trabajo se satisface por un doble cauce que actúa, además, sobre presupuestos perfectamente diferenciados:

1º) Por el sistema de protección social que, al margen del recargo ya mencionado, protege de forma objetiva y con independencia de la culpa o responsabilidad empresarial por incumplimiento, en función de las consecuencias producidas por el daño, reconociendo presta-

ciones distintas según las diversas contingencias aseguradas y en una cuantía que, sobre el principio de proporcionalidad que persigue el sistema de protección social, guardan relación con los salarios cotizables; en este caso, la protección hace, pues, completa abstracción de la eventual responsabilidad empresarial en la producción del daño protegido.

2º) Para cuando se ha producido un incumplimiento que genera la responsabilidad empresarial, a la anterior protección objetiva y predeterminada, idéntica para cualquier beneficiario, se vendría a sumar la responsabilidad patrimonial, que exige la reparación íntegra del daño, de modo que, en lo que no cubra la prestación social, el empresario indemnizará a su costa, y de forma asegurable en tanto responsabilidad privada, el daño físico, psíquico o moral que pueda cuantificarse. Atribuida esa responsabilidad a la jurisdicción social, lo cierto es que el recargo no añade ventaja adicional alguna porque la mejor protección del trabajador ya se asegura por la responsabilidad patrimonial del empresario frente a la posible reparación no completa que puede provocar la limitación legal del recargo.

3.4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA EL DISEÑO DE UN CUADRO DE RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN CLAVE DE PREVENCIÓN

Lo expuesto hasta aquí en orden a la responsabilidad exigible en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pone en evidencia la necesidad de conjugar sistema de protección social y sistema de prevención de riesgos laborales y, sobre todo, la conveniencia de articular el complejo cuadro de responsabilidades empresariales en este ámbito en clave de prevención. Sin perjuicio de cuanto se expone al respecto en el siguiente apartado, y a los fines de resumir algunos de los elementos principales que inspiran nuestro actual modelo, así como los defectos a superar en una reconfiguración del sistema sancionador y reparador, baste señalar como recordatorio lo siguiente.

En primer lugar, respecto de las conductas sancionables por presuponer la existencia de un incumplimiento empresarial en materia preventiva, cabe la exigencia de responsabilidades penales y administra-

tivas, respecto de las que hay que superar, en los términos expresados, y en aras de la garantía de la máxima aflicción al sujeto infractor que permita disuadir del incumplimiento, los problemas de interferencia de la responsabilidad penal sobre la derivada de la aplicación de la LISOS. Pero, al margen de ello, la exigencia de responsabilidades se apoya y debe seguir haciéndolo sobre un elemento culpabilista que, con independencia de su tendencia a la objetivación y a la extensión de su campo de juego, no elude el reconocimiento de una conducta imputable al empresario por dolo, culpa o negligencia. En este caso, la lectura de las responsabilidades sancionadoras o punitivas desde la pretensión de la máxima garantía de la prevención vendrá de la mano de la capacidad de las sanciones impuestas, tanto por proporcionalidad y gravedad como por su coherencia interna, para mover la actuación del empleador hacia el más exacto cumplimiento de sus deberes de prevención de los riesgos laborales, evitando que una excesiva tendencia a la objetivación de la responsabilidad pueda terminar actuando como desincentivo preventivista, por independizar el incumplimiento de la verdadera actividad preventiva del empresario.

En segundo lugar, ahora en relación con las responsabilidades dirigidas a la reparación del daño causado al trabajador, hay que decir que en este contexto actúan la responsabilidad civil y la responsabilidad de Seguridad Social, esta última en sus distintas variantes y sobre presupuestos también diversos. Probablemente, es este ámbito el que permite apreciar las mayores distorsiones y desajustes dentro de nuestro sistema y donde parece más complejo asegurar el elemento de prevención que persigue la mejor tutela de la seguridad y salud en el trabajo. En este contexto de protección de los riesgos profesionales, el primer elemento a destacar es que, a diferencia de la responsabilidad de carácter sancionador, aquí resulta obligada la presencia del daño, de modo que premisa básica para el desenvolvimiento de este ámbito de responsabilidad es la actualización de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Igualmente, es destacable cómo conviven una responsabilidad objetiva y una responsabilidad por culpa. Si la primera es propia del sistema público de protección social que, socializando los daños y exigiendo, pues, al empresario el asegura-

