



SALUD LABORAL

Universidad Almería

HACIA LA MAYORÍA DE EDAD DEL DELITO DE RIESGO DE LOS ARTS. 316 Y 317 DEL CÓDIGO PENAL Y OTRAS CUESTIONES LABORALES Y ADMINISTRATIVAS CONEXAS

*Sentencia 276/2005, de 29 de abril,
del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Almería*

MANUEL GÁMEZ OREA*

*«No es sólo el lenguaje el que es «simbólico», el que necesita
de la otra mitad de la interpretación y del diálogo que está más
allá de la siempre indigente palabra...» (Emilio Lledó)***

SUPUESTO DE HECHO: En la visita practicada por la Inspección de Trabajo a una obra de viviendas en construcción, que se hallaba en fase de estructura, el actuario comprueba que varios trabajadores de una empresa subcontratista operaban sobre la cubierta del edificio sin que se hubieran dispuesto medios de protección colectiva en los huecos exteriores e interiores que protegieran frente al grave riesgo de caída existente. Al apreciarse además la inminencia del peligro, al amparo del artículo 44 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales (LPRL), el funcionario impartió orden de paralización de trabajos que no fue impugnada ante la autoridad laboral. La citada obra estaba promovida por la empresa L.A., S.A., que la adjudicó a la contratista V.G, S.L., entidad que a su vez la subcontrató con P.Z.I., S.L., procediendo ésta a encomendar la cimentación y estructura al empresario individual R.F., a quien prestaban sus servicios profesionales aquellos trabajadores.

Al entender el funcionario actuante que los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal, se dio traslado de ellos al Ministerio Fiscal, que

* Doctor en Derecho. Prof. Univ. Almería. Inspector de Trabajo y Seguridad Social

** *Elogio de la infelicidad*. ed. Cuatro, 2005, pág. 109.



ejerció la oportuna acción contra los administradores de cada una de las sociedades, el empresario individual, los dos arquitectos técnicos y coordinadores de seguridad durante la ejecución del proyecto, y el arquitecto autor del proyecto-director de obra.

RESUMEN: Tras el juicio oral, se dictó sentencia en la que resultaron condenados a la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses a tres euros, como autores de un delito contra los derechos de los trabajadores, los administradores de aquellas sociedades, el empresario individual y los coordinadores de seguridad y salud, resultando absuelto el arquitecto D. L.C.

ÍNDICE

1. EL LENTO CAMINO DEL CRECIMIENTO
2. LAS INTERVENCIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DEL MINISTERIO FISCAL
3. UN CASO TÍPICO DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
4. EL CONTRASTE CON EL CRITERIO REDUCTOR DE RESPONSABILIDADES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

1. EL LENTO CAMINO DEL CRECIMIENTO

Como es sabido, la protección específica del derecho a la seguridad y salud de los trabajadores mediante un tipo de peligro concreto fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico-penal en la reforma del anterior Código operada por la L.O. 8/1983, de 25 de junio. En su exposición de motivos se razonaba que «Sin perjuicio de la subsistencia del actual art. 499 bis, la protección penal del trabajo venía planteando la necesidad de introducir un delito de peligro que, de una parte, no exija el grado de intencionalidad en la conducta que se deriva de aquel precepto, y, de otra, acentúe la obligación de prevenir el daño. A tal fin se introduce un tipo de estructura claramente omisiva, el nuevo art. 348 bis, a), en el que puede subsumirse la conducta del responsable de una actividad laboral que permita el incumplimiento de las medidas de seguridad, dando lugar a situaciones de concreto peligro». Este nuevo precepto quedó redactado así: «Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas».



Con ello se ponía en evidencia la insuficiencia protectora de los tipos generalistas de protección del derecho a la vida y a la integridad física de la persona (homicidio y lesiones por imprudencia) a efectos de la eficaz tutela del derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajo seguras. Más aún, la del llamado delito doloso de lesiones laborales del antiguo art. 427, prácticamente inédito en su aplicación a pesar de su extensa vigencia temporal, constituyendo todos ellos preceptos que en el mejor de los casos sólo entraban en juego tras sobrevenir el resultado material de muerte o lesiones.

Se trataba, por tanto, aunque no se explicitara, de salir al frente de los altos índices de siniestralidad laboral sin necesidad de esperar al desencadenamiento del resultado lesivo, castigando de modo autónomo las infracciones más graves de cuidado en materia preventiva, como una decisión de política criminal suficientemente conocida y puesta en práctica para la preservación de bienes jurídicos esenciales. Después, el nuevo Código de 1995 continuó esta línea y acogió esa figura delictiva en los tipos de los arts. 316 (forma dolosa) y 317 (forma culposa), estableciendo el primero de ellos que «Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses».

