

TESIS DOCTORAL

TÍTULO: “La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales: estudio de las infracciones muy graves”

CENTRO: Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia

DEPARTAMENTO: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

DIRECTORES DE TESIS: D. Alberto Cámara Botía y D. Francisco A. González Díaz

AUTOR: D. Manrique Cos Egea

ÍNDICE.

ABREVIATURAS.....	1
INTRODUCCIÓN.....	3

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS EMPRESARIALES CALIFICADAS COMO INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

CAPÍTULO I: LAS INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: CONCEPTO; CRITERIOS DE CALIFICACIÓN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA.....	7
I. INTRODUCCIÓN	7
II. CONCEPTO DE INFRACCIÓN EN MATERIA PREVENTIVA.....	7
1. El empresario como “sujeto responsable”.....	8
2. La reserva legal y la remisión al bloque normativo de referencia.....	10
3. El principio de tipicidad y la cláusula general del art. 13.10 TRLISOS.....	12
A. El concepto de infracción en materia preventiva y el principio de tipicidad.....	12
B. El tipo infractor del art. 13.10 TRLISOS como cláusula general de cierre.....	12
C. El mandato de tipificación y la remisión al bloque normativo de referencia.....	16
D. El mandato de tipificación y el concepto jurídico indeterminado de “riesgo grave e inminente”.....	12
4. El concepto de infracción en materia preventiva y el principio de culpabilidad.....	21
A. La culpabilidad y la diligencia exigible al empresario en el cumplimiento de su deber de seguridad.....	22
a. La culpabilidad como elemento implícito de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.....	22
b. Doctrina jurisprudencial de la <i>culpa in vigilando</i>	24
c. La recepción por la LPRL de esta doctrina jurisprudencial.....	26
d. Límites del deber de cuidado de la empresa.....	27
B. El régimen de responsabilidad solidaria en materia de prevención de riesgos laborales.....	34
C. El principio de culpabilidad y la responsabilidad de las personas jurídicas.....	39
III. INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: CRITERIOS DE CALIFICACIÓN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE SU TIPIFICACIÓN.....	34

1. Criterios de calificación de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.....	40
2. Evolución normativa en la tipificación de las infracciones muy graves en materia preventiva.....	42

CAPÍTULO II: INFRACCIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS ESPECIALES DE RIESGO..... 45

I. INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS DURANTE LOS PERIODOS DE EMBARAZO Y LACTANCIA.....	45
1. Introducción.....	45
2. La protección de la mujer trabajadora en el derecho comunitario.....	46
A. Medidas específicas de protección de la seguridad y salud.....	48
B. Protección genérica de la maternidad.....	49
C. Medidas garantizadoras del ejercicio de los derechos.....	50
3. La protección de la maternidad en la LPRL.....	50
A. La prevención de riesgos laborales y la protección de la mujer trabajadora.....	50
B. La protección de la mujer trabajadora con anterioridad a la LPRL.....	51
C. La protección de la maternidad en la LPRL.....	52
a. Ámbito subjetivo del art. 26 LPRL.....	52
i. <i>La comunicación de la mujer trabajadora a la empresa de su estado.....</i>	<i>52</i>
ii. <i>Concepto de trabajadora en situación de parto reciente y trabajadora en periodo de lactancia.....</i>	<i>54</i>
b. Evaluación de riesgos.....	55
i. <i>Momento de realización de la evaluación de riesgos.....</i>	<i>55</i>
ii. <i>Contenido de la evaluación de riesgos.....</i>	<i>57</i>
c. Adaptación de las condiciones y tiempo de trabajo.....	58
i. <i>Diferentes medidas de adaptación de las condiciones de trabajo.....</i>	<i>58</i>
ii. <i>Derecho de la trabajadora al mantenimiento de sus retribuciones.....</i>	<i>61</i>
d. Movilidad funcional.....	62
i. <i>La movilidad funcional como medida preventiva subsidiaria.....</i>	<i>62</i>
ii. <i>La relación de los puestos de trabajo exentos de riesgo.....</i>	<i>64</i>
iii. <i>La movilidad funcional ordinaria como medida preventiva.....</i>	<i>65</i>
iv. <i>La movilidad funcional extraordinaria como medida preventiva.....</i>	<i>66</i>
e. Suspensión del contrato.....	68
i. <i>Decisión empresarial de suspender el contrato de la mujer trabajadora.....</i>	<i>68</i>

ii.	<i>Efectos de la suspensión</i>	68
f.	La protección de la trabajadora de parto reciente.....	73
g.	La protección de la trabajadora lactante.....	73
h.	Permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.....	75
4.	Incumplimientos empresariales subsumibles en el tipo infractor del art. 13.1 TRLISOS	76
A.	Incumplimientos de las normas de protección de la seguridad y salud de la trabajadora de parto reciente	76
B.	La gravedad del riesgo en la configuración del tipo infractor	76
C.	Concreción de los incumplimientos empresariales subsumibles en el art. 13.1 TRLISOS	77
II.	INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD DE LOS MENORES	82
1.	Introducción	82
2.	La protección del menor en el Derecho comunitario	83
A.	Las obligaciones preventivas del empresario	83
B.	Las obligaciones de los Estados miembros	84
3.	La protección del menor en la LPRL	85
A.	Transposición de la Directiva 94/33/CE	85
B.	Evaluación de riesgos	86
a.	Momento de la evaluación.....	87
i.	<i>Evaluación de riesgos con anterioridad a la incorporación del menor al trabajo</i>	87
ii.	<i>Evaluación de riesgos previa a cualquier modificación importante de las condiciones de trabajo</i>	88
b.	Contenido de la evaluación.....	88
i.	<i>Evaluación objetiva de los riesgos</i>	88
ii.	<i>Evaluación subjetiva de los menores</i>	89
C.	El deber de información del empresario	91
D.	Los trabajos prohibidos a menores	92
a.	La limitación a la contratación de menores.....	92
b.	La prohibición de trabajar en el Decreto de 1957.....	93
4.	Incumplimientos empresariales encuadrables en el art. 13.2 TRLISOS	95
A.	Incumplimiento de las obligaciones previstas en la LPRL	95
B.	Incumplimiento de las obligaciones previstas en el ET	95
a.	Situación anterior a la LPRL.....	96
b.	Situación posterior a la LPRL.....	97
III.	ADSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES A PUESTOS DE TRABAJO INCOMPATIBLES CON SU ESTADO O CAPACIDAD	100
1.	Introducción	100
2.	Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos	102
A.	Antecedentes normativos de la obligación empresarial de protección de trabajadores especialmente sensibles	102
B.	El art. 25.1 LPRL como transposición de la Directiva Marco y como expresión de la exigencia general de “adaptación del trabajo a la persona”	

	104
C. Ámbito subjetivo de la regulación del art. 25.1 LPRL.....	104
a. La especial sensibilidad de los trabajadores a los riesgos laborales.....	104
b. Especial sensibilidad derivada de las propias características personales del trabajador.....	105
c. Especial sensibilidad derivada del estado biológico del trabajador.....	106
d. Especial sensibilidad derivada de la situación de discapacidad.....	107
e. Especial sensibilidad derivada de estados o situaciones transitorias.....	108
D. Medidas preventivas a adoptar por la empresa.....	108
a. Medidas preventivas previstas en el art. 25.1 LPRL.....	108
i. <i>La evaluación de riesgos.....</i>	<i>108</i>
ii. <i>La adopción de concretas medidas.....</i>	<i>109</i>
iii. <i>La prohibición de emplear a los trabajadores especialmente sensibles.....</i>	<i>111</i>
b. Medidas preventivas previstas en normativa específica.....	115
i. <i>Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.....</i>	<i>116</i>
ii. <i>Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo.....</i>	<i>117</i>
iii. <i>Reglamento de Enfermedades Profesionales aprobado por Orden de 9 de mayo de 1962 (REP).</i>	<i>118</i>
iv. <i>El art. 36.4 ET.</i>	<i>122</i>
E. La infracción del art. 13.4 TRLISOS.....	122
a. La adscripción de los trabajadores especialmente sensibles a puestos de trabajo incompatibles.....	122
b. La omisión del tipo infractor de los sujetos especialmente sensibles por su estado biológico conocido o su reconocida situación de discapacidad física, psíquica o sensorial.....	124
c. El riesgo grave e inminente como resultado necesario del incumplimiento empresarial.....	124
3. El deber empresarial de tomar en consideración las capacidades del trabajador en materia de seguridad y salud al asignarle la realización de tareas.....	124
A. La obligación sustantiva del art. 15.2 LPRL.....	124
B. La infracción administrativa del art. 13.4 TRLISOS.....	125

CAPÍTULO III: INFRACCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN SITUACIONES DE RIESGO GRAVE E INMINENTE.....	126
--	------------

I.	INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN INSPECTORA DE PARALIZACIÓN.....	126
1.	Introducción.....	126
2.	La Inspección de Trabajo y la prevención de riesgos laborales: la orden de paralización de los trabajos.....	127
	A. Normativa reguladora de la orden de paralización.....	127
	B. Carácter cautelar y provisional de la orden de paralización.....	128
	C. Compatibilidad de la orden de paralización con respecto a otras medidas inspectoras.....	129
3.	Órgano competente para emitir la orden de paralización.....	130
4.	La inobservancia de la normativa en materia de prevención y la existencia de riesgo grave e inminente como presupuestos de la orden inspectora de paralización.....	134
	A. Inobservancia de la normativa preventiva.....	134
	B. Existencia de riesgo grave e inminente.....	136
5.	Procedimiento para la adopción y cumplimiento de la orden de paralización.....	137
	A. Comunicación de la orden de paralización.....	137
	B. Obligaciones empresariales de comunicación de la orden de paralización y cumplimiento de la misma.....	139
	a. Comunicación por parte de la empresa de la orden inspectora a los trabajadores afectados y a los órganos de representación.....	139
	b. Obligación empresarial de hacer efectiva la orden de paralización.....	141
	C. Posibilidad empresarial de impugnar la orden inspectora.....	142
6.	Levantamiento de la orden inspectora.....	143
II.	ACCIONES U OMISIONES QUE IMPIDEN EL EJERCICIO A LOS TRABAJADORES DE SU DERECHO A PARALIZAR LA ACTIVIDAD LABORAL.....	145
1.	Introducción.....	145
2.	El derecho individual de paralización de la actividad laboral y tipo infractor del art. 13.9 TRLISOS.....	146
	A. Regulación sustantiva del derecho individual de paralización.....	146
	a. Antecedentes normativos y jurisprudenciales del derecho de paralización.....	147
	b. Requisitos para el válido ejercicio del derecho individual de paralización y consecuencias derivadas del mismo.....	151
	B. Comportamientos empresariales encuadrables en el tipo infractor del art. 13.9 TRLISOS.....	153
3.	Derecho colectivo de paralización laboral y tipo infractor del art. 13.9 TRLISOS.....	156
	A. Regulación sustantiva del derecho colectivo de paralización.....	156
	a. Delimitación respecto al art. 19.5 ET.....	156
	b. Naturaleza jurídica del acuerdo de paralización.....	158
	c. Requisitos para la válida adopción del acuerdo de paralización.....	159
	i. ¿Es necesario el incumplimiento previo empresarial?.....	159
	ii. Órganos de representación de los trabajadores facultados para acordar la paralización y mayorías necesarias.....	

iii.	<i>Deber de comunicación del acuerdo de paralización.....</i>	160
iv.	<i>Alcance material y temporal del acuerdo de paralización.....</i>	164
	B. Comportamientos empresariales encuadrables en el tipo infractor del art. 13.9 TRLISOS.....	165
 CAPÍTULO IV: INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD.....		168
I.	INTRODUCCIÓN.....	168
II.	VIGILANCIA DE LA SALUD Y DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA INTIMIDAD, DIGNIDAD Y CONFIDENCIALIDAD.....	169
III.	EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN EL ART. 22.4 LPRLY LA INFRACCIÓN DEL ART. 13.5 TRLISOS.....	171
1.	Los “resultados” de los reconocimientos médicos.....	173
A.	Concepto y contenido de los resultados.....	173
B.	Sujetos que tienen acceso directo a los resultados.....	177
2.	Las “conclusiones” derivadas de los reconocimientos médicos.....	179
A.	Concepto y contenido de las conclusiones.....	179
B.	Sujetos que tienen acceso a las conclusiones.....	179
3.	El deber de confidencialidad y la infracción del art. 13.5 TRLISOS.....	180
A.	Los documentos derivados de la vigilancia de la salud, el deber de confidencialidad y el tipo infractor del art. 13.5 TRLISOS.....	180
B.	El deber de confidencialidad y LPD.....	181
IV.	EL EMPRESARIO COMO SUJETO RESPONSABLE DE LA INFRACCIÓN DEL ART. 13.5 TRLISOS.....	183
V.	DELIMITACIÓN RESPECTO DE OTROS TIPOS ADMINISTRATIVOS.....	186
 CAPÍTULO V: INFRACCIONES DE LOS EMPRESARIOS QUE CONCURREN EN UN MISMO CENTRO DE TRABAJO POR INCUMPLIMIENTO DE SU DEBER DE COORDINACIÓN.....		192
I.	FALTA DE ADOPCIÓN POR PARTE DE LOS EMPRESARIOS QUE CONCURREN EN UN MISMO CENTRO DE TRABAJO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN.....	192
1.	Introducción.....	192
2.	El contenido del deber de cooperación.....	193
A.	Delimitación del supuesto: concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo.....	193

B. Medidas preventivas aplicables a estos supuestos	195
a. Situación anterior al RDCA.....	195
b. Situación tras la entrada en vigor del RDCA.....	197
i. <i>Deberes de información y comunicación</i>	198
ii. <i>Deber de establecer los medios de coordinación</i>	200
3. Infracción administrativa muy grave por incumplimiento del art. 24.1 LPRL	205
A. Delimitación del tipo objetivo	205
a. Situación anterior al RDCA.....	205
b. Situación tras la entrada en vigor del RDCA.....	207
B. Problemas de autoría: responsabilidad solidaria de los empresarios concurrentes o responsabilidad directa del concreto empresario infractor	207
a. Situación anterior al RDCA.....	207
b. Situación tras la entrada en vigor del RDCA.....	211
C. Delimitación respecto al tipo infractor del art. 12.13 TRLISOS	212
4. El trabajador autónomo como sujeto responsable de esta infracción	213
II. INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO TITULAR DEL CENTRO DE TRABAJO DE SUS OBLIGACIONES PREVENTIVAS	215
1. Introducción	215
2. Las obligaciones preventivas del empresario titular del centro de trabajo: análisis del art. 24.2 LPRL	217
A. Delimitación del supuesto de hecho	217
B. Medidas preventivas aplicables	219
3. Infracción administrativa muy grave por incumplimiento del art. 24.2 LPRL	222
A. Delimitación del tipo objetivo	222
B. Problemas de autoría: el empresario infractor	224
C. Delimitación respecto al tipo infractor del art. 12.14 TRLISOS	225
4. El trabajador autónomo como sujeto responsable de esta infracción	225
III. LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN	226

CAPÍTULO VI: INFRACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESENCIA DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS EN EL CENTRO DE TRABAJO..... 247

I. INTRODUCCIÓN	247
II. ANÁLISIS DEL ART. 32 BIS LPRL	248
1. El concepto de “recursos preventivos”	248
2. Supuestos en los que será necesaria la presencia de los recursos preventivos	252

III. INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA MUY GRAVE POR INCUMPLIMIENTO DEL ART. 32 BIS LPRL.....	253
IV. LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DEL APARTADO SEGUNDO DEL ART. 13.8 TRLISOS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN.....	254
1. La obligación de presencia de los recursos preventivos en las obras de construcción.....	254
2. Infracción administrativa muy grave por incumplimiento de la disposición adicional decimocuarta LPRL.....	257
 CAPÍTULO VII: INFRACCIÓN POR CELEBRACIÓN DE PACTOS QUE TENGAN POR OBJETO LA ELUSIÓN DE RESPONSABILIDADES EN EMPRESAS CON RELACIONES LABORALES TRIANGULARES.....	261
I. INTRODUCCIÓN.....	261
II. EL HECHO CONSTITUTIVO DE LA INFRACCIÓN.....	263
1. La suscripción de pactos que tienen por objeto la elusión en fraude de ley	263
2. Las responsabilidades que se pretenden eludir.....	264
A. La responsabilidad en el supuesto de contratas de la propia actividad.....	264
a. La responsabilidad administrativa.....	264
b. El recargo de prestaciones.....	264
c. La responsabilidad civil.....	267
B. Responsabilidad en el supuesto de empresas de trabajo temporal.	269
III. SUJETO RESPONSABLE DE LA INFRACCIÓN: EL EMPRESARIO PRINCIPAL EN EL SUPUESTO DE CADENA DE CONTRATAS.....	272
1. El supuesto de hecho del art. 24.3 LPRL.....	273
2. Alcance del deber de vigilancia.....	275
3. El “empresario principal” en el supuesto de cadena de contratas.....	275
A. Las cadenas de contratas en el art. 24.3 LPRL.....	276
B. La responsabilidad del art. 42.3 TRLISOS en el supuesto de cadena de contratas.....	276
 CAPÍTULO VII: LA CLÁUSULA GENERAL EN LAS INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERISA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....	279
I. INTRODUCCIÓN.....	2279
II. LA CONDUCTA EMPRESARIAL SUBSUMIBLE EN EL TIPO INFRACTOR DEL ART. 13.10 TRLISOS.....	279
1. La no adopción de “cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo”: el art. 13.10 TRLISOS como infracción omisiva.....	