miento obligatorio del trabajador, evita a este último tener que probar la culpa empresarial para quedar protegido frente al accidente laboral, la segunda es típica de la responsabilidad civil y sirve para, sobre la base de la existencia del elemento volitivo, reclamar la protección que la primera responsabilidad pública no alcanza a cubrir, por estar limitada y hacer abstracción del daño realmente sufrido.

En este aparentemente sencillo entramado entran en juego, no obstante, 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, lo que quiebra entonces el carácter objetivo del modo habitual de actuar de la Seguridad Social, pero sin dejar de cumplir esa finalidad protectora característica del sistema público. Protección, no obstante, que vuelve a marcar límites entre unas y otras fórmulas, pese a basarse en idéntico juicio de imputabilidad al empresario 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, que pasa a ser el empresario y no la entidad gestora o mutua.

Sin perjuicio de estas últimas figuras, lo cierto es que en la relación entre responsabilidad objetiva de Seguridad Social y responsabilidad subjetiva patrimonial el avance que la objetivación vía sistema público supone para la mejor protección de los accidentes de trabajo se ve contrarrestada por el principio de inmunidad que se concreta en una protección tasada y predeterminada por la norma en atención al tipo de contingencia producida, no en función del daño efectivamente sufrido. Por ello, y bajo el presupuesto de la culpa, es posible completar lo que no alcanza a proteger el sistema por la vía de la responsabilidad civil: subjetiva, ilimitada, asegurable y sin garantía pública en caso de impago. Este esquema, así dibujado, es plenamente coherente, a salvo la intromisión del recargo de prestaciones que, sirviendo a la misma

finalidad que la responsabilidad privada, mezcla los presupuestos básicos de la misma con otros impropios de ella, distorsionando el modelo. Si se advierte, no deja de ser parcialmente reconocible, pese a que la socialización tiende a ocultar este dato, que en todo caso, con culpa empresarial o sin ella, la protección responde a la presunción de existencia de una responsabilidad empresarial -objetiva y, en su caso, subjetiva-, aunque en parte asegurada obligatoriamente por el sistema público y, en consecuencia, no satisfecha directamente por aquel sujeto. Es reconocer una suerte de responsabilidad privada pero preceptivamente asegurable en el sistema público para establecer la garantía pública del pago de prestaciones que cubre el daño de manera limitada y que llama a completarse hasta la total reparación del daño mediante un sistema ya privado de responsabilidad subjetiva, voluntariamente asegurable.

Pues bien, a la vista de las dificultades, deficiencias y desajustes entre los mecanismos de responsabilidad previstos en nuestro sistema para la sanción y reparación del incumplimiento empresarial en materia preventiva, resulta más que conveniente imprescindible diseñar un modelo que, sobre coherencia interna y superación de defectos técnicos, asegure el protagonismo de un inexcusable componente que se halla en el trasfondo de la protección de la seguridad y salud en el trabajo, el valor de la prevención. Para ello, la primera idea a retener es que la mayor eficacia de la prevención no puede asociarse de manera automática a la más rigurosa y amplia aplicación de responsabilidades sancionadoras y reparadoras, de suerte que extender cuantitativa y cualitativamente las modalidades de responsabilidad, su posible acumulación y la gravedad de sus consecuencias no es garantía de mayor prevención y aun es susceptible de producir un resultado opuesto, de desincentivo del comportamiento prevencionista. De ahí la necesidad de conjugar las diferentes variables que operan en este ámbito para redefinir un modelo que, coherente con nuestro sistema jurídico laboral, con nuestro tejido productivo y con nuestras circunstancias sociales y económicas e índices de siniestralidad muy por encima de lo tolerable, colabore en la modificación de esta realidad. Sin olvidar en este mismo orden de consideraciones que, con