Transcurridos más de veinte años desde la innovación legislativa que comentamos, son numerosos los pronunciamientos judiciales que han tenido por objeto su aplicación, si bien prácticamente siempre ligada a otros delitos o faltas de resultado material (homicidio o lesiones), de modo que su contemplación procesal ha sido en casi todos consecuencia del desencadenamiento previo de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Entonces se han planteado los correspondientes problemas de concurso —de infracciones o de normas—, en función de que el resultado producido suponga solamente uno de los posibles efectos de la conducta omisiva (concurso ideal de delitos, art. 77 CP, principalmente cuando otros trabajadores, aparte del accidentado, han quedado expuestos al riesgo); o sea único, constituyendo una fase más avanzada de la mera creación de peligro concreto por omisión de las normas preventivas, en cuyo caso la jurisprudencia se ha decantado por apreciar con carácter general un concurso aparente de leyes, resuelto por el principio de consunción del art. 8.3 CP (SSTS 14-7-1999 y 4-6-2002).

Este estado de cosas pone de manifiesto que en gran parte la finalidad preventiva perseguida con la tipificación del delito de riesgo ha quedado frustrada en un doble aspecto. Primeramente, desde la perspectiva jurídico-

material, cuando ocurrido el accidente el juego del concurso aparente de normas conduce a la aplicación en exclusiva de la pena prevista para la infracción absorbente —la de resultado material de muerte o lesiones—, con preterición de la del delito de riesgo (prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses), que en algunos casos es de mayor entidad que las estipuladas para el delito de lesiones imprudentes (art. 152) y, desde luego, muy superior a las de la faltas por muerte o lesiones del art. 621 (multa de uno a dos meses en los casos de lesiones del art. 147.2 por imprudencia grave y muerte por imprudencia leve, y multa de 10 a 30 días en lesiones por imprudencia leve). En segundo lugar, desde la óptica procesal, por la ausencia de persecución independiente del delito de peligro en los supuestos en los que afortunadamente no se haya producido resultado lesivo alguno o tan siquiera accidente, para de este modo lograr el objetivo preventivo de evitar el desencadenamiento del siniestro, desplegando una acción procesal independiente, reflejo a su vez de su configuración típica autónoma.

Es significativo al respecto que en la colección de jurisprudencia ARANZADI, salvo error, sólo hayamos encontrado una resolución —condenatoria— sobre esta infracción de riesgo, sin que el objeto del debate procesal verse sobre ninguno de los tipos de homicidio o lesiones —la acusación del Ministerio Fiscal se basaba sólo en los arts. 316 y 318 y no consta el título de la acusación particular—, a pesar de que en el supuesto de autos se trataba de la caída de altura de un trabajador que le ocasionó traumatismo craneoencefálico severo, contusión pulmonar y diversas fracturas (S. 387/2003, Juzgado de lo Penal n.º 3., de Barcelona, 11-12-2003).

En definitiva, hay que concluir que las simples situaciones de riesgo concreto han permanecido invisibles, por los más diversos motivos a los que seguidamente aludiremos, para la persecución penal, tras más de veinte años de vigencia de la figura delictiva que las acoge. De ahí la importancia de la sentencia objeto de este comentario, a las que se han unido otras del mismo Juzgado.

2. LAS INTERVENCIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DEL MINISTERIO FISCAL

El castigo de estas situaciones de riesgo se ha canalizado fundamentalmente por la vía de las sanciones administrativas promovidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, derivadas casi siempre de la investigación previa llevada a cabo en los centros de trabajo. Por otra parte, la innovación que supuso en 1983 la tipificación del delito de riesgo, la escasez de medios personales en el Ministerio Fiscal, su dedicación preferente a los delitos comunes que tradicionalmente ha perseguido, la inercia de la actua-

ción inspectora hacia el ejercicio exclusivo de sus potestades —a pesar del deber público de denuncia ante el Ministerio Público o la jurisdicción penal de los hechos penalmente relevantes de que tuvieran conocimiento (arts. 262 LECr y 3 Real Decreto legislativo 5/2000, TRLISOS)— y la falta de coordinación efectiva entre estos órganos públicos, son los factores que, entre otros —por ejemplo, la inexistencia de un objeto material o cuerpo delictivo y la mutabilidad de la situación de peligro, que dificultan el proceso probatorio sin la intervención del órgano fiscalizador administrativo—, han determinado la inaplicación autónoma del delito de riesgo.

De esta situación se hizo eco la Instrucción 104/2001 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —con antecedentes en la instrucción 8/11/1991—, que ordenó la comunicación al Ministerio Fiscal de las infracciones muy graves del art. 13 TRLISOS y de las graves del art. 12 cuando concurrieran ciertas circunstancias relevantes: incumplimientos reiterados o inobservancia manifiesta y sistemática de la normativa de prevención. Todo ello desde un planteamiento que nos parece real y posibilista a fin de evitar la saturación de los órganos judiciales y de la fiscalía, procediendo a la discriminación persecutoria en función de la gravedad de la conducta infractora comprobada.