	279
2. La “normativa de prevención de riesgos laborales” como bloque normativo de referencia: el art. 13.10 TRLISOS como norma en blanco: el problema de las normas jurídico-técnicas.....	281
A. Características de las normas jurídico-técnicas.....	282
B. El incumplimiento de las normas jurídico-técnicas y la cláusula general del art. 13.10 TRLISOS.....	283
a. El incumplimiento de las normas jurídico-técnicas en la OGSHT.....	283
b. El incumplimiento de las normas jurídico-técnicas en la LISOS.....	284
c. El incumplimiento de las normas jurídico-técnicas en la LPRL y el TRLISOS.....	286
3. El “riesgo grave e inminente”: el art. 13.10 TRLISOS como tipo infractor de riesgo concreto.....	288
III. EL ART. 13.6 TRLISOS COMO CONCRECIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL.....	289

SEGUNDA PARTE

SANCIONES ADMINISTRATIVAS POR INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

CAPÍTULO I: LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA TÍPICA: LA MULTA.....	291
I. INTRODUCCIÓN	291
II. LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN.....	293
1. La conexión de los criterios de graduación de las sanciones con los principios de proporcionalidad y de motivación.....	293
A. El principio de proporcionalidad.....	294
B. El principio de motivación.....	295
2. Caracteres de los criterios de graduación.....	296
3. Análisis de los diferentes criterios de graduación aplicables en materia de prevención de riesgos laborales.....	304
A. La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo.....	304
B. El carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades.....	307
C. La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse.....	307
a. Daños producidos.....	308
b. Daños que hubieran podido producirse.....	310
D. El número de trabajadores afectados.....	311
E. Las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos.....	313

F. El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos a que se refiere el artículo 43 LPRL.....	315
G. La inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los Delegados de prevención o el Comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes.....	317
H. La conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.....	317
III. REINCIDENCIA Y PERSISTENCIA CONTINUADA DE LA INFRACCIÓN.....	318
1. Reincidencia.....	318
A. Presupuestos fácticos de la reincidencia.....	319
B. Consecuencias sancionadoras.....	322
2. Persistencia continuada de la infracción.....	324
IV. CONCURSO DE INFRACCIONES.....	326
V. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....	335
CAPÍTULO II: OTRAS MODALIDADES DE SANCIÓN.....	346
I. INTRODUCCIÓN.....	346
II. PUBLICIDAD DE LAS SANCIONES.....	346
III. SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES O CIERRE DEL CENTRO DE TRABAJO.....	348
IV. LIMITACIONES A LA FACULTAD DE CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN.....	350
CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> Y SU REPECUSIÓN SOBRE EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LAS INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....	353
I. INTRODUCCIÓN.....	353
II. EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> EN EL ORDEN LABORAL.....	354
1. Reconocimiento constitucional del <i>non bis in idem</i>	354
2. La recepción del principio <i>non bis in idem</i> en el Orden social.....	357
III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.....	360
1. El principio <i>non bis in idem</i> y las sanciones atípicas.....	360
2. El principio <i>non bis in idem</i> y la persistencia continuada de la infracción.....	365
IV. EL DELITO CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i>	366
1. Introducción.....	366
2. Sujeto activo del delito.....	369
A. El delito del art. 316 CP como delito especial.....	369

B. El empresario-persona física como sujeto activo del delito del art. 316 CP.....	370
C. El empresario-persona jurídica como sujeto activo del delito del art. 316 CP	371
3. Conducta punible.....	374
A. Infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales.....	374
B. No facilitación de los medios preventivos.....	376
a. Modalidades de realización de la conducta punible.....	377
b. El art. 316 CP como delito de omisión.....	380
C. Puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física de los trabajadores.....	381
4. Fundamento o bien jurídico protegido.....	384
5. La aplicación del principio <i>non bis idem</i>	388
A. Identidad de hechos.....	388
B. Identidad de fundamentos.....	390
C. Identidad de sujetos.....	391
 CONCLUSIONES	 394
 BIBLIOGRAFÍA	 407

ABREVIATURAS.

AL: Actualidad Laboral.

AP: Audiencia Provincial.

AS: Aranzadi Social.

CE: Constitución española de 1978.

CEC: Centro de Estudios Constitucionales.

CES: Consejo Económico y Social.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

DL: Documentación Laboral.

ET: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

JL: Justicia Laboral.

LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

LCVFL: Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

LETA: Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

LETT: Ley 14/1994, de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal.

LGSS: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LGSS-74: Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LISOS: Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LITSS: Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y la Seguridad Social.

LOI: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

LPD: Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

LRJAP: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

OGSHT: Orden de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

RDC: Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, sobre coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales.

RDS: Revista de Derecho Social.

REDT: Revista Española de Derecho del Trabajo.

RL: Relaciones Laborales.

RPPOS: RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador para el ejercicio de la potestad sancionadora.

RPS: RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos de imposición de sanciones por infracción de orden social y expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

RSP: Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

SAN: Sentencia Audiencia Nacional.

SJS: Sentencia Juzgado de lo Social.

STC: Sentencia Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TL: Temas Laborales.

TRLISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

TS: Tribunal Supremo.

TS: Tribuna Social.

INTRODUCCIÓN.

La conciencia social y el disfrute de las comodidades inherentes al desarrollo de los pueblos exigen el que hayan de tolerarse actividades que inevitablemente conllevan determinados riesgos¹. Como destaca el profesor NIETO², con la tecnología moderna, la vida colectiva es un «estado de riesgo» que resulta forzoso admitir si no queremos volver al siglo XIX.

En el ámbito de las relaciones laborales, es claro que la actividad empresarial genera múltiples riesgos de producción de daños en los trabajadores, lo que requiere la intervención de los poderes públicos. La obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo aparece recogida como principio rector de la política social y económica en el art. 40.2 CE. En cumplimiento de este mandato constitucional se ha elaborado una normativa en materia de prevención de riesgos laborales –cuya norma básica es la LPRL– que pretende regular las actividades empresariales con mandatos y prohibiciones específicas tendentes a reducir al mínimo los riesgos en el trabajo.

Los incumplimientos empresariales de esta legislación son la causa de un fenómeno que constituye una auténtica lacra social que lastra la bonanza y progreso del bienestar socioeconómico³: la siniestralidad laboral. Y es que, la relevancia de esta materia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que es la Seguridad y Salud en el Trabajo, se refleja en el hecho de que el incumplimiento de las exigencias normativas puede tener como consecuencia que el trabajador sufra un «daño derivado del trabajo», esto es, una enfermedad, patología o lesión sufrida con motivo u ocasión del trabajo. En este sentido, se debe tener presente que toda “construcción teórica que se realice sobre la seguridad y salud en el trabajo debe partir de que el bien fundamental que se pretende proteger es la vida e integridad física y psíquica del trabajador”⁴.

Uno de los principales instrumentos de garantía del cumplimiento de las obligaciones empresariales establecidas en la legislación de seguridad y salud laborales, tanto por su función aflictiva como preventiva general, lo constituye la exigencia de responsabilidad administrativa como consecuencia de la inobservancia de aquellas obligaciones. De esta forma, las actuaciones de la Administración Laboral tendentes a velar por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales mediante las actuaciones de vigilancia y control y a sancionar los incumplimientos de la misma, constituyen un aspecto esencial de la política en materia preventiva, entendida como el conjunto de actuaciones de los poderes públicos dirigidas a la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores.

El presente trabajo se propone analizar la responsabilidad administrativa del empresario derivada de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, para lo cual se estructura en dos partes.

¹ STS de 5 de septiembre de 2001 (RJ 2001/8340).

² NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 33.

³ CARDENAL FERNÁNDEZ, J., “El Ministerio Fiscal y la siniestralidad laboral”, *AS*, nº 13, 2000, pág. 61.

⁴ GONZÁLEZ DÍAZ, F., *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, CES, Madrid, 2002, pág. 21.

En la Primera Parte, y tras un primer Capítulo en el que se analiza el concepto de infracción en materia de prevención de riesgos laborales y se hace referencia a los criterios de calificación de las infracciones y al proceso de tipificación normativa, se examinan las diferentes infracciones empresariales recogidas en el art. 13 TRLISOS. En algunos de los capítulos se tratan diferentes tipos infractores que se han agrupado para su estudio en razón de la conexión que existe entre las normativas sustantivas a las que se remiten.

De este modo, la distribución de las infracciones del art. 13 TRLISOS en los diferentes capítulos queda del siguiente modo: el Capítulo II está dedicado al análisis de las infracciones administrativas por incumplimiento empresarial del deber de protección de los grupos especiales de riesgo, entre las que se incluyen las infracciones recogidas en los apartados primero –inobservancia de las normas específicas en materia de protección de la maternidad–, segundo –inobservancia de las normas específicas en materia de protección de menores– y cuarto –adscripción de trabajadores a puestos de trabajo incompatibles con su estado o capacidad–; en el Capítulo III se tratan los ilícitos administrativos que tipifican el incumplimiento de obligaciones en situaciones de riesgo grave e inminente, esto es, los previstos en los apartados tercero –incumplimiento de la orden inspectora de paralización– y noveno –actuaciones empresariales que impiden el ejercicio a los trabajadores de su derecho a paralizar la actividad laboral–; el incumplimiento del deber de confidencialidad, tipificado como infracción muy grave en el apartado quinto, se analizará en el Capítulo IV; las infracciones de los empresarios que concurren en un mismo centro de trabajo –recogidas en los apartados 7, 8.a), 15, 16 y 17– se examinan en el Capítulo V; en el Capítulo VI, se analiza la infracción del empresario por incumplimiento de la obligación de presencia de los recursos preventivos en el centro de trabajo –prevista en el apartado 8.b)–; el ilícito administrativo del apartado decimocuarto –celebración de pactos que tengan por objeto la elusión de responsabilidades en empresas con relaciones laborales triangulares– es objeto de análisis en el Capítulo VII y, por último, en el Capítulo VIII se examinan la infracción que sirve como cláusula general de cierre –recogida en el apartado décimo– y la infracción del apartado sexto.

Para la válida comprensión de los diferentes tipos infractores, debe tenerse en cuenta que los mismos se conectan ineludiblemente con preceptos de la legislación sustantiva. Por tanto, se impone, al analizar los diferentes ilícitos, “interrelacionar el precepto que tipifica cada infracción con la norma que regula la oportuna obligación para conocer, así, en qué términos y con qué alcance ésta es reconocida, siendo, de este modo, evidente la interdependencia entre las normas del ordenamiento sancionador y las del Derecho sustantivo o material”⁵.

Esta interdependencia justifica que, al tratar cada una de las infracciones empresariales del art. 13 TRLISOS, se analice en primer lugar la normativa sustantiva a la que se remite el tipo infractor para, posteriormente, concretar cuáles son las conductas empresariales que son subsumibles en el mismo.

La Segunda Parte de este trabajo se dedica al estudio de las sanciones administrativas que la autoridad laboral puede imponer al empresario por la comisión de las

⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la administración en el orden social”, *RL* (I), 1988, pág. 339.

infracciones del art. 13 TRLISOS. En el Capítulo I se examina la sanción administrativa típica, esto es, la multa, para lo cual haremos referencia a los criterios que los operadores jurídicos han de valorar al graduar y cuantificar la multa, a dos figuras cuya apreciación supone una agravación de la responsabilidad –reincidencia y persistencia continuada de la infracción– y a dos instituciones que pueden influir en la determinación final del reproche administrativo frente a las infracciones muy graves en materia preventiva –el concurso de infracciones y la responsabilidad solidaria–.

El Capítulo II de esta segunda Parte se centra en analizar unas medidas sancionadoras distintas de la multa y que pueden imponerse únicamente en el supuesto de que la infracción merezca la calificación de muy grave: publicidad de las sanciones –art. 40.2 TRLISOS–; suspensión o cierre del centro de trabajo –art. 53 LPRL–; limitaciones a la facultad de contratar con la Administración –art. 54 LPRL–.

Se cerrará este trabajo con un Capítulo III, dedicado al estudio del principio *non bis in idem* y su repercusión sobre el régimen sancionador de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

Para terminar esta Introducción, queremos hacer mención de los aspectos que, teniendo relación con el objeto de estudio de este trabajo, no serán tratados en el mismo. Así, con la finalidad de limitar nuestro ámbito de análisis, no se trata la totalidad de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, sino únicamente aquéllas que merecen la calificación de muy graves y de las cuales puede ser sujeto responsable el empresario, quien, en su calidad de propietario de los medios de producción y, como titular de los poderes de dirección y organización, se configura como el primer obligado en el terreno de la seguridad y salud y, por tanto, como el primer sujeto potencialmente responsable. De esta forma, no se tratarán en este estudio ni las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales calificadas como leves o graves, ni las infracciones muy graves cuyo posible sujeto activo no es el empresario sino los servicios de prevención ajenos y las empresas auditoras o formativas en materia preventiva –ilícitos recogidos en los apartados 11, 12 y 13 del art. 13 TRLISOS–.

Dedicado este trabajo al estudio de las responsabilidades administrativas, no se analizan en el mismo otro tipo de responsabilidades en las que puede incurrir el empresario por incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud: responsabilidad civil, responsabilidad penal y recargo de prestaciones.

No obstante, se tratará brevemente el delito contra la seguridad en el trabajo tipificado en el art. 316 CP, puesto que su aplicación a las conductas infractoras del empresario puede impedir el reproche administrativo de las mismas, por resultar aplicable el principio *non bis in idem*.

Respecto al recargo de prestaciones, es conocido el debate doctrinal y jurisprudencial existente en torno a la determinación de su naturaleza jurídica. El no analizar esta figura en el presente trabajo obedece a que compartimos la opinión doctrinal que niega el carácter de sanción administrativa de la misma⁶ y que viene avalada por los últimos pronunciamientos jurisprudenciales⁷. Es de destacar en este sentido que, a diferencia de

⁶ Por todos, SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 33-57.