carácter general, tan relevante como un sistema ordenado y coherente de responsabilidades es instituir un modelo de tratamiento favorable para las empresas que se caractericen por una actuación preventiva ejemplar, de forma que esta variable debe incorporarse también a la identificación del modelo ideal. Con el objetivo expuesto, y sobre las premisas señaladas, se enuncian a continuación algunas de las hipótesis de partida que pueden resultar adecuadas para la pretendida redefinición del sistema de responsabilidades.

Por lo que afecta a las responsabilidades de carácter punitivo, es imprescindible coordinar más eficazmente las respuestas penales y administrativas, evitando los problemas de interrelación pero, no menos importante, escapando de la consideración de aplicar como un instrumento ordinario y común, prácticamente automático ante cualquier daño derivado del trabajo, este juego de responsabilidades. Máxime en el caso de la de naturaleza penal, cuya consideración de última *ratio* debe estar al servicio de incumplimientos particularmente graves y reprochables. Lo que tampoco es incompatible con la más estricta aplicación de la responsabilidad penal, y desde luego administrativa, por la mera existencia de un riesgo que no se ha actualizado en un daño, porque hay que recordar que el bien jurídico protegido es la evitación del riesgo laboral, siendo el incumplimiento, pues, independiente del resultado para acreditar su existencia, no así, desde luego, para graduar la responsabilidad.

En suma, se ha de buscar un adecuado equilibrio entre la recuperación de la cualidad de último recurso de la responsabilidad penal en materia preventiva y el rasgo de medida no condicionada a la actualización de resultados dañosos para la vida, integridad física o salud del trabajador 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. A su vez, ello sirve para remarcar su elemento de ejemplaridad social y de tutela reforzada de bienes jurídicos de especial valor.

Igualmente, en relación con la responsabilidad penal, habría que clarificar el actual panorama de concurrencia de tipos penales capaces

de entrar en conflicto entre sí. En este sentido, si es necesario evitar una respuesta desproporcionada por la inadecuada acumulación de figuras, tampoco es menos imprescindible que el juego del concurso de delitos eluda aplicar la sanción por el comportamiento más grave, propósito al que ayuda poco la actual coincidencia de tipos penales de riesgo y de resultado. Por lo demás, seguramente habría que evitar también, ahora en relación con la aplicación de la responsabilidad administrativa, que la condena penal termine suponiendo un tratamiento favorable para el empresario condenado respecto del que le hubiera sido infligido de resultar penalmente absuelto, ahora por vía de sanción administrativa. Parece evidente que el órgano judicial penal no puede condicionar su resolución al eventual carácter más punitivo que determinaría para el infractor el desenvolvimiento de sanciones administrativas, pero si se dice que el derecho penal es la última *ratio* y constituye el derecho sancionador más riguroso para los incumplimientos más graves no debería propiciar ese efecto. Efecto provocado por el hecho de que las penas privativas de libertad en que habitualmente se concreta la condena se suspenden y no se hacen efectivas sobre el empleador⁴³, perdiendo, así, el perfil aflictivo que la sanción económica administrativa, que absorbe la penal, podría haber visualizado más fácilmente. De ahí que fuera pensable elevar las condenas e introducir una 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, y en aras del reiterado objetivo de asegurar los fines preventivistas que son objetivo último de la aplicación de estas responsabilidades, habría que exigir el elemento culpabilista de la infracción sancionable, por leve que sea tal exigencia, exonerando al empresario de responsabilidad

43 Por aplicación del art. 80 CP, conforme al cual 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.

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. No se trata de dar al traste con la inversión de la carga de la prueba que, en este contexto, resulta útil para proteger el bien jurídico de la seguridad y salud en el trabajo, sino de admitir que esa prueba empresarial, de existir, debe tener espacio para desplegar efectos.