En el mismo sentido, tras constatar los altos niveles de siniestralidad laboral, las Instrucciones del Fiscal General del Estado 1/2001, de 9 de mayo, y la anterior 7/1991, de 8 de noviembre, que estableció formas de coordinación entre las jefaturas provinciales del ministerio público, la autoridad laboral y la inspección de trabajo y seguridad social.

Esta actuación coordinada, impulsando la inspección de trabajo mediante la pre-denuncia la actuación del ministerio público, nos parece de hecho la única vía fértil para alcanzar el objetivo del efectivo castigo de las conductas que ponen en peligro grave la seguridad y salud de los trabajadores. De este modo, el órgano encargado del ejercicio de la acción pública podrá disponer de los necesarios elementos de conocimiento sobre los hechos y posibles responsables, proporcionados por quienes por su especialización jurídica y en materia preventiva pueden ofrecer el instrumental adecuado que sirva de soporte al impulso procesal de su persecución, con independencia de la eventual y ulterior intervención del funcionario de la inspección en la fase del juicio oral como perito propuesto por la acusación pública, cuya relevancia se pone de manifiesto en la valoración de la prueba efectuada en la sentencia. A ello ha de sumarse la garantía que supone la inmediatez del funcionario con los hechos, de los que habrá tenido conocimiento en la mayor parte de las ocasiones mediante observación directa en la visita inspectora o por traslado de la comprobación también personal de los técnicos habilitados de las Comunidades Autónomas (art. 9 Ley 31/1995 —LPRL— y Real Decreto 689/2005, de 23 de junio).

Pues bien, este origen es el que ha tenido la sentencia 276/2005 del Juzgado de lo Penal Núm. 3 de Almería.

3. UN CASO TÍPICO DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

No es casual que el objeto del procedimiento de la sentencia comentada verse sobre una situación de riesgo en el sector de la construcción, tanto por el alto volumen de mano de obra empleada, como por la expansión que ha experimentado en los últimos años y la diversidad de peligros que plantea desde el punto de vista preventivo. De hecho, la consulta de cualquier colección de jurisprudencia pone de relieve que la mayor parte de las sentencias recaídas versan sobre accidentes ocurridos en las obras de edificación o en las relacionadas con ellas. En nuestro caso, entre las consultadas en el repertorio citado correspondientes a los últimos años, más del setenta por ciento afectan a siniestros de ese sector (SAP Madrid, secc. 15.^a, 20-5-97; SAP Alicante, secc. 2.^a, 12-4-00; SAP Barcelona, secc. 5.^a, 8-3-00; SAP Murcia 26-2-2002; SAP Cuenca 6-2-2003; SAP Madrid, secc. 17.^a, 16-3-03; SAP Tarragona, secc. 3.^a, 3-5-03; SAP Huelva, secc. 1.^a, 28-4-04; SAP Zaragoza, secc. 3.^a, 30-4-04; SAP Barcelona, secc. 3.^a, 20-7-04; SAP León, secc. 2.^a, 30-4-04).

Tampoco, la pluralidad de acusados (administradores de las empresas promotora, contratista, primera y segundas subcontratistas, coordinadores de seguridad y arquitecto), exponente de la creciente y en muchas ocasiones exacerbada descentralización productiva existente en este sector —hasta el punto de que en nuestro caso la contratista principal no realizaba actividad productiva directa alguna, limitándose a subcontratar con otra segunda empresa, que a su vez subcontrató con un empresario individual, empleador de los trabajadores afectados por el riesgo— y del alto número de sujetos sobre los que las disposiciones preventivas hacen recaer concretos deberes de precaución (art. 24 LPRL, Real Decreto 171/2004, que lo desarrolla, sobre coordinación de actividades empresariales, y Real Decreto 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, RDOC).

En relación con esta diversidad de imputados y su posterior condena —salvo la absolución del arquitecto D. L.C.— se encuentra quizás el aspecto más relevante de la sentencia porque denota, mediante una interpretación finalista de esa normativa, una cabal comprensión del complejo de deberes interpuesto para cada uno de los sujetos con poder de predisposición e implicados en el proceso constructivo, con el objetivo de servir instrumentalmente a la garantía del más genérico deber general de seguridad del empleador frente a sus trabajadores. (art. 14 LPRL).