⁷ La STS de 6 de junio de 2007 (RJ 2007/6546), ratificando la doctrina contenida en resoluciones jurisprudenciales anteriores, rechaza la aplicación de las reglas sobre caducidad al recargo, ya que éste “no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario

las sanciones administrativas reguladas en el TRLISOS –multa y publicidad de las sanciones– o la LPRL –suspensión o cierre y limitaciones a la contratación con la Administración–, para la imposición del recargo no es suficiente con el incumplimiento empresarial subsumible en alguno de los tipos infractores sino que, además, se exige el acaecimiento de un accidente de trabajo.

infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios. No es, por tanto, el recargo una sanción...”. En el mismo sentido, la posterior STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007/6991).

PRIMERA PARTE: ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS EMPRESARIALES CALIFICADAS COMO INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

CAPÍTULO I: LAS INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: CONCEPTO; CRITERIOS DE CALIFICACIÓN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA.

I. INTRODUCCIÓN.

Entendemos que, antes de comenzar con el análisis de los diferentes tipos infractores recogidos en el art. 13 TRLISOS, es conveniente, como punto de partida, hacer referencia al concepto de infracción en materia de prevención de riesgos laborales. El examen de este concepto de infracción nos permitirá determinar las conductas infractoras que, pese a estar previstas en el citado precepto, no son objeto de estudio en este trabajo y tratar cuestiones que afectan a la totalidad de los ilícitos administrativos que son posteriormente estudiados, como son las relativas al respeto por parte de éstos de diferentes principios informadores del Derecho Administrativo Sancionador.

También parece adecuado que, con carácter previo, se haga una referencia a los criterios de calificación tenidos en cuenta por la TRLISOS a la hora de configurar como muy graves ciertos incumplimientos empresariales de la normativa preventiva y que nos permitirán delimitar las infracciones muy graves respecto a las leves y graves.

Por último, y sin perjuicio de que al analizar cada una de las infracciones administrativas se haga referencia a la evolución normativa de cada uno de los tipos, resultará ilustrativo sobre las sucesivas preocupaciones del legislador en esta materia, la reseña del proceso de tipificación normativa de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

A estas cuestiones dedicamos los apartados siguientes.

II. CONCEPTO DE INFRACCIÓN EN MATERIA PREVENTIVA.

Establece el art. 1.1 TRLISOS, al conceptuar las infracciones administrativas en el Orden social, que serán constitutivas de las mismas “las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social”. El art. 5.2 del citado texto normativo¹ concreta este concepto legal para el ámbito de la prevención de riesgos laborales al fijar que “son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de 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 conforme a esta Ley”.

¹ En la redacción dada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.

Analizaremos a continuación este concepto de infracción, para lo cual, y tras hacer una breve referencia al empresario como sujeto responsable, trataremos su relación con algunos de los principios informadores del Derecho Administrativo Sancionador, como son los de reserva legal, tipicidad y culpabilidad.

1. El empresario como “sujeto responsable”.

Como acabamos de ver, el art. 5.2 TRLISOS se refiere a las acciones u omisiones de los “diferentes sujetos responsables”. Y es que, aunque inicialmente la LPRL, en su art. 45.1, recogiese como único sujeto infractor al empresario, con exclusión de otros sujetos que también asumían obligaciones en materia preventiva, esta situación normativa cambió tras la reforma de este precepto legal llevada a cabo por la Ley 50/1998 que amplió el ámbito subjetivo de aplicación de la responsabilidad administrativa, al someter a la misma, no sólo al empresario sino también a “las entidades que actúen como servicios de prevención, las auditoras y las formativas en dicha materia y ajenas a las empresas”, así como a “los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia”. Estos sujetos aparecen hoy como posibles responsables de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales en los apartados octavo y noveno del art. 2 TRLISOS.

Ahora bien, este trabajo se centra en el análisis de las infracciones que pueda cometer el empresario, que es, en su calidad de propietario de los medios de producción y como titular de los poderes de dirección y organización, el primer obligado en el terreno de la seguridad y salud y, por tanto, “el primer sujeto potencialmente responsable”².

Han destacado SEMPERE NAVARRO y MARTÍN JIMÉNEZ que el afán del legislador por concretar lo más posible los sujetos de la infracción desemboca en el olvido de la referencia al empresario al determinar los posibles sujetos activos de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales –el empresario no aparece citado en los apartados 8 y 9 del art. 2 TRLISOS–. No obstante, resultando claro que el principal responsable –y, por tanto, potencial sujeto infractor–, no es otro que el empresario, no pueden interpretarse los citados apartados en el “restrictivo sentido de que sólo los sujetos que enumera son responsables en esta materia, sino de que constituye un añadido”³ a la previsión del art. 2.1 TRLISOS que recoge como sujeto responsable al empresario “en la relación laboral”, debiendo entenderse esta expresión no sólo en el sentido de que el empresario es el “sujeto infractor en materia de relaciones laborales, individuales y colectivas, sino también, supletoriamente, en todas las demás materias enumeradas por la LISOS”⁴ –incluida la de prevención de riesgos–. Mediante el art. 2.1 TRLISOS se produce la recepción en el ámbito sancionador del

² GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 47.

³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 67.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 58, quienes apuntan que, no obstante, al mismo camino se llega por la vía menos forzada de entender que, al fijar el sujeto responsable de la infracción, el carácter decisivo no lo tiene la lista glosada por el art.2 TRLISOS sino los distintos tipo normativos de ilícitos.

concepto de empleador válido a efectos de contratación laboral y, por tanto, una remisión tácita al art. 1.2 ET⁵.

Es de destacar que, a diferencia de lo que ocurría bajo la normativa de la OGSHT, en la que se hacía responsable administrativo a los cargos directivos y trabajadores (arts. 158 y 160, respectivamente), tras la LPRL, los incumplimientos de estos sujetos no están sometidos a responsabilidad administrativa, pudiendo dar lugar, en todo caso, al ejercicio por parte del empresario de su poder disciplinario (art. 29.3 LPRL).

El que únicamente sean objeto de estudio en los Capítulos siguientes las infracciones cometidas por los empresario implica la exclusión de los ilícitos recogidos en los apartados 11, 12 y 13 del art. 13 TRLISOS, pues sujetos activos de los mismos únicamente pueden ser los servicios de prevención ajenos y las empresas auditoras o formativas en materia preventiva.

Algunas de las infracciones muy graves que analizaremos posteriormente tienen como sujeto potencialmente activo no sólo al empresario sino también a promotores, empresas titulares de centros de trabajo que no emplean trabajadores en el mismo y trabajadores autónomos⁶. Al analizar estos ilícitos –recogidos en los apartados 7 y 8.a) del art. 13 TRLISOS– haremos una breve referencia a estos sujetos responsables distintos del empresario.

También se tratará el tipo infractor recogido en el art. 13.17 TRLISOS y que puede cometerse únicamente por el promotor de la obra. Entendemos que su breve comentario es conveniente para una correcta comprensión de las infracciones recogidas en los apartados 15 y 16 con las que está estrechamente relacionadas.

A las infracciones que en materia de prevención de riesgos laborales pueden cometer las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias (sujetos responsables conforme al art. 2.7 TRLISOS), haremos referencia al analizar la infracción del art. 13.14 TRLISOS.

Por último, destacar que tampoco se analiza en este trabajo el régimen de responsabilidad administrativa derivado de los incumplimientos de la normativa prevencionista cometidos por la Administración Pública⁷ que quedan fuera de la definición de infracción dada por el art. 5.2 TRLISOS y a los que, por tanto, no se aplica el régimen sancionador previsto en el TRLISOS y el RPS sino el específico previsto en el art. 45.1 LPRL y desarrollado reglamentariamente por el RD 707/2002,

⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 58.

⁶ Cuando nos refiramos a los trabajadores por cuenta propia como sujetos activos de las infracciones tipificadas en los apartados 7 y 8.a) del art. 13 TRLISOS, lo haremos en el entendimiento de que aquéllos no son empleadores laborales en tanto en el momento en el que el autónomo contrate a trabajadores a su servicio adquirirá la condición de empresario y, por tanto, será encuadrable en el supuesto del art. 2.1 TRLISOS. En este sentido, el art. 8.8 LETA recuerda que las “disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones legales establecidas para los trabajadores autónomos con asalariados a su cargo en su condición de empresarios”.

⁷ Debe tenerse en cuenta que “empresarios laborales pueden serlo tanto los privados cuanto los públicos” (SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 59), pero es que, además, el art. 3.1 LPRL extiende el ámbito de aplicación de la ley prevencionista a las “relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

de 19 de julio⁸ –modificado posteriormente por el RD 464/2003, de 25 de abril–. Esta normativa específica que se mueve en una “línea contraria a la imposición de sanciones y opta por un sistema de requerimientos para subsanar las anomalías”⁹ en materia preventiva, “afectará a todo el personal empleado en los distintos centros, dependencias o lugares de trabajo de la Administración General del Estado, con independencia de que la relación que se mantenga sea de naturaleza laboral, estatutaria o funcionarial”¹⁰.

2. La reserva legal y la remisión al bloque normativo de referencia.

La potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la Constitución el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal.

Dicho principio comprende “una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, da carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal” (STC 61/1990, de 29 de marzo).

Por tanto, puede decirse que el principio de legalidad “se cristaliza –formalmente– en normas con rango de ley y –materialmente– en contenidos concretos que se denominan tipos de infracciones y sanciones”¹¹, integrando de esta forma dos elementos normativos: la reserva legal y el principio de tipicidad.

Pues bien, por lo que se refiere a la garantía de tipo formal que se deriva del principio de legalidad, puede decirse que en el caso del Derecho Administrativo Sancionador en el Orden social, la reserva de ley se ha cumplido mediante el TRLISOS pues el decreto-legislativo tiene valor de ley siempre que se mantenga dentro de los límites de la delegación¹².

La remisión que el concepto de infracción del art. 5.2 TRLISOS hace al bloque normativo de referencia –leyes, reglamentos y convenios colectivos–, al determinar las fuentes normativas cuyo incumplimiento puede ser sancionable, no supone una conculcación de la reserva de ley pues esta remisión no se refiere a la tipificación de las

⁸ Que establece el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado

⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 59.

¹⁰ BLASCO LAHOZ, J.F., *La prevención de riesgos laborales en los centros de trabajo de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 27.

¹¹ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 219.

¹² DURÉNDEZ SÁEZ, I., *La sanción administrativa en el orden laboral*, Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pág. 221.

infracciones sino que lo que hace es posibilitar que los incumplimientos a lo previsto en estas fuentes normativas se pueda subsumir en los tipos infractores¹³.

Así pues, la fijación de los tipos ilícitos es realizada en todo caso en el TRLISOS (respetando, de esta forma, la reserva de ley) y la pluralidad de fuentes normativas a las que se refiere el concepto de infracción concurren al definir las obligaciones preventivas cuyo incumplimiento podrá ser constitutivo de los ilícitos¹⁴.

Siguiendo a CARRERO DOMÍNGUEZ¹⁵, podemos decir que la colaboración de estas fuentes normativas es “indirecta” en tanto no suponen un complemento directo a la ley sancionadora en la determinación de infracciones y sanciones sino que establecen obligaciones cuyo incumplimiento puede ser sancionado conforme a aquélla. De esta forma, se da un doble reenvío: en primer lugar, de la ley sancionadora a las normas que contienen las obligaciones preventivas y, posteriormente, de estas normas al texto sancionador para comprobar si es subsumible en alguna de las infracciones recogidas en el mismo el incumplimiento de aquéllas.

Este mecanismo sancionador del reenvío lo constataremos al analizar las infracciones muy graves en materia preventiva en los capítulos siguientes. Como veremos, todos los tipos infractores que son objeto de estudio están recogidos en el art. 13 TRLISOS pero para analizar las distintas conductas infractoras del empresario que son encuadrables en alguno de los apartados del citado precepto tendremos que remitirnos a las normas sustantivas que establecen estas obligaciones y que pueden aparecer recogidas no sólo en textos legales sino también reglamentarios y convencionales.

En cuanto a los reglamentos, la doctrina ha señalado el importante protagonismo que tienen en el ámbito de la seguridad e higiene laborales debido fundamentalmente a que se trata de un campo en continua evolución científica y tecnológica, “por lo que las disposiciones administrativas de carácter general, en función de su rapidez de creación y densidad técnica, son muy aptas para regularla”¹⁶.

Por lo que se refiere a los convenios colectivos, la referencia del art. 5.2 TRLISOS a las “cláusulas normativas” supone excluir de la remisión (y, por tanto, sus incumplimientos no serán sancionables administrativamente) la parte obligacional de los convenios

¹³ RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el orden social”, *RL* (II), 1988, pág. 95.

¹⁴ CASAS BAAMONDE, M.E., “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, en CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), *Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 167.

¹⁵ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 63.

¹⁶ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 43. Para FERNÁNDEZ MARCOS, “una de las características más importantes de la legislación de seguridad e higiene, es el elevado componente técnico, que incorporan sus normas, singularmente reglamentarias”: FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 49. CASAS BAAMONDE destaca que las normas reglamentarias se revelan el “instrumento más eficaz” para la permanente actualización de esta normativa: CASAS BAAMONDE, M.E., op. cit., pág. 161. GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR señalan que “la amplitud de la regulación por normas reglamentarias de la materia de seguridad e higiene en el trabajo ha sido tradicionalmente extraordinaria, tanto en extensión, de lo que es prueba el número de normas y materias sobre las que ha recaído, como en profundidad o intensidad de esa regulación”: GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 76.

colectivos estatutarios y los convenios colectivos extraestatutarios¹⁷. Estas dos exclusiones obedecen a una misma lógica de la Ley, la de que “sólo aquellas expresiones de la autonomía colectiva reguladoras de las relaciones laborales a las que la norma estatal haya reconocido eficacia normativa deben ser garantizadas en su cumplimiento mediante la potestad sancionadora de la administración”¹⁸.

3. El principio de tipicidad y la cláusula general del art. 13.10 TRLISOS.

A. El concepto de infracción en materia preventiva y el principio de tipicidad.

Exige el art. 5.2 TRLISOS para poder entender que nos encontramos ante una infracción en materia de seguridad laboral que la conducta empresarial incumplidora de la normativa prevencionista esté sujeta a responsabilidad conforme a la propia Ley.

Este requisito concurrirá cuando la acción u omisión del empresario aparezca tipificada y sancionada en el citado texto normativo (art. 1.1 TRLISOS). Con las anteriores exigencias se incluye en el concepto legal de infracción en materia de prevención de riesgos laborales la necesidad de respetar la garantía de tipo material que, como se dijo anteriormente, deriva del principio de legalidad, esto es, el principio de tipicidad.

Ha señalado el profesor NIETO que, con el mandato de tipificación, se articula una fórmula técnica que acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma (*lex previa* y *lex certa*) pues, mediante el mismo se requiere que las “infracciones y las sanciones no sólo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa, analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley”¹⁹.

Por lo que se refiere a las infracciones que son objeto de estudio en este trabajo, las conductas empresariales constitutivas de las mismas aparecen descritas en los diferentes apartados del art. 13 TRLISOS. Ahora bien, la infracción recogida en el décimo apartado del citado precepto ha planteado dudas en cuanto a si la descripción de la conducta empresarial subsumible en este ilícito conculca el mandato de tipificación que se deriva del principio de legalidad contenido en el art. 25 CE. Estas dudas se deben al carácter genérico de la remisión al bloque normativo de referencia y a la utilización en la descripción de la conducta infractora de un concepto jurídico indeterminado como es el de “riesgo grave e inminente”. A continuación, y tras hacer referencia a la finalidad de este tipo infractor analizaremos estos dos elementos objetivos del art. 13.10 TRLISOS.