A tales propósitos, debieran servir como efectivos criterios de ponderación todos los que recoge el art. 39.3 LISOS, porque son capaces de evidenciar actitudes más claramente culpables del empresario, pero también otros capaces de calificar ese mismo elemento subjetivo, por ejemplo, la situación preventiva general de la empresa en perspectiva temporal y en relación con el sector y territorio en que se enmarque. Como, debe ser relevante en este mismo sentido, de nuevo a los fines de extender la cultura preventiva y corresponsabilizar en su normalización y consolidación a todos los agentes intervinientes, la propia conducta del trabajador para excluir o atemperar la responsabilidad empresarial⁴⁴. Si en la vertiente reparadora la intervención del propio trabajador o de terceros es lógico que tenga menos consecuencias para la calificación o no como accidente de trabajo del daño producido, lo cierto es que en la acreditación del incumplimiento empresarial que es premisa de la exigencia de responsabilidad administrativa debe operar de forma distinta y tener mayor relevancia. Ello podría diferenciar más netamente entre los conceptos de imprudencia temeraria e imprudencia profesional que sirven en el sistema de Seguridad Social y en el sistema de prevención de riesgos laborales, haciendo más impermeable la frontera entre ambos en este segundo ámbito respecto del primero. Lo que vuelve a evidencia la estrecha conexión entre uno y otro marco normativo y la colaboración que deben prestarse para, sin obviar sus propios fines, no perjudicar otros.

En este sentido, nótese que un elemento intrínseco a los accidentes de trabajo es que frecuentemente identifican daños en cuya producción

44 Más lejos llegan algunos autores, al recomendar incorporar al trabajador como sujeto responsable administrativo en materia preventiva (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.).

interviene, junto al nivel de prevención del empresario, el del propio trabajador accidentado, lo que complica el análisis en clave de responsabilidad, y aun de protección, aunque sobre bases más sólidas en este segundo caso por optarse por la mejor tutela del trabajador y otorgarse menos relevancia a su intervención. Con todo, el esquema también se ha trasladado en cierta medida, aun con motivos diversos, al sistema de responsabilidad, situando en el empresario el centro de imputación casi único y haciendo desaparecer casi por completo la intervención del trabajador por razones bien fundadas: de una parte, porque a aquel 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; de otra, porque su posición de supremacía en el contrato de trabajo y la correlativa posición de subordinación del trabajador le permite y obliga a actuar sobre la conducta ante el riesgo de este segundo, incluso sustituyendo sus decisiones y anticipando sus conductas irregulares que deben formar parte de su actuación preventiva. En este esquema, el papel que cabe al trabajador accidentado para desvirtuar esa responsabilidad empresarial es residual, por la vía de la imprudencia temeraria, o simplemente moderador, por el cauce de la concurrencia de la culpa de la víctima en el recargo de prestaciones o en la responsabilidad civil⁴⁵.

En cuanto a la vertiente reparadora, donde los problemas pueden ser más complejos por la intervención de responsabilidades y técnicas que quiebran algunos de los principios elementales de la exigencia de responsabilidad por daños, lo primero a reseñar es que en este caso resulta presupuesto ineludible el principio de culpabilidad, tanto si se trata de responsabilidad contractual, que aquí más importa, como extracontractual⁴⁶. Ello descarta la apreciación del 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 que opera en caso de la actualización de riesgos profe-

45 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.

46 Cfr. la STS 18 oct. 1999.

sionales dentro del sistema público de Seguridad Social, que dispensa a los trabajadores una protección objetiva concretada en las referidas prestaciones tasadas, la reparación que se persiga por encima de la misma, si procede, no puede responder a igual esquema, sino adecuarse al modo de actuar de la responsabilidad civilista por daños y perjuicios, basada en el elemento culpabilista. Así, en una inicial aproximación, cuando se produzca un daño derivado del trabajo sin intervención de incumplimiento culpable del empresario, los efectos reparadores exigibles se limitarán a la mera percepción de la prestación social, aun cuando el daño padecido por el trabajador accidentado pudiera exceder de la cuantía pública obtenida, dado que falta el presupuesto mínimo de la falta de diligencia empresarial que justifique emprender una acción resarcitoria de carácter privado, sin perjuicio de que el reiterado carácter incondicionado y prácticamente ilimitado del deber de prevención del empresario puede venir a ampliar de hecho la esfera de la culpabilidad⁴⁷.