Late también en la sentencia la idea, que se explicita jurídicamente fundamentada, de que la eficaz protección de la seguridad y salud de los trabajadores en un espacio de concurrencia multiempresarial supone *ex lege* el surgimiento de otros tantos deberes —aparte de los del personal técnico— de facilitación directa de unas condiciones de trabajo seguras o de celo en la vigilancia de su puesta en práctica, sin que, precisamente por su origen normativo de orden público, los pactos privados de distribución de responsabilidades tengan eficacia alguna frente al ejercicio del poder punitivo. Como tampoco, la designación obligada de técnicos específicos en materia preventiva —coordinadores de seguridad y salud durante la ejecución de la obra—, releva de la suya a la empresa promotora que los contrata, puesto que, efectivamente, este deber de elección ha de entenderse como un refuerzo o *plus* de calidad organizativa y no como una vía de escape o disolución de las que incumben a quien por su condición de impulsora del negocio puede disponer libremente y mejor controlar todo su desarrollo, incluida su vertiente preventiva.

Este planteamiento de partida que adopta la resolución es coherente con el diseño jurídico-penal de los sujetos activos en el art. 316 (*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten...*), que ha permitido confirmar la amplitud del concepto de autoría (SAP Sevilla 24-3-04, secc. 3.ª; SAP Cantabria 31-3-04, secc. 4.ª; SAP Madrid 20-5-97, secc. 15.ª). En concreto, este último pronunciamiento se hace eco de lo previamente declarado por el Tribunal Supremo, al recordar que *todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa y tanto sean superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las que ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir las normas destinadas al mantenimiento de la seguridad del trabajo* (STS 12-5-1981). Por ello, —y a propósito del motivo de recurso esgrimido por un coordinador de seguridad y salud— se ha dicho también que *la condición de sujeto activo en el delito del art. 316 CP recae no sólo en el empresario que actúa directamente o por delegación, sino en todos aquellos que tienen la posibilidad práctica de evitar la situación de peligro y estando jurídico-laboralmente obligados a hacerlo no lo hacen, ya que la mención incluida en el tipo «legalmente obligados» no excluye la posibilidad de extender la responsabilidad del empresario a personas que trabajen a su servicio, o concretar esa responsabilidad, como señalaba el TS en Sentencia 10-5-1980, respecto a todas las que ostenten mando o dirección técnicos o de ejecución* (SAP Huelva 28-4-04, con cita SAP Guadalajara 25-6-98). Esta amplitud jurídico-material de la autoría no impide que, por exigencias del principio acusatorio, algunas de las personas en principio obligadas queden exentas de responsabilidad si contra ellas no se ha ejercido la imprescindible acción penal, situación de la

que se hace eco la STS 14-7-99 —que desestimó el recurso contra la anteriormente citada de la AP Guadalajara—, al afirmar que *«la Sala de instancia razona convincentemente, en relación con la autoría del delito previsto en los artículos cuya infracción se denuncia, la responsabilidad del hoy recurrente. Todo ello, con independencia de la posible responsabilidad que pudiera haberse exigido a personas no acusadas en esta causa.*

Y en esta omisión en el momento de plantear la acusación no se incurrió en el proceso al que puso término la sentencia que comentamos, al dirigir el ministerio público la acción contra todos aquellos obligados por el ordenamiento jurídico-laboral, que actúa como integrador a estos efectos de la norma penal en blanco, permitiéndose así al juzgador acceder a un completo análisis subjetivo de las responsabilidades.

No obstante, con ser importante este aspecto, lo es más su motivación, porque revela una exacta traducción al ámbito penal del diseño jurídico-preventivo del deber general de seguridad del empresario como obligación de resultado, garantizado por la pluralidad de deberes intermedios, a algunos de los cuales ya nos hemos referido, y a los que se suman los demás previstos en la LPRL y en su normativa de desarrollo (planificación, formación e información, derivados de los principios de acción preventiva del art. 15 LPRL, etc.), acogiendo implícitamente la exigencia ya recordada por las salas de lo social y de lo contencioso administrativo de que *el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado ...y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador»* (STS 8-10-01, 4.^a); que *las medidas de seguridad, por su naturaleza, objeto y alcance exigen una valoración finalista y no un mero cumplimiento formal* (STS 18-2-97, 3.^a); o, en fin, que *la presencia de los trabajadores pertenecientes al contratista o subcontratista en el centro de trabajo de la empresa principal vincula a ambos al cumplimiento de las normas de seguridad e higiene... (debiendo velarse) por dicho cumplimiento tanto desde la perspectiva de la organización del centro, que incumbe a la primera, como desde la perspectiva de la dirección de la actividad de los trabajadores, que corresponde al contratista o subcontratista* (STS 10-12-01, 3.^a), criterio este del encadenamiento de la responsabilidad en los casos de descentralización productiva reafirmado por la STS 9-7-02 (4.^a), al interpretar el art 42 LET, cuando, aunque incidentalmente, se afirma que *la tesis interpretativa que se articula en el apartado anterior se acomoda, por otra parte, al criterio de responsabilidad que, con independencia de que se halla referido a otro tipo de planteamiento, aparece recogido en la Ley 31/1995, de 8 Nov., de Prevención de Riesgos Laborales, al imponer a «las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en su propios centros de trabajo» el deber de «vigilar el cumpli-*

miento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales» —art. 24.3— haciéndoles responsables solidarias de los daños derivados del incumplimiento empresarial de tales obligaciones.