B. El tipo infractor del art. 13.10 TRLISOS como cláusula general de cierre.

Establece el art. 13.10 TRLISOS que será constitutiva de infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la no adopción por parte del empresario de “cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en

¹⁷ Comentando art. 5 LISOS, RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., op. cit., pág. 97. Refiriéndose al art. 45.1 LPRL, CASAS BAAMONDE, M^a.E., op. cit., pág. 166.

¹⁸ REY GUANTER, S., DEL, “Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos (y II)”, *RL (I)*, 1988, pág. 302.

¹⁹ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 202.

ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

De esta forma, el art. 13.10 TRLISOS recoge una cláusula general de cierre para las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. Se considera general en tanto, a diferencia del resto de tipos infractores, no se remite a una concreta normativa en materia de prevención sino que la remisión al bloque normativo de referencia se lleva a cabo de manera genérica. Se considera de cierre porque este tipo infractor, junto con las cláusulas generales previstas en el listado de infracciones leves²⁰ y graves²¹, permite que cualquier incumplimiento empresarial de la normativa preventiva sea subsumible en un tipo infractor y pueda ser objeto, por tanto, de sanción administrativa.

Es precisamente este cierre del sistema administrativo sancionador la finalidad que se persigue con la inclusión en los distintos listados de infracciones de estas cláusulas generales. Con la LISOS, el legislador, tras la declaración de nulidad del Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre, por la STS de 10 de noviembre de 1986²², pretendió “ajustarse escrupulosamente a los principios de legalidad y tipicidad en la configuración de las conductas sancionables, a fin de respetar las exigencias constitucionales”²³ derivadas del art. 25 del texto fundamental, para lo cual llevó a cabo con minucioso casuismo la enumeración de las posibles conductas infractoras²⁴.

Desde un primer momento, se señaló por parte de la doctrina las negativas consecuencias que, para la eficacia de las prescripciones normativas, podía tener la

²⁰ Art. 11.4 TRLISOS.

²¹ Art. 12.16 TRLISOS.

²² RJ 1986/6647. Esta resolución anuló el citado reglamento por incumplimiento del mandato de tipicidad. Debe tenerse en cuenta, además, que el TS, a partir de su sentencia de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9640) estimó que el art. 57 ET conculcaba el principio de tipicidad por lo que se entendió que procedía anular las sanciones laborales impuestas con la sola cobertura del citado precepto (en este mismo sentido, entre otras: STS 5 de marzo de 1990 –RJ 1990/2017–; STS de 19 de abril de 1991 –RJ 1991/3233–; STS de 3 de junio de 1991 –RJ 1991/4919–; STS de 4 de febrero de 1992 –RJ 1992/931–; STS de 22 de junio de 1992 –RJ 1992/5010–). En el ámbito de las infracciones en materia de seguridad e higiene, la STS de 20 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9616), tras reconocer que “la Sala en materia de infracciones de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo no había cuestionado hasta ahora la constitucionalidad de las infracciones previstas en la misma desde la perspectiva de la exigencia constitucional de carácter material, de la predeterminación legal de la infracción” (no el formal del rango, habida cuenta de la fecha de la norma), declara la nulidad de una resolución sancionadora impuesta en aplicación del art. 156.3 OGSHT por entender que este precepto vulnera la exigencia de tipicidad pues “adolece de una suma vaguedad en cuanto a la calificación de las infracciones limitándose a señalar con criterios genéricos de análoga laxitud a los establecidos en el art. 57.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuya insuficiencia normativa, desde la perspectiva constitucional del art. 25.1 CE, ha sido declarada por esta Sala en numerosas y recientes sentencias” (en este mismo sentido, entre otras: STS de 8 de marzo de 1993 –RJ 1993/1926–; STS de 20 de julio de 1995 –RJ 1995/6281–).

²³ GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 40. ESCUDERO RODRÍGUEZ destaca que la LISOS “ha enfatizado sobremanera en el respeto” a los principios de legalidad y tipicidad: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El nuevo marco legal de la potestad sancionadora da la Administración en el orden social”, *RL* (I), 1988, pág. 331.

²⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ señala el minucioso casuismo y el criterio de *numerus clausus* adoptado por la LISOS para la mayoría de las infracciones: op. cit., pág. 331. Por su parte, VÁZQUEZ MATEO caracteriza a la LISOS como un texto largo y casuístico en el que se reflejan las ansias desmedidas del legislador de “precisar todas las posibilidades de *pecar* en lo laboral”: VÁZQUEZ MATEO, F., “La Ley 8/1988 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones de orden social y su puesta en práctica”, *RL* (I), 1989.

rigurosa observancia que la LISOS hacía del principio de tipicidad al enumerar tan exhaustivamente las posibles infracciones en el Orden social. Y es que, si partimos del hecho de que, como destaca NIETO, es imposible describir positivamente las innumerables infracciones que se deducen del ordenamiento jurídico²⁵ –lo que ha sido señalado también de manera unánime por la doctrina laboralista para el concreto ámbito de las infracciones en el Orden social²⁶–, concluiremos que, tras enumerar detallada y sistematizadamente las diferentes infracciones administrativas, estaremos dejando fuera del ámbito sancionador de la Administración ciertas conculcaciones de la normativa social²⁷ por no ser subsumibles en ninguno de los tipos infractores. Si la anterior imposibilidad deriva en el Orden social de la prolijidad de las normas definidoras de obligaciones y derechos y de la frecuencia con que varía el contenido de las mismas²⁸, debe admitirse “que adquiere una dimensión particularmente acusada en materia de seguridad y salud en el trabajo, debido, sobre todo, al carácter técnico y cambiante de la normativa reguladora, que hace casi absurda una pretensión de cierre exhaustivo de las hipótesis infractoras”²⁹.

Con el objeto de evitar las negativas consecuencias que para la eficacia de las prescripciones normativas tiene la existencia de incumplimientos no constitutivos de infracción, la LISOS acudió a técnicas de flexibilización para poder delimitar ilícitos

²⁵ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 317, quien, junto a la imposibilidad de la tipificación positiva de todas las infracciones, señala también su inutilidad en tanto “ninguna garantía añade al ciudadano y únicamente se traduce en una duplicación formal de textos”.

²⁶ La doctrina al comentar las sucesivas normas tipificadoras de las infracciones laborales ha destacado este hecho. Así, al comentar la LISOS, señalaba RODRÍGUEZ SAÑUDO que “la complejidad y prolijidad que ha llegado a tener la normativa laboral hace muy difícil –por no decir imposible– redactar una norma que fije y describa detalladamente la totalidad de las posibles infracciones”: RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., op. cit., pág. 86. Para la concreta materia de prevención de riesgos laborales entendía REY GUANTER que la existencia de cláusulas generales es la mejor prueba de “la imposibilidad, inutilidad y, desde luego, improcedencia de intentar listar todos los posibles incumplimientos”: REY GUANTER, S. DEL, “Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social”, *RL* (II), 1991, pág. 498. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, al comentar la LPRL, destaca la necesidad del mantenimiento por parte del legislador del mecanismo abierto de tipificación mediante las cláusulas generales de cierre junto a la extensa proliferación de infracciones típicas “dada la imposibilidad de una previsión absoluta de todas las infracciones imaginables”: FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *Algunas notas sobre la nueva tipificación de las infracciones en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales*, en VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, pág. 12. PÁRAMO MONTERO justifica que la ampliación del repertorio de infracciones operada por la Ley 50/1998 dejase intactas las infracciones en abierto señalando que “es honesto reconocer que hubiera sido imposible tipificar en el orden social una por una todas las infracciones que eventualmente puedan cometerse”: PÁRAMO MONTERO, P., “Puntos conflictivos en torno al poder sancionador de la Administración Laboral”, *RL* (I), 2001, pág. 719.

²⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., op. cit., pág. 333. En este mismo sentido, señalaba GARCÍA BLASCO que el reforzamiento de la seguridad jurídica que trajo consigo la enumeración exhaustiva de las infracciones administrativas que hizo la LISOS tenía como contrapartida el “dejar fuera, consciente o inconscientemente, conductas no previstas en la Ley, que pueden mostrarse, sin duda, como incumplimientos de mayor alcance y gravedad incluso que las tipificadas legalmente”: GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones...*, op. cit., pág. 53.

²⁸ RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., op. cit., pág. 91.

²⁹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., op. cit., pág. 7. Una prueba del carácter cambiante de la ordenación de la prevención de los riesgos laborales lo tenemos en las habilitaciones normativas que incorporan los diferentes Reglamentos que regulan las condiciones de seguridad y salud en el trabajo mediante las que se autoriza al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de aquéllos, así como para las adaptaciones de carácter técnico en función del progreso técnico y de la evolución de normativas o especificaciones internacionales o de los conocimientos en la materia.

“que se resisten por su extensión, complejidad e imprevisibilidad a ser recogidos en un precepto con exhaustividad”³⁰. Estas técnicas venían constituidas por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y por el reenvío a bloques o grupos normativos a la hora de tipificar infracciones³¹. Ambos mecanismos de flexibilización en la tipificación de las infracciones concurren en las cláusulas generales que la LISOS introdujo junto al listado de concretas infracciones leves, graves y muy graves en materia de seguridad, salud e higiene en el trabajo. Con estas cláusulas se tipificaba como infracción en materia preventiva cualquier incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo (remisión a un bloque normativo de referencia) calificándose la misma como leve, grave o muy grave según fuese el resultado de dicho incumplimiento en cuanto a la gravedad (concepto jurídico indeterminado) del riesgo generado.

El legislador acudía, por tanto, a un mecanismo abierto de tipificación mediante cláusulas generales que le servían para cerrar el listado de tipificaciones concretas de forma que la prolijidad, densidad y el carácter dinámico y cambiante de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales no sería óbice para que cualquier incumplimiento de la misma tuviese respuesta administrativa sancionadora en tanto si no fuera encuadrable en uno de los concretos tipos infractores, lo sería en alguna de las cláusulas generales que permiten la inclusión en las mismas de conductas infractoras no reseñadas de forma expresa³² y la integración a efectos sancionadores de la normativa sustancial contenidas en leyes posteriores a las sancionadoras³³, constituyendo en este último caso un “procedimiento para la actualización progresiva del catálogo de infracciones”³⁴.

Es de destacar que estas cláusulas generales se introdujeron exclusivamente a la hora de tipificar las infracciones en materia laboral y especialmente en materia de seguridad y salud³⁵, no existiendo en el resto de los ámbitos identificados por la LISOS (Seguridad Social; empleo y prestaciones de desempleo; emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros)³⁶, de forma que puede decirse, siguiendo a REY GUANTER³⁷, que lo que caracteriza fundamentalmente a las infracciones de seguridad e higiene y salud laborales es precisamente la existencia de estas cláusulas generales.

³⁰ REY GUANTER, S. DEL, “Los principios de...”, op. cit., pág. 491.

³¹ REY GUANTER, S. DEL, “Los principios de...”, op. cit., pág. 490.

³² GARCÍA MURCIA, J., op. cit., pág.70.

³³ REY GUANTER, S. DEL, “Los principios de...”, op. cit., pág. 496.

³⁴ GARCÍA MURCIA, J., op. cit., pág. 70.

³⁵ Porque, como destacaba REY GUANTER, en materia laboral las cláusulas generales se establecían únicamente para las infracciones leves (art. 6.4 LISOS) y graves (art. 7.9 LISOS), mientras que en materia de seguridad, higiene y salud laborales dichas cláusulas se incluían en cada uno de los tres niveles en que se clasificaban las infracciones: REY GUANTER, S. DEL, “Los principios de...”, op. cit., pág. 498.

³⁶ REY GUANTER señala que la exclusión de estas cláusulas en materia de Seguridad Social tal vez sea consecuencia “de una mayor tradición tipificadota y de un ámbito de obligaciones más reducido que el laboral” mientras que en el resto de ámbitos la inexistencia de estas cláusulas “puede estar justificado por tratarse de materias más específicas y en las que es relativamente fácil la identificación de las infracciones que desean tipificarse como tales”: REY GUANTER, S. DEL, “Los principios de...”, op. cit., pág. 498.

³⁷ REY GUANTER, S. DEL, “Los principios de...”, op. cit., pág. 510.

Por último, señalar que la ampliación de las listas tipificadoras de infracciones en esta materia que se han ido produciendo desde la LISOS³⁸ no ha evitado el mantenimiento de estas cláusulas generales de cierre que se han mostrado como necesarias para garantizar la operatividad de la potestad administrativa sancionadora en este concreto sector del Orden social; necesidad de la que es prueba el hecho de que la Administración a la hora de sancionar los incumplimientos en materia preventiva lo hace en una proporción muy alta de casos subsumiendo las conductas empresariales en alguna de estas cláusulas generales. Cuestión distinta y que analizamos a continuación es si la utilización de este instrumento no supone una conculcación del mandato de tipificación que es corolario del principio de legalidad contenido en el art. 25 CE.

C. El mandato de tipificación y la remisión al bloque normativo de referencia.

Como hemos visto, el principio de tipicidad exige “la precisa definición de la conducta que la ley considera constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de hacer realidad junto a la exigencia de una «lex previa», la de una «lex certa»” (STS de 20 de diciembre de 1989³⁹).

El que en el listado de infracciones en materia de seguridad y salud la LISOS estableciese, junto con los tipos específicos, las cláusulas generales, suscitó dudas acerca de si estas últimas respetaban el mandato de tipificación derivado del art. 25 CE ya que al describir la infracción se limitan a establecer que es constitutiva de la misma cualquier incumplimiento del bloque normativo de referencia (normativa en materia de prevención de riesgos laborales).

A este respecto hay que tener en cuenta que, como señala REY GUANTER⁴⁰, la normativa sustantiva en materia laboral establece de manera clara los deberes empresariales sin que “pueda caber duda del carácter obligatorio que revisten tales enunciados normativos ni de la censura jurídica que arrastraría su incumplimiento”, por lo que el carácter infractor de una conducta respecto a la normativa “no nace tanto de que otra norma declare que es infracción su incumplimiento, en tanto que ello es patente en la norma que impone la obligación de hacer o no hacer”. Lo anterior no implica que la tipificación de las diferentes infracciones sea superflua pues el “complemento que la norma del orden social ha de buscar en la norma sancionadora no es tanto de carácter sustantivo, de tipificación en sí en cuanto a infracción de conductas contrarias a los deberes establecidos por la norma, como de calificación de la infracción y de graduación de la sanción”. Al operarse tal calificación con la LISOS –y en la actualidad con el TRLISOS–, “norma sustantiva y norma sancionadora se complementan y forman un bloque en la que cada una de ellas tiene un papel determinado. La primera el de definir deberes, la segunda, además de indicar que los incumplimientos de tales deberes son infracciones, el de realizar un encuadre jurídico del «desvalor» exacto que el ordenamiento jurídico adjudica a tales violaciones”.

Las cláusulas generales introducidas por la LISOS, en el listado de las infracciones en materia de seguridad y salud, no desvirtúan esta finalidad de “encuadre” que la

³⁸ A través de la LPRL, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales y la LSC.

³⁹ RJ 1989/9640.

⁴⁰ REY GUANTER, S. DEL, “Los principios de...”, op. cit., págs. 500-501.

tipificación de las infracciones persigue toda vez que “las mismas no oscurecen o imposibilitan la determinación del tipo en un determinado nivel de gravedad”⁴¹.