En tales casos, este tipo de responsabilidad elude la exigencia de tipicidad para conformarse con imponer al empleador planificación preventiva, procedimientos de gestión de la prevención y disposición de recursos humanos y materiales destinados a tal fin que, dando cumplimiento a todos y cada uno de los mandatos legales previstos en materia de seguridad y salud en el trabajo, permitan apreciar además que se está desarrollando una actuación diligente y razonablemente dirigida a la garantía eficaz de dichos bienes. Diligencia propia de un prudente y razonable empleador que maneja 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 peligrosidad normalmente más exigentes para el empresario por expresa previsión legal- por encima de la diligencia media exigible a cualquier otro sujeto eventualmente responsable en el plano civil. En definitiva, no cabe entender irrelevante la conducta empresarial a efectos de la exigencia de responsabilidad civil.

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

Además, el mejor encaje de la responsabilidad de Seguridad Social con este esquema reparador anticipado debiera exigir la perfecta independencia de ambos planos. Esto es, la primera debiera actuar 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, en este sistema, son ociosas y disfuncionales fórmulas como las previstas en los arts. 123, 195 y 197 LGSS, en cada caso por razones diversas que terminan convergiendo en otras de carácter común. En los tres supuestos, con carácter común, su vertiente sancionadora del empleador incumplidor –las tres medidas requieren culpabilidad– bien podría integrarse en la LISOS y preverse, si no lo están ya, como infracciones sancionables. Así, tanto la sanción consistente en recargar la prestación como la concretada en el pago directo de las prestaciones que hubieran podido causarse mediando culpa del empresario en los supuestos que aquellas medidas describen no dificulta su calificación como nuevas figuras sancionadoras, dado que no todas han de concretarse única y necesariamente en multas pecuniarias. De hecho, la prohibición de contratar con las administraciones públicas o la publicidad de las sanciones firmes ya se contemplan como consecuencias previstas para la comisión de infracciones compatibles con las multas, a las que podrían unirse estas otras para los supuestos allí previstos. De este modo, junto a sortear la posible lesión al principio de *non bis in ídem*, se prestarían a su análisis en un mismo contexto sancionador como elementos de graduación de la conducta infractora, por no aludir, para el concreto caso del recargo, que si la reparación del trabajador ya viene cubierta íntegramente vía responsabilidad empresarial patrimonial, su componente reparador carece de interés y su plano sancionador encuentra mejor ajuste con la solución recién propuesta.

Además, estas figuras se independizarían de la actuación de la Seguridad Social, cuyas medidas no deben operar con técnicas sancionadoras, sino meramente reparadoras del estado de necesidad producido, delegando la tutela de la Seguridad Social, como bien jurídico protegido frente a los incumplimientos provocados en este ámbito, al marco legal correspondiente –código penal o LISOS–. Ello introduce

coherencia en un modelo protector que opera con reglas y sobre principios que chocan con las técnicas indemnizatorias del orden civil, aplicándose 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.

Con todo, alcanzando una reparación más adecuada y eficaz del sujeto que ha padecido un daño derivado del trabajo y representando un modelo más coherente desde la perspectiva técnico-jurídica, lo cierto es que el esquema expuesto 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 trabajo⁴⁸. Pero, aun sin necesidad de plantear medidas solapadas de carácter reparador, y cumplido en los términos expresados el presupuesto de satisfacción íntegra del daño efectivamente causado, es posible aplicar, incluso 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. Ello, como se dice, penetra ya en el sistema de aseguramiento y supera con mucho el terreno de las responsabilidades objetivas o por culpa. De ahí que sea objeto de tratamiento diferenciado y más amplio en el apartado siguiente.

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