Por ello, la condena de los administradores de la empresa promotora se fundamenta en que «además de estar obligados a efectuar aviso a la autoridad laboral competente...*como empresa principal tiene la obligación de desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva y de vigilar para que por las empresas auxiliares se adopten las medidas de seguridad adecuadas para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores que presten sus servicios en la obra por ella promovida*», trasluciendo en el fondo que la existencia de coordinadores de seguridad y salud no la exime de sus obligaciones, como recuerda el art. 3.4 RDOC, porque precisamente los incumplimientos de éstos denotarán comportamientos negligentes en la vigilancia de la entidad que los contrató.

La responsabilidad de los administradores de la contratista V.G., S.L. y P.Z.I., S.L. se sostiene en el incumplimiento de las obligaciones del art. 11 R.D. 1627/1997 (principios de acción preventiva, plan de seguridad y salud, de coordinación interempresarial, etc.), basándose la del empresario individual D. R.F. en el mismo motivo, en su condición de empleador de los trabajadores expuestos al riesgo denunciado.

La condena de los coordinadores de seguridad y salud se fundamenta en el incumplimiento de las obligaciones establecidas para tales técnicos en el art. 9 del R.D. 1627/1997, lo que determinó que no se garantizara «que en la obra hubiese las medidas de seguridad adecuadas para que los trabajadores desempeñasen su actividad con las máximas garantías de seguridad». En los fundamentos de derecho se pone de manifiesto la pasividad de estos técnicos en el cumplimiento de sus obligaciones cuando, en alusión a las declaraciones prestadas en la fase de instrucción ante el juez, se hace referencia a que esgrimieron que el constructor tiene que nombrar a un encargado de seguridad del que sin embargo desconocieron saber quién era, o a que uno de ellos admitiera en la vista oral que quizás hiciera una semana que no había visitado la obra.

Finalmente, la absolución del arquitecto D. L.C. se justifica en que entre sus obligaciones no se encuentra la de la fiscalización de las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, limitándose a la redacción del proyecto y a la dirección de obra. Probablemente, esta decisión esté basada en la estimación de un comportamiento no culpable en este concreto caso, porque el art. 14 RDOC obliga a los coordinadores y a cualquier otra persona integrada en la dirección facultativa a advertir al contratista de cualquier incumplimiento de las medidas de seguridad —exponente del deber de vigilancia—, dejando constancia en el libro de incidencias, y quedando

facultado para disponer la paralización de trabajos en circunstancias de riesgo grave e inminente, siendo éste supuesto precisamente el desencadenante en su día de la actuación inspectora. El sentido del fallo hubiera sido distinto con seguridad si en la ejecución de la obra hubiera intervenido una sola empresa —en cuyo caso no es preceptiva la designación de coordinadores durante la fase de ejecución (art. 3.2 RDOC)—, porque entonces la dirección facultativa asume expresamente las obligaciones de seguimiento de las condiciones de seguridad según resulta de los arts. 9, *f* y 11.1, *e*, RDOC.

En definitiva, se observa un criterio que antes había acogido la SAP Huelva 28-4-04 (ya citada), cuando la exculpación del arquitecto superior, tras la condena del arquitecto-técnico/coordinador de seguridad y salud, se basó en que *nos hallamos ante puntuales medidas de seguridad omitidas, respecto de las que desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la dirección facultativa de la obra, debe considerarse agotada con la imputación al arquitecto técnico...porque además es el designado como coordinador de seguridad*¹.

4. EL CONTRASTE CON EL CRITERIO REDUCTOR DE RESPONSABILIDADES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

La sentencia comentada y, en general, el tratamiento jurisprudencial de los distintos órdenes de la jurisdicción cuando versa sobre supuestos de descentralización productiva, al declarar la responsabilidad de todos los participantes a los que se les imponen determinados deberes legales cuando desatienden el cuidado debido, aciertan en nuestra opinión en la captación de la literalidad y significado de las normas primarias preventivas, que buscan y consagran la implicación activa en las tareas de protección de todos los que disfrutan de situaciones de poder jurídico o de hecho. Entre ellos se encuentran sin duda todas las empresas involucradas en la cadena de contratación, bien por su condición de comitentes respecto de las auxiliares —a las que pueden condicionar y controlar en ejercicio de derechos de origen legal

¹ La exculpación del arquitecto superior también la encontramos en la SAP Zaragoza 30-4-04 (citada), aunque su anclaje argumental en el art. 12 de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, nos parece desacertado por tratarse de una disposición que obedece a un designio regulador —protección de usuarios— que nada tiene que ver con el de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, perteneciendo a un grupo normativo distinto al de prevención de riesgos laborales. De hecho, según su art. 1.2, las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica.

o fruto de la autonomía privada— o de empleadoras, a las que asisten los poderes directivo y disciplinario reconocidos en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (arts. 1, 5, 20 y 54).