En materia de prevención de riesgos laborales existe una normativa sustantiva constituida por la LPRL, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito (art. 1 LPRL). El conocimiento y el cumplimiento de dichas medidas es exigible al empresario en virtud de su genérico deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales establecido en el art. 14.1 LPRL y su inobservancia será, en todo caso, constitutiva de infracción administrativa en esta materia pues, de no tener encuadre la conducta empresarial en alguno de los tipos específicos recogidos en los arts. 11,12 y 13 TRLISOS, es seguro que la misma será subsumible en alguna de las cláusulas generales establecidas en los citados preceptos sancionadores. Como acaba de decirse, estas cláusulas no impiden la calificación del incumplimiento y la graduación de la sanción –que es la función principal de la tipificación de infracciones toda vez que la descripción de la conducta infractora se produce por remisión a la norma sustantiva–, pues el incumplimiento de la normativa prevencionista se calificará como infracción leve si carece de trascendencia grave para la integridad física o salud de los trabajadores

⁴¹ Para mantener que las cláusulas generales no vulneran el mandato de tipificación, este autor acude a las consideraciones que el TS y el TC hicieron al declarar la ilegalidad e inconstitucionalidad del art. 57 ET por vulneración del principio de tipicidad ya que a través de ellas se establecen unas bases jurisprudenciales sobre las que se va a “medir” a la LISOS desde una perspectiva de los principios de legalidad y tipicidad. Así, la STS de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9640) establece que no puede entenderse “que el círculo de la tipicidad se cierra y completa en este caso con las «disposiciones legales», a la que se remite la abstracta definición genérica del derogado art. 57 del Estatuto de los Trabajadores. La misión de esas disposiciones legales no es regular tipos de infracción, sino algo totalmente distinto, como es la regulación sustantiva de las relaciones intersubjetivas. No habría dificultad en atribuir ese sentido complementario del tipo a la disposición legal infringida, sobre la base de tipos abiertos, si desde ellos se hiciese una remisión concreta, o al menos no «omnicomprensiva»...; pero en la «fórmula omnicomprensiva» que nos ocupa resulta que un solo tipo de infracción abarcaría en su radio de acción todas las disposiciones legales en materia de trabajo, sin graduación alguna, ni de las diferentes jerarquías formales de las disposiciones, ni de su importancia sustantiva en la regulación, haciendo en realidad imprevisible para el ciudadano, cuándo su conducta puede ser considerada infracción, y, sobre todo, la entidad de la infracción hipotética”. Este mismo criterio es seguido por el TC en su Sentencia 207/1990, de 17 de diciembre, al entender que el mandato de tipificación derivado del art. 25.1 CE “no impide que la norma legal que define los tipos de ilícito se sirva para ello de conceptos abiertos o incluso de remisiones a otras normas de rango inferior (...) como sin duda es necesario hacer en una materia que, como la de las relaciones laborales, está frecuentemente regulada en detalle por normas de carácter reglamentario. El objeto de nuestro análisis no ha de ser tanto, por consiguiente, el apartado primero del art. 57, como los dos que le siguen y las omisiones que desde el punto de vista del art. 25.1 CE cabe apreciar en el sistema que aquel artículo, en su conjunto configura. El segundo de los mencionados apartados enuncia, en efecto, como ya quedó dicho, una serie de criterios para la graduación de las sanciones, no de las infracciones sin precisar cómo, en qué momento y por quién ha de llevarse a cabo esta graduación (...). No resultando de norma alguna la distinción entre infracciones muy graves y otras, ni la división de estas ignotas categorías en distintos grados, es evidente que de este modo de graduación *ad hoc* de la sanción correspondiente a cada concreta infracción no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados”. Señala REY GUANTER que esta doctrina jurisprudencial está indicando que la remisión a normas por parte del precepto tipificador no puede realizarse en los términos tan sumamente genéricos del art. 57 ET, en el que el principio de tipicidad no estaba mínimamente respetado pues, como hemos visto, no se establecían criterios que permitiesen conocer al administrado-empresario cuál era la entidad-calificación de las hipotéticas infracciones ni, por tanto, la graduación de las sanciones correspondientes a las mismas. Sin embargo, la remisión que las cláusulas generales de la LISOS hacen a un bloque normativo de referencia posibilitan una flexibilización del principio de tipicidad pero no lo vulneran en tanto se producen en un contexto mínimamente tipificador como es el de la LISOS (“Los principios de...”, op. cit., pág. 493), que permitirá al empresario conocer cuál es el desvalor que su conducta infractora le merece al Derecho Administrativo Sancionador.

(art. 11.4 TRLISOS), como grave si crea un riesgo grave para la seguridad y salud de aquéllos (art. 12.16 TRLISOS) y como muy grave si el riesgo generado, además de grave, es inminente (art. 13.10 TRLISOS).

La cláusula general establecida en el art. 13.10 TRLISOS constituye una “norma en blanco, en cuanto ha de ser integrada por una norma de prevención de riesgos laborales que establezca determinada medida preventiva” (STS de 3 de noviembre de 2003⁴²) por lo que el respeto al principio de tipicidad se producirá siempre que la conducta empresarial constituya un incumplimiento de alguna obligación establecida de manera clara por la normativa sustantiva en materia prevencionista (que viene a integrar de esta forma el tipo infractor que estamos comentando) y que de dicho incumplimiento se derive un riesgo grave e inminente. Por esta razón, cuando se impone una sanción al empresario en virtud de las cláusulas generales se hace “en relación” a la normativa sustantiva que contempla la obligación preventiva cuya inobservancia se sanciona. De esta forma, en la citada STS de 3 de noviembre de 2003 se entiende que la imposición de una sanción a la empresa por ser su conducta subsumible en el tipo infractor del art. 48.8 LPRL (actual art. 13.10 TRLISOS) no vulnera el principio de tipicidad al existir una normativa (D.2443/1969) que impone al empresario una obligación preventiva cuya inobservancia es encuadrable en el citado tipo infractor.

Para terminar, destacar que nos parece que, como se señala en el tantas veces citado trabajo del profesor REY GUANTER⁴³, este “sistema mixto” –introducido por la LISOS y que mantiene en la LPRL y en el TRLISOS–, de tipificaciones específicas junto con cláusulas generales es una solución intermedia y adecuada entre una tipificación cerrada cuya rigurosidad dejaría sin sancionar ciertos incumplimientos empresariales de la normativa prevencionista (dada la imposibilidad de describir positivamente las innumerables infracciones que se deducen del ordenamiento jurídico), lo que iría en contra de la eficacia de las normas sustantivas en materia preventiva y las declaraciones genéricas con remisiones normativas «omnicomprensivas» (como la contenida en el derogado art. 57 ET) y sin una mínima clasificación de las conductas infractoras que, al no limitar la discrecionalidad de la Administración a la hora de calificar las infracciones, vulneran la seguridad jurídica del hipotético sujeto infractor.

D. El mandato de tipificación y el concepto jurídico indeterminado de “riesgo grave e inminente”.

En varias de las infracciones que analizaremos en este trabajo⁴⁴, incluida la cláusula general a la que estamos haciendo referencia, se exige para poder subsumir la conducta empresarial en el tipo infractor que de la inobservancia de la normativa en materia preventiva se derive un “riesgo grave e inminente” para la seguridad y salud de los trabajadores.

Como acabamos de ver, la LISOS, ante la imposibilidad de tipificar todos los potenciales incumplimientos empresariales en materia preventiva y con el objeto de evitar las negativas consecuencias que para la eficacia de las prescripciones normativas tiene la existencia de incumplimientos no constitutivos de infracción, había acudido a técnicas de flexibilización entre las que destacaba la utilización de conceptos jurídicos

⁴² RJ 2003/8893.

⁴³ REY GUANTER, S. DEL, “Los principios de...”, op. cit., pág. 499.

⁴⁴ En concreto, en las infracciones recogidas en los apartados 3, 4, 6, 9 y 10 del art. 13 TRLISOS.

indeterminados. Entre estos conceptos destacaban los de “riesgo grave” y “riesgo grave e inminente”.

Respecto a la cuestión de si la utilización por parte de los tipos infractores de estos conceptos jurídicos indeterminados puede vulnerar el principio de tipicidad dado el margen de indeterminación que introducen en la descripción de los ilícitos administrativos, debemos responder negativamente acudiendo para ello al criterio establecido por la STC 69/1989, de 20 de abril, según el cual “no vulnera la exigencia de la *lex certa* que incorpora el art. 25.1 (de la CE) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas de la infracción tipificada...”.

Aunque la inminencia y gravedad de un riesgo laboral puede estimarse acudiendo a los anteriores criterios, la LPRL introdujo en nuestro ordenamiento un concepto de “riesgo grave e inminente”. Si para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad se ha de valorar conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo (art. 4.2 LPRL), habrá de entenderse que el riesgo es grave inminente “cuando resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores”. Como puede observarse se trata de un concepto legal cuya delimitación sigue permitiendo un margen de apreciación por parte del operador jurídico (Inspección de Trabajo, Administración sancionadora y órgano judicial que conoce del recurso frente a la sanción administrativa), que necesariamente habrá de colaborar en la precisión del tipo con arreglo a los criterios interpretativos enunciados en la citada STC 69/1989 (criterios lógicos, técnicos o de experiencia).

Entendemos que estos elementos conceptuales indeterminados no sólo respetan el principio de tipicidad sino que, además, juegan un papel fundamental en la tipificación de las infracciones pues, como anteriormente vimos, la función principal de este principio constitucional no es en el ámbito administrativo tanto de carácter sustantivo, de tipificación en sí en cuanto a infracción de conductas contrarias a los deberes establecidos por la norma, sino de calificación de la infracción y de graduación de la sanción, y un incumplimiento empresarial en materia preventiva que no es subsumible en ningún tipo concreto será calificado como infracción leve, grave o muy grave dependiendo precisamente de si aquél ha carecido “de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores” (infracción leve del art. 11.4 TRLISOS), o por el contrario ha creado para estos bienes del trabajador un riesgo grave (infracción grave del art. 12.16 TRLISOS) o un riesgo grave e inminente (infracción muy grave del art. 13.10 TRLISOS).

Por tanto, una vez que para sancionar la conducta infractora empresarial se ha de acudir a las cláusulas generales por no aparecer recogida dicha conducta en ninguno de los tipos específicos, el encuadre jurídico del desvalor exacto que el ordenamiento jurídico adjudica a esta infracción (finalidad del principio de tipicidad) se habrá de hacer utilizando estos conceptos jurídicos indeterminados.

Ahora bien, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, la distinción entre riesgo grave y riesgo grave e inminente es una distinción “que en su aplicación práctica ofrece,

sin duda dificultades, debiendo valorarse todas las circunstancias concurrentes...” (STS de 27 de febrero de 1998⁴⁵). Aunque esta resolución judicial se refiere a la aplicación de la LISOS, no parece que el concepto de riesgo grave e inminente proporcionado por la LPRL desvirtúe la anterior afirmación ya que a pesar del mismo, “la apreciación del tipo genérico de riesgo como grave o muy grave es cuestión nada fácil” (STSJ de Aragón de 7 de junio de 2004⁴⁶, que se pronuncia sobre la procedencia de una sanción impuesta a la empresa como responsable de la infracción del art. 13.10 TRLISOS).

Las circunstancias concurrentes que se han de tener en cuenta para subsumir los hechos en el tipo infractor correspondientes deberán aparecer descritas en el acta de infracción levantada por la Inspección⁴⁷ y valorase “apelando a criterios de experiencia, lógica y puramente técnicos” (STS de 12 de noviembre de 2001⁴⁸), que, como vimos anteriormente, son los criterios interpretativos que hay que utilizar para aplicar los conceptos jurídico indeterminados.

Como veremos al analizar la infracción del art. 13.10 TRLISOS, la adopción de medidas preventivas implica en ocasiones la aplicación de normas técnicas por lo que, para determinar la entidad del riesgo generado por la inobservancia empresarial de estas medidas, podrá acudirse a criterios técnicos.

Pero, al encontrarnos ante conceptos que implican una valoración de “hechos”, es posible que la pura experiencia o lógica sean suficientes para establecer la gravedad del riesgo. En este sentido, la STSJ de 29 de febrero de 2000⁴⁹ al valorar la realidad del riesgo indica que “no es necesario ser especialista en nada para poder apreciar, según experiencia común, que los trabajadores realizando labores propias de la construcción sobre uno de dos tablonos sólo en lugar de los tres exigidos y apoyados en mechinales sobre una altura de 9 metros en vacío, suponen una situación de riesgo de caída, que desde 9 metros necesariamente ha de acarrear alguna lesión peligrosa para la integridad”.

Debe tenerse en cuenta que en numerosas ocasiones la actuación inspectora se produce una vez acaecido el accidente laboral por lo que ya se cuenta con la información acerca de la gravedad del daño sufrido y la inminencia del riesgo queda acreditada por su efectiva materialización⁵⁰.

Por último, queremos destacar que, por lo que se refiere a la inminencia del riesgo, la doctrina jurisprudencial ha establecido que la misma “no viene determinada sólo por el tiempo que puede transcurrir desde que incumple con la medida de seguridad (...) hasta

⁴⁵ RJ 1998/2543. En este mismo sentido, STS de 2 de julio de 1996 (RJ 1996/5605).

⁴⁶ JUR 2004/268716.

⁴⁷ La citada STSJ de Aragón de 7 de junio de 2004 estima parcialmente el recurso de la empresa y declara que los hechos enjuiciados son constitutivos de la infracción grave del art. 12.16.f) TRLISOS y no del art. 13.10 TRLISOS ya que al ponderar las diversas circunstancias concurrentes, tiene en cuenta que “por lo que se refiere al caso concreto, los obreros estaban situados sobre el forjado (soporte sólido) y no se describe cómo efectuaban las labores de retirada de la frentecilla de chapa, por lo que no hay base suficiente para apreciar una situación de riesgo grave e inminente”.

⁴⁸ RJ 2002/1769.

⁴⁹ RJCA 2000/1642.

⁵⁰ En este sentido, la citada STS de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2002/1769) establece que para determinar la inminencia del riesgo provocado por la ejecución de una determinada tarea “basta con apreciar su efectiva materialización”.

que se produce el incidente causante del siniestro, sino que también cuando el riesgo es permanente (...) debe tenerse en cuenta el tiempo de reacción que se dispone para evitar el daño personal o material una vez que se produce el incidente” (STS de 3 de noviembre de 2003⁵¹).

4. El concepto de infracción en materia preventiva y el principio de culpabilidad.

Cerraremos el análisis del concepto de infracción en materia de prevención de riesgos laborales haciendo referencia a un elemento que se omite en el mismo, esto es, al elemento culpabilístico. En efecto, en los arts. 1.1 y 5.2 TRLISOS se omite cualquier referencia al dolo o culpa del sujeto infractor como elementos integrantes del concepto de infracción y tampoco en la descripción de las conductas constitutivas de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales que se lleva a cabo en el art. 13 TRLISOS aparece el elemento subjetivo del ilícito, de forma que cabría pensar que la culpabilidad no es un componente esencial en la configuración legal de la infracción administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo, la dicción de los citados preceptos ha de interpretarse hoy a la luz de la doctrina constitucional sentada por la STC 76/1990, de 26 de abril, según la cual el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en el CP, se excluya la expresión “dolosas o culposas” a la hora de adjetivar las acciones u omisiones constitutivas de infracción, no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito administrativo “el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa”, lo que resultaría inadmisibles en nuestro ordenamiento en la medida en que la sanción del ilícito administrativo es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.

Como vemos, el TC, partiendo de su propia tesis acerca de la identidad ontológica entre sanción administrativa y pena –derivada de que la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste⁵²–, ha fijado doctrina en el sentido de declarar que los principios inspiradores del Orden penal, y entre ellos el de culpabilidad, son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador (STC 246/1991, de 19 de diciembre).

Ahora bien, la aplicación del principio de culpabilidad al régimen sancionador administrativo en el ámbito de la prevención de riesgos laborales no está exenta de problemas, cuya resolución hace que los “matices” con los que debe aplicarse este principio para hacerlo compatible con la naturaleza de la responsabilidad administrativa por infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo lleve a plantearnos si finalmente podemos defender, con absoluto convencimiento, el que, para sancionar

⁵¹ RJ 2003/8893.

⁵² Destaca el profesor NIETO que esta tesis es absolutamente dominante hoy en la doctrina y la jurisprudencia y que el “enorme éxito de tal postura –elevada ya a la categoría de dogma incuestionable– se debe en parte a razones ideológicas, ya que así se atempera el rechazo que suelen producir las actuaciones sancionadoras de la Administración de corte autoritario y, en parte, a razones técnicas, en cuanto que gracias a este entronque con el Derecho público estatal se proporciona al Derecho Administrativo Sancionador un soporte conceptual y operativo del que antes se carecía”: NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 26.

administrativamente los comportamientos empresariales subsumibles en alguno de los tipos infractores que son objeto de estudio en este trabajo, es necesario, junto a la constatación del elemento objetivo del injusto, la comprobación de que dichos comportamientos han sido cometidos de manera dolosa o imprudente.

Estos problemas se refieren al alcance e intensidad de la diligencia exigible al empresario en el cumplimiento de su deber de seguridad, al régimen de responsabilidad solidaria previsto en el art. 42.3 TRLISOS y a la responsabilidad del empresario-persona jurídica.

A. La culpabilidad y la diligencia exigible al empresario en el cumplimiento de su deber de seguridad.

a. La culpabilidad como elemento implícito de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Como acabamos de ver, según la STC 76/1990, la culpabilidad se configura como elemento sustantivo de la infracción administrativa, distinto de la tipicidad y antijuridicidad por lo que, para entender que el empresario ha cometido alguna de las infracciones administrativas muy graves del art.13 TRLISOS, no bastará con acreditar la acción u omisión descrita como ilícito en alguno de sus apartados (elemento objetivo del tipo infractor) sino que, además, será necesario que se pueda imputar dicha conducta típica a título de dolo o culpa (elemento subjetivo del ilícito).

Respecto al dolo o culpa como “formas o especies” de la culpabilidad es de destacar que, a diferencia de lo que ocurre en el Orden penal, en el que existen dos clases de delitos diferentes, los dolosos y culposos, las infracciones señaladas en el art.13 TRLISOS no contienen, como se dijo, elemento subjetivo alguno en su descripción por lo que, en principio, no podría decirse si las infracciones administrativas muy graves en materia preventiva son dolosas o imprudentes. Esta omisión del elemento subjetivo del injusto en la descripción de los ilícitos administrativos ha sido interpretada por la doctrina científica en el sentido de que las conductas típicas recogidas en el TRLISOS llevan implícito el elemento subjetivo del injusto. De esta forma, los comportamientos descritos en los tipos infractores constituirían, por sí mismos, actuaciones imprudentes del empresario, mientras que los aspectos subjetivos relacionados con el dolo tendrían relevancia a la hora de graduar la sanción imponible toda vez que son tenidos en cuenta por algunos de los criterios de graduación previstos en el art. 39 TRLISOS⁵³. De esta forma, como destaca CARRERO DOMÍNGUEZ, la infracción culposa sería la premisa mayor de donde se parte y la conducta dolosa “que no está contenida dentro de la configuración de la infracción, sirve además como criterio modal de graduación de la sanción, agravándola”⁵⁴.

Podemos decir, siguiendo a CAMAS RODA, que lo anterior se explicaría por el carácter que las obligaciones en materia de seguridad e higiene tienen como obligaciones de medios de forma que la prestación del empresario “se define por el deber de desplegar una determinada actividad o conducta diligente, que en el caso de la

⁵³ Como veremos en la II Parte de este trabajo, algunos de estos criterios de graduación cuando son apreciados como agravantes denotan una “intencionalidad” del empresario en la comisión de las infracciones administrativas.

⁵⁴ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 202.

LPRL se concreta en la consecución de un puesto de trabajo seguro. En consecuencia, debido a la propia estructura de las obligaciones de medio, la diligencia es un criterio de cumplimiento de tales obligaciones, que apela precisamente a la cualidad subjetiva de la actividad o la conducta con la que se intenta realizar el cumplimiento de la correspondiente prestación”, lo que nos lleva a concluir que “la existencia de la concurrencia de un elemento de culpa o negligencia integra la definición de las conductas infractoras previstas en los arts. 45 y ss. LPRL”⁵⁵ (actuales arts. 11, 12 y 13 TRLISOS).

De lo anterior se deriva la importante consecuencia de que, en el ámbito de las infracciones administrativas, lo que opera es una presunción de culpabilidad, ya que constatada la conducta típica y antijurídica, el elemento culpable en forma de falta de diligencia exigible se presume en el comportamiento empresarial. Esta interpretación ha sido avalada jurisprudencialmente por la STS de 11 de julio de 1997⁵⁶ que, tras destacar que “en el ilícito administrativo no puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa” y que la “culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba”, mantiene que en orden a la asunción de la correspondiente carga, ha de considerarse “que ordinariamente los elementos cognoscitivos y volitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que le era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa”.

Como señala el profesor DURÉNDEZ SÁEZ, “según esta línea jurisprudencial resulta que la acreditación por la administración del injusto típico es suficiente para que se aprecie la existencia del elemento culpabilístico siempre que no existan razones que lo excluyan, como el error o la actuación diligente del sujeto imputado, al que corresponderá por tanto, la carga de probar la existencia de esas circunstancias excluyentes”⁵⁷.

Ahora bien, la exoneración del empresario de su responsabilidad administrativa en los supuestos en que se constate por el Inspector actuante los ilícitos previstos en el art. 13 TRLISOS será muy difícil dado el alcance que el deber de diligencia tiene en este ámbito.

⁵⁵ CAMAS RODA, F., “El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad administrativa en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (los efectos de la atribución al Orden Social del conocimiento de las infracciones y sanciones administrativas en la responsabilidad laboral del empleador)”, *AS* (V), 1999, pág. 702. En este mismo sentido, ALFONSO MELLADO señala que “cuando la LPRL prescinde de la referencia al dolo o culpa, no es porque prescinda de la necesaria concurrencia de dicho elemento de imputación, sino porque presume su existencia y porque en la realidad de los hechos, normalmente, ese elemento ha de estar presente, siquiera en una dimensión mínima, en las conductas tipificadas”: ALFONSO MELLADO, C.L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 98.

⁵⁶ RJ 1997/9607. Reitera esta doctrina la STS de 23 de enero de 1998 (RJ 1998/601). Estas resoluciones jurisprudenciales confirman la sanción impuesta a una empresa por infracción en materia de Seguridad Social pero la doctrina que fijan es trasladable a cualquier clase de infracción administrativa. Un ejemplo de aplicación expresa de esta doctrina al ámbito de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales lo tenemos en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de abril de 2004 (RJCA 2004/45).

⁵⁷ DURÉNDEZ SÁEZ, I, op. cit., pág. 293.

En este sentido y partiendo de que el dolo puede definirse como la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del ilícito⁵⁸ mientras que podemos entender que “actúa con culpa o imprudencia (o negligencia) el que realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionadamente sino por haber infringido un deber de cuidado que personalmente le era exigible y cuyo resultado debía ser previsto”⁵⁹, debe tenerse en cuenta que la observancia del deber objetivo de cuidado, la diligencia debida, constituye el punto de referencia obligado para poder apreciar si una determinada conducta que es subsumible en alguno de los ilícitos administrativos ha sido cometida de manera imprudente. La cuestión es que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales este deber objetivo, estas “reglas de cuidado” aparecen descritas en la normativa prevencionista que configura el deber de seguridad del empresario y tanto la formulación jurídico-positiva de este deber como la interpretación jurisprudencial del alcance del deber de diligencia empresarial en el cumplimiento del mismo hacen que la diligencia que se exige al empresario en este ámbito pueda calificarse “como meticulosa, minuciosa, escrupulosa y exacta”⁶⁰, lo que provoca que, constatada la infracción y presumida su culpabilidad (su falta de diligencia), al empresario se le va a hacer muy difícil evitar el reproche administrativo sancionador mediante la prueba de que adoptó todas las medidas preventivas que le eran razonablemente exigibles.

b. La doctrina jurisprudencial de la *culpa in vigilando*.

La intensidad de la diligencia debida por el empresario en el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral deriva de una jurisprudencia que en sede contencioso-administrativa ha fijado la doctrina de la denominada *culpa in vigilando* empresarial. Según esta interpretación del deber de seguridad del empresario, el cumplimiento del mismo no se agota con la adopción de las medidas preventivas previstas en la normativa sectorial aplicable sino que dicho deber incluye la necesidad de que el empresario lleve a cabo una continua actividad de vigilancia sobre la efectividad de las mismas. Esta medida protectora de carácter general que constituye la continua vigilancia en el cumplimiento de las normas se fundamentó en el art. 7.2 OGSHT⁶¹ que imponía a las empresas la obligación de adoptar cuantas medidas fueren necesarias en orden a la plena eficacia de la debida prevención de riesgos y se consideró una “contrapartida a la facultad organizadora de la empresa por su titular”⁶².

Nótese que, de esta forma, el deber de vigilancia del empresario se configura, no como obligación preventiva específica cuyo incumplimiento pueda provocar el reproche administrativo sancionador, sino como un deber instrumental que modula el cumplimiento de las normas que en materia de prevención de riesgos laborales establecen medidas de seguridad y salud específicas. Así, en virtud de este deber de vigilancia el empresario ha de tener presente que no basta con un cumplimiento formal de las medidas preventivas sino que es necesario que una vez adoptadas garantice su efectividad, ya que como destaca la STS de 17 de mayo de 1995⁶³, la finalidad de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales “no es meramente que se

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 245.

⁵⁹ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 392.

⁶⁰ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 229. GARCÍA MURCIA la califica de “diligencia extrema y meticulosa”: GARCÍA MURCIA, J., op. cit., pág. 79.

⁶¹ STS de 22 de abril de 1989 (RJ 1989/2877).

⁶² STS de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996/4496).

⁶³ RJ 1995/4145.

cumplan las obligaciones o deberes formales y sí que se adopten, se cumplan efectiva y realmente las medidas de seguridad previstas para evitar los peligros que la actividad laboral en cada caso pueda comportar, se trata en definitiva de proteger la salud y vida de los trabajadores a través del cumplimiento de unas medidas concretas de seguridad y por ello no basta acreditar que existen o que se han propuesto tales medidas de seguridad y sí necesariamente que se han adoptado y cumplido”.

Así, “la responsabilidad de la empresa no acaba con la puesta a disposición de sus trabajadores de los medios precautorios adecuados, sino que se exige la continua vigilancia en el cumplimiento de las normas” (STS de 22 de abril de 1989⁶⁴). De lo anterior se deriva que la imprudencia de los trabajadores que voluntariamente deciden no utilizar los medios de protección puestos a su disposición o que desobedecen órdenes e instrucciones expresas de la empresa en esta materia no sirve para exonerar de responsabilidad administrativa al empresario, pues se entiende que el deber de seguridad de éste “obliga a exigir al trabajador la utilización de los medios dispositivos preventivos de seguridad , impidiendo, si ello fuera necesario, la actividad laboral de quienes, por imprudencia o negligencia, incumplan el debido uso de aquéllos, incluso a través del ejercicio de la actividad disciplinaria” (sentencias del TS de 3 de marzo de 1998⁶⁵ y de 27 de marzo de 1998⁶⁶, que siguen de esta forma doctrina jurisprudencial sentada por resoluciones anteriores⁶⁷). De lo anterior se deriva, tal y como destacan las citadas resoluciones, que “la deuda de seguridad de la empresa con los trabajadores no se agota con darles los medios normales de protección, sino que viene además obligada a la adecuada vigilancia del contenido de sus instrucciones que deben tender no sólo, a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, sino además de la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales” (sentencias del TS de 3 de marzo de 1998⁶⁸ y de 27 de marzo de 1998⁶⁹).

Ahora bien, ha de notarse que en estas resoluciones judiciales en las que se sanciona a las empresas por la infracción muy grave en materia de seguridad e higiene prevista en el art. 11.4 LISOS⁷⁰ –que, como vimos, recoge como ilícito administrativo la conducta empresarial constitutiva de un “incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales siempre que aquél cree un riesgo grave e inminente para la integridad física o salud de los trabajadores afectados”–, no es el incumplimiento del deber de vigilancia –que, ha de recordarse, no está previsto de manera expresa en la normativa de prevención de riesgos laborales sino que se deduce jurisprudencialmente de lo previsto en el art. 7.2 OGSHT–, el que se tiene en cuenta para integrar el tipo infractor, sino que para esta operación de subsunción de la conducta empresarial en el supuesto de hecho del ilícito se tiene en cuenta la inobservancia empresarial de una concreta obligación preventiva. Así, por ejemplo, en las citadas sentencias del TS de 27 de mayo de 1996 y de 27 de marzo de 1998, se sanciona a las empresas por incumplimiento de la obligación preventiva recogida en el art. 151 OGSHT, que preceptúa que en todo trabajo en altura con riesgo de caída es obligatorio el uso de cinturón de seguridad.

⁶⁴ RJ 1989/2877.

⁶⁵ RJ 1998/2307.

⁶⁶ RJ 1998/2869.

⁶⁷ STS de 6 de noviembre de 1976 (RJ 1976/5759); STS de 22 de octubre de 1982 (RJ 1982/5794); STS de 22 de abril de 1989 (RJ 1989/2877).

⁶⁸ RJ 1998/2307.

⁶⁹ RJ 1998/2869.

⁷⁰ Actual art. 13.10 TRLISOS.

El deber de vigilancia no constituye, pues, una obligación específica en materia de seguridad sino una “una medida protectora de carácter general” que, como se dijo, modaliza el válido cumplimiento de las medidas específicas, de forma que puede decirse que este deber establece la diligencia exigible al empresario en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas (en los supuestos sobre los que se pronuncian las resoluciones judiciales anteriormente citadas, el deber de vigilancia empresarial hace que la puesta a disposición de los trabajadores de los cinturones de seguridad no baste para entender que la empresa cumple con la obligación preventiva prevista en el art. 151 OGSHT siendo necesario que además exija su efectivo uso por parte de los que intervienen en la empresa).

Por ello, se entiende que la responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de esta medida preventiva general no es “una responsabilidad objetiva que ineludiblemente dirige una responsabilidad a ultranza, sino (...) una culpa in vigilando, y hasta in eligendo del *productor descuidado*”⁷¹, que en ningún caso podrá liberarse de esta obligación “descargando la responsabilidad de su cumplimiento sobre el incumplimiento de otro”⁷².

En definitiva, el incumplimiento del deber de vigilancia implica la concurrencia, junto al ilícito típico, del elemento culpabilístico, al poner de manifiesto la falta de diligencia exigible al empresario en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas. Así, en la STSJ de Andalucía de 15 de junio de 2000⁷³ se sanciona a la empresa por infracción del art. 11.4 LISOS en relación con el art. 67 OGSHT ya que, aunque ésta puso a disposición de sus trabajadores los equipos de protección individual exigidos por el citado precepto (guantes aislantes para la realización de trabajos en instalaciones de baja tensión), “lo cierto es que no existe prueba alguna sobre que cumpliera su deber de vigilancia sobre las medidas adoptadas para asegurar que efectivamente, los trabajadores cumplieran con las instrucciones recibidas”, suponiendo esta omisión “una conducta subsumible en el ilícito castigado y, al *incumplir negligentemente*”⁷⁴ sus deberes, merecedora del reproche sancionador”.

c. La recepción por la LPRL de esta doctrina jurisprudencial.