Este juicio ha de matizarse a la hora de analizar el criterio —o criterios, por su oscilación— que ha venido manteniendo en los últimos años el Centro Directivo de la Junta de Andalucía competente para resolver en alzada los recursos contra las sanciones de los órganos provinciales, o en primera instancia cuando la cuantía de la propuesta sancionadora supera el límite asignado a ellos y no excede el de la propia competencia, a partir del cual la potestad de resolver corresponde al titular del departamento o al Consejo de Gobierno.

Resumidamente, los diversos motivos de decisión han supuesto en la mayoría de las ocasiones la exculpación de alguna de las empresas inicialmente imputadas por la inspección o, en muchos casos también, a pesar de reconocerse la responsabilidad de las demás, la completa anulación de las resoluciones de instancia o actas, con olvido en este caso del principio general del derecho de conservación de los negocios jurídicos, acogido expresamente en los arts. 64 y siguientes de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC), pues «la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no se hubiera dictado» (art. 64.2). Como, también es sabido, la absolución de uno de los inculcados en el proceso penal no supone necesariamente la nulidad de actuaciones respecto de los demás acusados.

Un ejemplo de este último modo de proceder lo hallamos en la resolución 2-11-00 (Expte. 40/2000). La resolución de instancia confirmó el acta extendida a una empresa subcontratista y solidariamente a las empresas contratista y promotora, en aplicación del antiguo art. 42.2 LPRL (ahora 42.3 TRLISOS). La resolución comentada, tras reconocer la responsabilidad solidaria de las empresas subcontratista y promotora, opta sin embargo por la anulación del acto recurrido al entender que procede la exculpación de la empresa intermedia/contratista —reservando la posibilidad de extender nueva acta—, cuando desde la perspectiva adjetiva hubiera bastado y procedido, al amparo del art. 64.2 LRJ-PAC y del principio de eficacia administrativa (art. 3 LRJ-PAC), con mantener la condena de las reputadas responsables, declarando la absolución de la contratista. Además, la exculpación de esta empresa se motiva en el sin duda extravagante argumento de *no incurrir en multiplicidad de sanciones por los mismos hechos*, como si hubiera algún precepto de índole constitucional, legal o reglamentario que lo impidiera, cuando es sabido que la interdicción constitucional del *bis in idem* lo que proscribe es la duplicidad sancionadora si concurre la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento (art. 3 TRLISOS). Y en este caso, la sanción

era única, sin que además hubiera ninguna identidad subjetiva o fáctica, puesto que a la diversidad de sujetos se une que la reprochabilidad a cada uno de ellos proviene de hechos propios: incumplimiento del deber de protección del empleador respecto de sus trabajadores e incumplimiento de los deberes de vigilancia por cada una de las empresas comitentes.

La misma solución procesal aparece en la resolución 2-11-01 (Expte. 173/00). El acta de infracción se extendió solidariamente a las empresas principal-promotora, contratista y subcontratista —acogiendo la doctrina del encadenamiento—, y, tras reconocer la resolución que esta últimas son responsables directas de la infracción cometida en relación con sus respectivos trabajadores, y la promotora responsable solidaria de la infracción de cada una de ellas, procede a la anulación de la sanción impuesta por entender que tendrían que haberse extendido dos actas de infracción —una para cada una de las empresas auxiliares—, en las que sería responsable solidaria la promotora. El mandato del citado art. 64.2 LRJ-PAC y el principio de economía procesal obligaban a mantener sin embargo, desde una correcta perspectiva procedimental, la eficacia parcial del acta respecto de una de las empresas auxiliares, con responsabilidad solidaria de la promotora, sin perjuicio de la absolución provisional de la contratista o subcontratista, para que la responsabilidad de la excluida fuera determinada en otro procedimiento, en el que se añadiría de nuevo la solidaria de la principal.

En la resolución dictada en el Expte 2204/03, que trae su causa del acta extendida solidariamente a una empresa contratista y a la promotora, se acoge sin embargo la solución procedimental propuesta, manteniendo la sanción impuesta a la empresa auxiliar, aunque modificando el criterio material de la anterior, porque se absuelve a la promotora por no constar en el acta los requisitos que harían del promotor empresa principal, como serían *los de que la contratista asumiera sólo una parte de la obra*. Todo ello tras razonar que *si el contratista asume la totalidad de la obra y él mismo la ejecuta, será la única empresa responsable de la prevención, y si asume la totalidad de la obra y la ejecuta, en todo (¿no era este el supuesto anterior?) o en parte, a través de terceros, el contratista se erige al mismo tiempo en empresario principal del resto de las empresas que tendrán la cualidad de subcontratistas*.