Los criterios jurisprudenciales que acabamos de comentar y que se establecieron al aplicar el régimen de responsabilidad administrativa del empresario bajo el régimen normativo derivado de la OGSHT y de la LISOS han tenido una recepción jurídico-positiva con la aprobación de la LPRL.

⁷¹ STS de 22 de abril de 1989 (RJ 1989/2877); el subrayado es nuestro; en los mismos términos, la STS de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996/4496).

⁷² STS de 22 de abril de 1989 (RJ 1989/2877); STS de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996/4496): En estas resoluciones se destaca que es claro que el trabajador ha incumplido la obligación que en materia de seguridad e higiene le imponía el art. 11 OGSHT pero que al estar ante una medida de protección (la impuesta por el art. 161 OGSHT de utilizar cinturón de seguridad en los trabajos en altura) dirigida al trabajador y simultáneamente a la empresa, no se puede concluir “que si el trabajador no ha usado el preceptivo cinturón de seguridad la empresa quede exonerada de toda responsabilidad, que se asienta en el hecho de no haber impuesto al accidentado el preceptivo uso, porque la Ordenanza no se limita a detallar los mecanismos y medidas de protección, sino que exige su efectivo uso por parte de todos los que intervienen en el proceso productivo”.

⁷³ RJCA 2000/2298.

⁷⁴ El subrayado es nuestro.

Así, el que el cumplimiento del deber de seguridad del empresario implica la necesidad de que éste vigile que efectivamente se adoptan en su centro de trabajo las medidas de prevención de riesgos laborales oportunas puede hoy fundamentarse normativamente en el art. 14.2 LPRL que, reproduciendo lo que anteriormente preveía el art. 7.2 OGSHT, establece que “el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores”⁷⁵. Por su parte, el apartado cuarto del citado artículo recoge que las “obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia...”, con lo cual se evita, tal y como destacan GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR que mediante la delegación de funciones se produzca una desresponsabilización del empresario y se refuerza el deber de vigilancia con la finalidad de que las funciones en materia de prevención de riesgos laborales se cumplan correctamente por quienes, bajo el control último del empresario, son los sujetos mediatamente encargados de ello⁷⁶.

Por último y respecto a la posibilidad de que el comportamiento imprudente de los trabajadores puede exculpar al empresario, el art. 15.4 LPRL establece que la “efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”, lo que, siguiendo a los citados autores, podemos decir que implica exigir al empresario “un doble y reforzado deber de cuidado así como una *diligencia especial* que le lleva (...) a tener que asumir como incumplimientos propios ciertas negligencias o imprudencias del trabajador”, quedando únicamente excluidos del ámbito de efectividad requerido a las medidas preventivas las imprudencias temerarias de los trabajadores “en cuanto comportamientos realizados con olvido y menosprecio de los más elementales deberes de cuidado y atención”⁷⁷. Siguiendo la doctrina jurisprudencial que acabamos de analizar, en aplicación de este precepto podrá entenderse que el accidente de trabajo acaecido por imprudencia del trabajador va a poner de manifiesto que el empresario no ha desplegado toda la diligencia que le era exigible en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas pues no ha vigilado *efectivamente* el comportamiento de sus trabajadores en orden a la observancia de las medidas de seguridad.

d. Límites del deber de cuidado de la empresa.

Una vez analizada la doctrina jurisprudencial de la *culpa in vigilando* y la recepción normativa de la misma, surge la cuestión acerca de que, para poder seguir defendiendo que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales se excluye un régimen de responsabilidad objetiva basado en la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del empresario, es necesario determinar los límites del deber de vigilancia y de la diligencia exigible al empresario. Pero, como destaca la citada STSJ de Andalucía de 15 de junio de 2000 debe tenerse en cuenta que para fijar hasta dónde llega el deber de cuidado de la empresa “no existe norma legal que marque

⁷⁵ Para el caso de los equipos de protección individual, el deber de vigilancia está recogido expresamente en el art. 17.2 LPRL.

⁷⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 111.

⁷⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 116.

límites ni delimite acabadamente, en un tema con una casuística variadísima, hasta dónde llega la responsabilidad empresarial, puesto que dependerá en gran medida de las circunstancias concurrentes en cada caso, así tareas o trabajos a realizar, grado de la instrucción de los trabajadores, etc. Por tanto será atendiendo a cada caso concreto como habrá de dilucidarse el papel de garante del empresario y hasta dónde llega su deber de cuidado, dentro, claro está, de unos parámetros de normalidad, en el sentido de que no pueden responsabilizarse en la prevención de sucesos inesperados o que exceden del ámbito del poder de su voluntad recayendo en terceros”.

Uno de los límites del deber de cuidado de la empresa lo constituye la imprudencia temeraria de sus trabajadores como suceso que excede del ámbito del deber de vigilancia del empleador pues, como se acaba de decir, en virtud del art. 15.4 LPRL, la efectividad requerida de las medidas preventivas no se extiende a este tipo de imprudencia.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que en la práctica administrativa y judicial se señale que la concurrencia de un imprudencia temeraria del trabajador en el acaecimiento de un accidente de trabajo no implica automáticamente que la empresa quede exonerada de responsabilidad administrativa puesto que, como señala la STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2002⁷⁸, “no se trata tanto de determinar si la actuación de la víctima fue la causante del accidente, sino más bien de averiguar si la empresa para la que trabajaba y la empresa principal cumplieron o no con la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, de tal manera que, apreciado tal incumplimiento, éste es suficiente a los efectos de castigar su infracción, que es lo que persigue la LPRL, de manera que el tema de la causalidad pasa a un segundo plano, en cuanto impropio de las infracciones contenidas en la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo, y sólo en la medida en que se aprecia la actuación del trabajador una imprudencia temeraria, de una parte, y de otra y añadida a esta imprudencia, se compruebe que en la adopción de las medidas preventivas y paliativas a las que obliga la normativa sobre seguridad e higiene la empresa ha cumplido escrupulosamente con lo preceptuado, sin contravención o excusa alguna, ni siquiera leve, se estaría en el caso de inexigibilidad de otra conducta al empresario, en cuanto éste hizo todo lo que estaba en su mano para impedir el hecho dañoso y, además, concurra la mencionada imprudencia grave en la actuación del trabajador.” Por tanto, concluye la resolución citada, las dos condiciones anteriores deben “concurrir simultáneamente ante un determinado hecho para eximir de responsabilidad por esta clase de infracciones administrativas al empresario”.

En efecto, como veremos al analizar las diferentes infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, éstas no incluyen, entre sus elementos objetivos, la producción de un accidente de trabajo, bastando para entender integrado el tipo infractor o bien el mero incumplimiento de la normativa prevencionista o bien la producción de un riesgo grave e inminente (en el caso de alguna de las infracciones muy graves que analizaremos) para la seguridad y salud de los trabajadores, por lo que es posible que la valoración de si la conducta empresarial es merecedora de reproche administrativo se haga al margen de que se haya derivado de la misma el acaecimiento de un accidente⁷⁹.

⁷⁸ JUR 2002/234646.

⁷⁹ En este sentido, es de destacar la doctrina jurisprudencial que en un primer momento calificó claramente a la responsabilidad administrativa por infracciones en materia de seguridad y salud como una responsabilidad objetiva, en la que “la culpabilidad, en cuanto relación psicológica de causalidad entre el agente y el resultado típicamente punible, no es elemento esencial para la existencia de infracciones”

Por tanto, y como destaca de manera muy ilustrativa la STSJ de Navarra de 9 de diciembre de 2003⁸⁰ –que confirma la sanción impuesta a una empresa por las infracciones muy graves de los apartados 2 y 4 del art. 48 LPRL⁸¹–, “en cuanto a la infracción, sanción y responsabilidad no existe duda alguna. Téngase en cuenta (y lo estamos repitiendo hasta la saciedad) que nos encontramos en el ámbito de la normativa de la Prevención de Riesgos Laborales (...) que debe observar la empresa a efectos de evitar el accidente, de prevenirlo, de poner los medios para que en las zonas de o en el riesgo el evento previsiblemente producible no cause mal al operario. (Desgraciadamente las actas de este tipo –prevención de riesgos– se levantan siempre después de causado el accidente). Por tanto, no debemos estar o esperar al resultado dañoso (que por cierto se ha producido, como no, y el acta de prevención-sanción viene después) sino a la observancia o inobservancia del cumplimiento de prevención”.

En el caso de que el accidente se produjese, éste no tendría otro valor, tal y como se señala en la STS de 18 de febrero de 1997⁸² que “el de servir de pretexto para el inicio de la actuación inspectora y, claro está, como dato de gran trascendencia en el análisis de la conducta sancionada”, porque la determinación de quién sea el culpable del accidente es un tema ajeno a la posible determinación de responsabilidad administrativa al exceder “los límites propios del objeto que se ventila” en este ámbito y que “viene circunscrito a analizar la conducta de la actora dentro de las obligaciones que en el campo de la Seguridad e Higiene le viene impuesta normativamente”. Partiendo de estos presupuestos, la citada sentencia confirma la sanción impuesta a una empresa por incumplimiento de las obligaciones preventivas previstas en los arts. 102.3 (deber de instruir a los trabajadores encargados del manejo de los aparatos elevadores) y 108.5 (obligación de que las grúas-puente estén equipadas con dispositivos de señales sonora) OGSHT que se entiende constitutivo de la infracción muy grave del art.11.4 LISOS y se rechaza el recurso de la empresa que pretendía eximirse de responsabilidad administrativa con el argumento de que el accidente que motivó la intervención de la Inspección de Trabajo “fue debido, no a su responsabilidad, sino a la actuación imprudente del trabajador que manipulaba la grúa con total negligencia”. Destaca la sentencia que, aun en el caso de que se acogiese la tesis de la empresa de que el accidente fue debido al comportamiento imprudente del trabajador, esto carecería de trascendencia en orden a que la empresa pudiera eximirse de responsabilidad pues lo cierto es que los citados incumplimientos existían y son éstos los que se sancionan administrativamente.

(STS de 28 de febrero de 1983 –RJ 1983/953–), en tanto en cuanto el elemento constitutivo de éstas “es el mero incumplimiento de las disposiciones que regulan dicha materia, de acuerdo con su finalidad protectora encaminada a evitar los riesgos” (STS de 31 de octubre de 1986 –RJ 1986/6061–). Aunque las expresiones en favor de una responsabilidad objetiva son claras en estas resoluciones, debe destacarse que las mismas se referían a una comparación entre la responsabilidad administrativa con la penal y a la relación de causalidad entre la infracción y el daño, por lo que su doctrina acerca de que lo que se sanciona en el ámbito administrativo es la inobservancia de la normativa prevencionista con independencia de que de la misma se derive daño alguno sigue siendo aplicable una vez que la doctrina constitucional ha establecido claramente la exigencia del elemento culpabilístico. En este sentido, el TS sigue haciendo referencia a los criterios sentados en las citadas resoluciones jurisprudenciales: STS de 17 de septiembre de 1991 –RJ 1991/8290–; STS de 17 de mayo de 1995 –RJ 1995/4145–; STS de 18 de febrero de 1997 –RJ 1997/1102–.

⁸⁰ JUR 2003/43300.

⁸¹ Hoy, apartados 2 y 4 del art. 13 TRLISOS.

⁸² RJ 1997/1102.

En este mismo sentido, la STS de 30 de marzo de 1992⁸³ desestima el recurso de una empresa que había sido sancionada por no adoptar las medidas de seguridad exigibles (falta de señalizaciones, lo que suponía un incumplimiento de lo previsto en el art. 62 OGSHT) y se destaca que “no importa que concurriera descuido o precipitación del trabajador en el accidente porque lo que se sanciona es la infracción de las medidas de seguridad adecuadas al trabajo que se realizaba con independencia del resultado lesivo para el operario y de su posible imprudencia, salvo que sólo la negligencia de éste fuera la única causa del accidente”.

También se pronuncia en esta línea de mantener en planos separados el comportamiento imprudente del trabajador y la exigencia de responsabilidad administrativa, la STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998⁸⁴, que entiende adecuado a derecho sancionar a una empresa por la infracción grave en materia de seguridad e higiene prevista en el art. 10.9 LISOS y ello a pesar del protagonismo importante que la conducta imprudente del trabajador tuvo en el acaecimiento del accidente. Mantiene esta resolución judicial que “por muy irreflexiva e imprudente que haya sido la conducta del trabajador”, ello no eximía a la empresa de dotar a la máquina con la que trabajaba el operario accidentado de los mecanismos de protección o resguardos exigidos por los arts. 89 y 90 OGSHT, por cuya inobservancia se sanciona finalmente a la empresa.

Nos parece acertada esta doctrina judicial en tanto en los supuestos de hecho sobre los que se pronuncian estas sentencias, los elementos objetivos que configuran la descripción de los tipos infractores en virtud de los cuales se sanciona, esto es, el incumplimiento empresarial de la normativa y la situación de riesgo que se genera como consecuencia del mismo, existen al margen del comportamiento más o menos diligente de los trabajadores.

Pero la situación cambia en los supuestos en los que no es fácil delimitar el comportamiento del trabajador del incumplimiento de la empresa. Nos referimos a los supuestos en los que el trabajador decide no utilizar los medios de protección puestos a su disposición o decide desobedecer las órdenes del empresario en materia preventiva. Como se dijo anteriormente, en estos casos es el comportamiento imprudente del trabajador el que sirve para poner de manifiesto que la empresa no ha sido todo lo diligente que debía en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud ya que no ha controlado que las medidas preventivas eran adoptadas efectivamente en su empresa.

Puede decirse que, con carácter general, en el ámbito sancionador administrativo los operadores jurídicos (Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa) son reticentes a limitar el alcance de la responsabilidad empresarial y se muestran muy poco receptivos a las pretensiones empresariales de exoneración de responsabilidad fundamentadas en que el accidente o riesgo se debió a la conducta negligente de sus trabajadores y que no se “puede estar permanentemente controlando a los trabajadores en la utilización de los medios de seguridad existentes para evitar cualquier clase de accidentes”⁸⁵ ya que resulta imposible evitar que un trabajador, en un momento dado, no utilice los elementos necesarios de protección puestos por la empresa a su

⁸³ RJ 1992/2810.

⁸⁴ RJCA 1998/181.

⁸⁵ Recurso sobre el que se pronuncia (desestimándolo) la STSJ de Madrid de 6 de julio de 1996 (RJCA 1996/1057).

disposición o decida desobedecer las órdenes del empresario, pues ello exigiría una “labor cuasi-policial” que implicaría una vigilancia constante y permanente de los trabajadores “hasta límites fuera de la normal convivencia empresarial”⁸⁶ y contrarios a “las reglas de toda lógica”⁸⁷. Frente a este tipo de argumentos la Jurisdicción esgrime la doctrina jurisprudencial de la *culpa in vigilando* y termina sancionado⁸⁸.

Ilustremos lo que se está diciendo con un ejemplo. En el supuesto de hecho sobre el que se pronuncia la STSJ de Andalucía de 15 de junio de 2000⁸⁹ la empresa había suministrado a los trabajadores los medios de protección adecuados a la realización del trabajo, incluido guantes aislantes y se entiende acreditado que estos medios eran usados por los operarios; además, la empresa impartía con habitualidad a los trabajadores cursos de seguridad en los trabajos sobre instalaciones eléctricas y en la realización de los trabajos no era necesario, ni existía normativa que así lo exigiera, trabajar en frío; el trabajador accidentado, jefe de la operación que se llevaba a cabo, era especialista y estaba cualificado para el desarrollo de las tareas encomendadas que, por otra parte, era de las habituales que llevaba a cabo tanto la empresa como el trabajador; antes de comenzar las tareas el trabajador accidentado junto con otro compañero habían repasado y reparado el cable sobre el que trabajaban, aislando las zonas deterioradas. Se concluye que el accidente (descarga eléctrica que causó la muerte al trabajador) no se hubiera producido de haber utilizado el trabajador los guantes aislantes y que su no utilización se debió a que ese mismo día el trabajador sufrió una

⁸⁶ Recurso sobre el que se pronuncia (desestimándolo) la STSJ Cataluña de 18 de noviembre de 2003 (JUR 2003/165143).