En la resolución 8-7-2004 (Expte. 2511/03) se mantiene el criterio material sustentado en la anterior, pero modificando el procedimental, pues se opta por la anulación de la resolución recurrida y por ello del acta. En este documento, acogiendo quizás el actuario la posición defendida en la primera de las resoluciones mencionadas, se exige responsabilidad a una empresa subcontratista CSR, S.L. y a la promotora PROR, S.L., y, tras reconocerse por el Centro Directivo la responsabilidad de la subcontratista, se procede a la anulación por entenderse que la solidaridad ha de predicarse de la contra-

tista C.S.C, S.L., y no de PROR, S.L, afirmándose que «lo definitivo en la determinación del criterio de empresa principal en una obra de construcción es la asunción por la misma de la dirección de ejecución del proyecto» —que, como es sabido, corresponde a la dirección facultativa, designada por el promotor—, aunque después fundamenta la exclusión de responsabilidad de la promotora en el hecho de que es la contratista CSC la que asume la ejecución, subcontratando parte con CSR. Todo ello con olvido de que las facultades principales de control y de dirección —que también es ejecución— estructural y legalmente residen en la empresa promotora, bien directamente o por técnicos interpuestos.

Este parecer vuelve a modificarse en la resolución 14-6-05 (Expte. 22/98), pues la responsabilidad solidaria exigida en el acta a las empresas principal, contratista y subcontratista, por hechos que afectaron sólo a trabajadores de esta última, es rechazada por el Centro Directivo, limitándola a la primera y última del proceso descentralizador, con la exculpación de la contratista, en base a una rígida y sesgada interpretación literal del ya citado art. 42.2 LPRL (*la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24...*). De este modo, se razona que la ley habla de los contratistas y subcontratistas de cuyos incumplimientos responde la empresa principal, por lo que ésta responde de las infracciones cometidas por cualquiera de ellos... [y] no puede asumirse de lege data más responsabilidad solidaria que la de la empresa principal...[ya] que la responsabilidad siquiera a título de imprudencia² debe basarse en un control fáctico de aquél a quien se le imputa sobre los hechos que constituyen infracción..., [y] porque el concepto de empresa principal se refiere a una única empresa que se caracteriza por la titularidad de la explotación o instalaciones.

Pues bien, basta con atender a los criterios hermenéuticos del art. 3 C. Civil (gramatical, sistemático, antecedentes histórico-legislativos, sociológico y teleológico) para apreciar lo desacertado del acogido en la resolu-

² Sorprendentemente, a pesar de esta correcta declaración sobre la exigencia de la culpabilidad como elemento de la infracción conforme al principio de responsabilidad personal que rige la aplicación del *ius puniendi* del Estado, tal como de modo terminante y reiterado han declarado el TC y el TS (por todas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, y 246/1991, de 19 de diciembre; SSTs 4-11-80), en la Resolución 14-6-05 (Expte. 9/05) se afirma que «en la LPRL no se ha previsto ningún elemento subjetivo de culpa como elemento constitutivo de la infracción», consagrando «un tipo de responsabilidad objetiva que tiene su base en el mero incumplimiento de la norma para apreciar el ilícito administrativo, sin consideración alguna a la posible culpabilidad del empresario». Y aunque esta afirmación literalmente sea cierta, materialmente no lo es, porque esa exigencia deriva directamente de la Constitución y supletoriamente del art. 130.1 LRJ-PAC (Disp. Ad. 7.^a), debiendo concurrir siempre al menos una negligencia leve del sujeto activo del ilícito.

ción administrativa. Así, el precepto interpretado alude expresamente al art. 24.3 LPRL, del que es su versión en negativo o sancionadora, que literalmente establece la responsabilidad de *las empresas que contraten o subcontraten...*, es decir, de todas las comitentes involucradas en el proceso desconcentrador descendente. Esta opción legal tiene claros precedentes en nuestro ordenamiento jurídico desde antiguo: el art. 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden 9-3-1971), que establecía la responsabilidad solidaria de la empresa principal, contratistas y subcontratistas, o el art. 40 de la Ley 8/1988 (LISOS), al fijar la de *los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad*. La realidad social de una creciente externalización en la ejecución de obras y los elevados índices de siniestralidad conducen igualmente a la necesidad de buscar una implicación de todas las empresas afectadas en las comunes tareas preventivas, que es justamente la finalidad perseguida por la normativa preventiva al establecer deberes directos o de vigilancia para todas ellas: arts. 14.1 y 24.3 LPRL, Real Decreto 1627/1997, etc., dando lugar todo ello a ese concepto amplio de autoría consagrado penalmente en el art. 316 CP.

En cuanto al segundo de los razonamientos que fundamentan la exculpación de la contratista-intermedia, relativo a la necesidad de control fáctico del subcontratista —presuponiendo que no lo hay—, olvida que ese poder de control o vigilancia surge del propio contrato que liga a las empresas interesadas —con la posibilidad de predisponer los mecanismos de fiscalización, como se fijan deberes de aseguramiento, de garantía económica o de mantenimiento de encargados en obra— y del mandato claro del art. 11.2 RDOC (*los contratistas y los subcontratistas serán responsables de la ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad y salud en los relativo a las obligaciones que les corresponden a ellos directamente o, en su caso, a los trabajadores autónomos por ellos contratados, respondiendo además solidariamente...en los términos del apartado 2 del art. 42 LPRL*). No es casual por ello que en el art. 2, c) R.D. 171/2004 se identifique al empresario principal con aquel que *contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo*. Y de ahí también la posibilidad, verdaderamente real en la práctica constructiva aunque negada sin matices en la resolución, de que exista una pluralidad de empresarios principales, que serían todos los que asumen la posición de comitentes en obras o servicios de la propia actividad, y respecto de los cuales el centro de trabajo siempre es «propio», en cuanto asumen parte de las facultades de organización.

En definitiva, a nuestro juicio, se echa en falta en este tratamiento administrativo una mayor consideración de las normas sustantivas en materia



de prevención de riesgos laborales —ausente en todas las resoluciones comentadas—, al modo en que lo realizan en general los órganos jurisdiccionales de los distintos órdenes e instancias, para no propiciar espacios subjetivos de impunidad en la esfera administrativa que razonablemente tendrían que ser cubiertos con las sanciones penales más allá de los márgenes de contención aconsejados por el principio de intervención mínima.

Para ello sería preciso abandonar el enfoque metodológicamente arriesgado del proceso de inferencia que se advierte en ellas, en el que desde la premisa mayor de una regla o principios aislados —cuando no de un simple prejuicio conceptual— se desemboca en el vacío de una conclusión al margen de las normas materiales aplicables, de la parcela de realidad que las determina y de la consideración como un todo del ordenamiento jurídico.

Ofrece más seguridad la operación inversa, en la que desde un razonamiento inductivo se partiera de las características objetivas y subjetivas del caso concreto, mediante un análisis de cada uno de los sujetos y su participación en los hechos para determinar la inobservancia o no de un deber normativo propio —de ejecución material o de vigilancia—. Si la respuesta es positiva, habremos obtenido los principales elementos de guía o interpretativos en el análisis de las normas administrativas sancionadoras, que no se agotan con las específicas del TRLISOS, y que habrán de situarse en el marco más amplio conformado por los principios generales del derecho punitivo —que comparten con matices el Derecho penal y el administrativo sancionador— y las reglas y directrices que regulan en general el procedimiento administrativo, de aplicación supletoria en el especial del orden social (Disp. Ad. 7.^a LRJ-PAC), integrando finalmente este acervo, cuando fuera preciso por las lagunas que pudiera presentar, con los recursos del Derecho común (art. 4.3 C. Civil) —por ejemplo, a efectos de interpretación— o de la Ley de Enjuiciamiento Civil (así, en materia de prueba, ante la parquedad de las normas administrativas, arts. 80 y 81 LRJ-PAC y R.D. 1398/1993), puesto que sólo partiendo desde la más concreta a las más abstracta de las normas se consigue el método «que proporciona la interpretación coherente del conjunto que se persigue» (VIDA SORIA).

Con ello además, ya desde una opción de política del Derecho, se contribuiría a una más efectiva aplicación de las normas preventivas, teniendo en cuenta que la tutela sancionadora administrativa es en la práctica el más importante y —hasta ahora— casi único instrumento de su garantía cuando las infracciones permanecen en la fase de riesgo por las limitaciones jurídicas y estructurales de los restantes instrumentos protectores.

Nos referimos a las ya apuntadas de las sanciones penales —que se suman a las derivadas del principio de intervención mínima, entre otras—, a las que se añaden la falta de idoneidad de las medidas de presión colectiva —más apropiadas para la generación de la norma que para su aplicación,



principalmente por la situación de debilidad sindical o la escasa ductilidad de la huelga en la relación coste/beneficio frente a incumplimientos habituales— y la inviabilidad práctica de la tutela judicial de carácter civil-laboral, a la que por lo común, por motivos en los que ahora no vamos a entrar, sólo recurren los trabajadores en los supuestos extremos en los que se ventilan el cumplimiento de una de las principales prestaciones del contrato —la retributiva— o su propia existencia o prolongación, principalmente ante decisiones extintivas empresariales.