⁸⁷ Recurso sobre el que se pronuncia (desestimándolo) la STS de 27 de marzo de 1998 (RJ 1998/2869).

⁸⁸ Aplican esta doctrina jurisprudencial para sancionar por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, entre otras: STS de 27 de marzo de 1998 (RJ 1998/2869); STSJ de Madrid de 17 de enero de 1996 (RJCA 1996/358); STSJ de Madrid de 6 de julio de 1996 (RJCA 1996/1057); STSJ de Madrid de 26 de enero de 2002 (JUR 2002/234575); STSJ Cataluña de 18 de noviembre de 2003 (JUR 2003/165143); STSJ Aragón de 30 de enero de 2003 (JUR 2003/208900). Sin embargo, sí podemos encontrar algunas resoluciones que son más restrictivas al interpretar el alcance de este deber de vigilancia en sede de recargo de prestaciones. Ya la STS de 18 de enero de 1971 (RJ 1971/315) limitó el alcance del deber de cuidado empresarial al señalar que la vigilancia del cumplimiento de las normas en materia de seguridad “no puede exigirse hasta el extremo de observar si cada uno de los obreros y en cada momento cumplieron las órdenes”. En este mismo sentido, podemos encontrar resoluciones judiciales que, al rechazar la imposición de responsabilidad al empresario referida al recargo en supuestos en los que el comportamiento imprudente del trabajador coadyuvó al acaecimiento del accidente, señalan que “el deber tutelar de la empresa no puede llegar a extremos de tratar al trabajador adulto y responsable como si de sujeto incapaz se tratase” (STSJ de Aragón de 6 de octubre de 1999 -AS 1999/3376-) y que no es razonable exigir que aquel deber implique “vigilar en todo momento a todos los trabajadores para evitar o avisar de un riesgo que está a la vista de todos” (STSJ de Castilla y León de 26 de enero de 1998 (AS 1998/294). No obstante, la reciente STS de 12 de julio de 2007 (RJ 2007/8226), en unificación de doctrina y en supuestos de hecho similares sobre los que se pronuncian las anteriores resoluciones, ha recordado que, del juego de los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL, “se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador”. De lo anterior se deriva que la conducta imprudente del trabajador -trabajador con 15 años de experiencia que desobedeciendo las instrucciones de seguridad impartidas por la empresa, introduce las manos en los cilindros de una máquina en funcionamiento- no rompe el nexo causal entre infracción -la empresa no protege los cilindros pese a que, tras la evaluación de riesgos, esta medida preventiva había sido propuesta por el servicio de prevención ajeno- y daño, pues es la conducta omisiva del empresario “la causa eficiente y determinante del daño producido al trabajador; acontecimiento que no se hubiera producido de haberse cumplido por el empleador (...), las condiciones mínimas de seguridad”.

⁸⁹ RJCA 2000/2298.

picadura de insecto en su mano derecha. Pues bien, la resolución judicial confirma la sanción impuesta por la autoridad administrativa (aunque rebajándola en atención a la conducta empresarial que claramente muestra una predisposición al cumplimiento de la normativa prevencionista) por entender que su conducta es subsumible en el art. 11.4 LISOS al haber incumplido la obligación del art. 67 OGSHT (uso de guantes aislantes) puesto que “lo cierto es que no existe prueba alguna sobre que cumpliera su deber de vigilancia sobre las medidas adoptadas para asegurar que, efectivamente, los trabajadores cumplieran con las instrucciones recibidas” y no consta “que se impidieran conductas como la descrita, manipular líneas en tensión sin adoptar las medidas necesarias”.

Respecto al error como posible causa de exculpación⁹⁰, es de señalar su escaso margen de actuación debido a que, aunque en el ámbito de la prevención de riesgos laborales el elenco de normas es numeroso y diverso, debe tenerse en cuenta que, tal y como señala CARRERO DOMÍNGUEZ, “cuando hablamos de bienes jurídicos tan importantes como los que aquí nos afectan, este abundante número de normas están debidamente publicadas y al alcance del conocimiento de cualquier persona diligente que tiene que hacer frente a una actividad profesional o industrial y, al que se le exige que conozca los riesgos que se generan de su actividad productiva”. Por consiguiente, concluye la citada autora, el empresario debe “informarse, saber y actuar con respecto a los riesgos que genera y, que están legalmente contemplados y actualizados en su mayoría en este momento”⁹¹.

De esta forma, el incumplimiento del empresario de la normativa prevencionista debido a su desconocimiento, le será imputable a título de negligencia⁹². En este sentido se pronuncia la STS de 3 de noviembre de 2003⁹³ que confirma la sanción a un empresa titular del centro de trabajo por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales y que, partiendo de la doctrina constitucional de inexcusabilidad de concurrencia del elemento culpabilista, entiende que, una vez acreditada la realidad objetiva de la conducta infractora, el elemento subjetivo de la culpabilidad es apreciable en tanto en cuanto era exigible a la sociedad sancionada el conocimiento de las obligaciones derivadas de la prevención de riesgos por lo que es “la falta de diligencia exigible en el indicado conocimiento o el comportamiento acorde con el presupuesto cognoscitivo el elemento subjetivo integrante de la culpabilidad necesaria para apreciar la existencia de las infracciones administrativas y para que resultaran procedentes las correspondientes sanciones”.

⁹⁰ Destaca PEMÁN GAVÍN que la STC 76/1990 se pronunció a favor del reconocimiento teórico del error en el Derecho Administrativo Sancionador, al señalar dicha resolución que “es evidente que el error de Derecho –singularmente el error invencible– podrá producir los efectos de exención o atenuación que le son propios en un sistema de responsabilidad subjetiva”: PEMÁN GAVÍN, I., *El Sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000, pág. 315.

⁹¹ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 229. En este mismo sentido, GARCÍA MURCIA entiende que “el error o la imprevisión son menos disculpables en esta materia, entre otras razones porque el empresario debe conocer las obligaciones pertinentes al iniciar su actividad, y porque debe observar siempre una diligencia extrema y meticulosa en su cumplimiento”: GARCÍA MURCIA, J. op. cit., pág. 79.

⁹² ALFONSO MELLADO, C.L., op. cit, pág. 98.

⁹³ RJ 2003/8893.

Por lo que se refiere al caso fortuito, debe tenerse en cuenta que esta causa de exculpación exige que se considere cumplido el deber de diligencia, por lo que su posible papel como exonerador de responsabilidad estará “en función de la mayor o menor intensidad de la diligencia debida hasta el punto de que si el deber de diligencia es absoluto, no podrá existir, efectivamente, la sanción de un caso fortuito, precisamente por cuanto no cabe pensar en ningún supuesto accidental cuya previsión no entre dentro de la diligencia debida”⁹⁴.

De la intensidad que, como estamos viendo, tiene el deber de cuidado del empresario en materia de prevención de riesgos se deduce el escaso margen de aplicación que el caso fortuito pueda tener en este ámbito. Así, no se considerará fortuito el fallo del sistema de seguridad de una máquina si ya había fallado en anteriores ocasiones⁹⁵, ni la rotura de un poste que se rompe por la base, toda vez que estos accidentes “no son extraordinarios y se han venido sucediendo desde hace años” por lo que la causa del accidente era conocida y por lo tanto previsible, debiendo la empresa haber cambiado la metodología de trabajo pues es su obligación actualizar “periódicamente los métodos a medida que se alteran las circunstancias” y ordenar “un conjunto de medidas coherentes y adecuadas a la naturaleza de los riesgos detectados y al control de la efectividad de dichas medidas”⁹⁶.

No obstante, si producido un accidente de trabajo, se constata que la empresa había adoptado las medidas de seguridad exigibles y que aquél se debió no a una actuación negligente de la empresa sino a un suceso (movimiento de tierras⁹⁷; trabajos realizados al margen y sin necesidad de la intervención de la maquinaria de la empresa sancionada que además desconocía que se ejecutaban dichos trabajos⁹⁸) que no podía ser previsto por ésta, el respeto al principio de culpabilidad impide la imposición de sanción administrativa.

En conclusión, una vez que el Inspector actuante constate la existencia de un comportamiento ilícito, al empresario le va a ser muy difícil exonerarse de responsabilidad alegando la falta de culpabilidad dado que el elemento subjetivo del injusto se presume y que la intensidad de su deber de diligencia le obliga a prever y evitar cualquier clase de riesgo en el lugar de trabajo, encontrándonos de esta forma ante una responsabilidad administrativa “fuertemente objetivada”⁹⁹.

⁹⁴ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 304.

⁹⁵ STSJ del País Vasco de 11 de marzo de 1998 (RJCA 1998/2217).

⁹⁶ STSJ del País Vasco de 19 de julio de 2003 (RJCA 2003/98053).

⁹⁷ STSJ de Andalucía de 2 de febrero de 1998 (RJCA 1998/254).

⁹⁸ STS de 5 de marzo de 1996 (RJ 1996/2163).

⁹⁹ ALFONSO MELLADO, C.L., op. cit., pág. 99. MERCADER UGUINA mantiene que esta fuerte tendencia objetivadora que se produce en el ámbito de la prevención de riesgos laborales “hace difícil, cuando no imposible, detectar con certidumbre la propia y precisa existencia del referido principio de culpabilidad”: MERCADER UGUINA, J.R., “El principio de culpabilidad. Especial referencia a los supuestos de concurrencia de empresarios” en *La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los riesgos laborales*, Estudios de Derecho Judicial, nº 100, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 159. También en esta línea, señala CARRERO DOMÍNGUEZ que el deber de cuidado que se impone al empresario “supone que la imputación de la conducta ilícita deba realizarse por la culpa más levísima, aunque es difícil señalar la diferencia entre el mero incumplimiento y la culpa levísima”: CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 228.

B. El régimen de responsabilidad solidaria en materia de prevención de riesgos laborales.

Establece el art. 42.3 TRLISOS que el empresario principal “responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

Por su parte, el art. 24.3 LPRL recoge, para 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 sus propios centros de trabajo, la obligación de “vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”.

En el Capítulo VII de la I Parte de este trabajo se tratarán algunas cuestiones relativas a este específico régimen de responsabilidad –concretas responsabilidades alcanzadas por la solidaridad; supuesto de hecho del art. 24.3 LPRL; alcance del deber de vigilancia; determinación del empresario principal en el supuesto de cadenas de contratas– al analizar el art. 13.14 TRLISOS, que tipifica como infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la suscripción de pactos que tengan por objeto precisamente eludir el régimen de responsabilidades previsto en el art.42.3 del propio texto normativo.

También será objeto de estudio este régimen de responsabilidad en la II Parte de nuestro trabajo al tratar el régimen sancionador administrativo derivado de las infracciones muy graves en materia preventiva, toda vez que la responsabilidad solidaria se configura como un régimen específico en este ámbito sancionador.

Interesa ahora únicamente hacer una breve referencia a la problemática que este régimen de responsabilidad solidaria plantea desde la perspectiva del respeto al principio de culpabilidad.

Es claro, por la referencia literal a la “infracción” que hace el art. 42.3 TRLISOS, que la solidaridad alcanza a la responsabilidad administrativa¹⁰⁰ y así lo vienen reconociendo nuestros Tribunales que, en aplicación de este precepto, imponen la sanción administrativa a la empresa contratista por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales y declaran la responsabilidad solidaria de la empresa principal¹⁰¹.

¹⁰⁰ VALVERDE ASENSIO, A.J., *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 106. La doctrina es unánime al entender que la responsabilidad solidaria del empresario principal alcanza a la responsabilidad administrativa. Por todos, GOERLICH PESET, J.M., “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *AL* (I), 1997, pág. 150; MIÑARRO YANINI, M., “La prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas”, *DL*, n° 68, 2003, pág. 106; MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pág. 273; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Cívitas, Madrid, 2001, pág. 345.

¹⁰¹ Por todas, STSJ de Canarias 17 de noviembre de 2001 (JUR 2001/109727); STSJ de Andalucía de 19 de febrero de 2001 (JUR 2001/85884); STSJ Murcia de 4 de julio de 2003 (JUR 2003/234609); STSJ de Navarra de 2 de julio de 2004 (JUR 2004/275571); STSJ de Madrid de 3 de junio de 2005 (JUR

Lo anterior suscita la cuestión de si este régimen específico de responsabilidad que es la responsabilidad solidaria respeta el principio de personalidad de la sanción, principio éste que constituye un corolario del principio de culpabilidad y que “garantiza que únicamente puede exigirse responsabilidad «por los hechos propios» y en ningún caso por los «hechos de otro»”¹⁰².

Por entender vulnerado este principio, la jurisprudencia que interpretó el art. 153 OGSHT¹⁰³ negó la posibilidad de aplicar un régimen de responsabilidad solidaria en el ámbito sancionador en cuanto que este tipo de responsabilidad supone responder por actos ajenos. Así, la STS de 16 de febrero de 1990¹⁰⁴ entendió que la exigencia de culpabilidad en la infracción impide establecer supuestos de responsabilidad empresarial por una infracción al margen de la propia conducta personal que es lo que se hace si se interpreta que el art. 153 OGSHT “establece una extensión de la infracción al empresario principal, por los incumplimientos del contratista”. En esta misma línea interpretativa, la STS de 8 de octubre de 1998¹⁰⁵ establece que la responsabilidad solidaria “no puede penetrar en el ámbito del Derecho sancionador porque, de lo contrario, se derrumbaría el procedimiento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde de sus propios actos, sin que quepa, con el fin de una más eficaz tutela de los intereses públicos, establecer responsabilidad alguna sancionable solidariamente por actos ajenos”.

No obstante, el TC en su sentencia 76/1990, de 24 de abril ha declarado, en el ámbito sancionador administrativo, la compatibilidad del régimen de responsabilidad solidaria con el principio de culpabilidad requiriendo para ello “la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve”.

La recepción de esta doctrina constitucional en el ámbito sancionador en materia de prevención de riesgos laborales fue abordada por la STSJ Cantabria 15 de junio de 2000¹⁰⁶ que confirma la sanción impuesta solidariamente a la empresa principal por infracciones de su contratista en aplicación del régimen sancionador previsto en el art. 42.2 LPRL (hoy art. 42.3 TRLISOS). Tras señalar esta resolución judicial que el “problema más grave que plantea la aplicación de este precepto es el de la culpabilidad en la conducta del empresario sancionado”, se destaca que “la exigencia de responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, es perfectamente ajustado a derecho, tal y como tuvo ocasión de establecer el Tribunal Constitucional en su sentencia 76/1990, de 26 de abril”. Entiende la citada sentencia que de “la referida doctrina constitucional se puede extraer la conclusión de que la responsabilidad solidaria establecida en la Ley de Prevención, debe verse modulada por el principio de culpabilidad, es decir, se hace necesaria la existencia de una conducta del empresario que suponga una intervención de los hechos que justifique su imputación, aun a título de dolo o culpa leve” y que, en los supuestos de contratas y subcontratas,

2005/166210); STSJ de Asturias de 31 de enero de 2006 (JUR 2006/100086); STSJ de Madrid de 7 de julio de 2006 (RJCA 2007/159).

¹⁰² NIETO GACÍA, A., op. cit., pág. 380.

¹⁰³ Establecía este precepto en su párrafo segundo que la “empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone esta ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal”

¹⁰⁴ RJ 1990/777.

¹⁰⁵ RJ 1998/8833.

¹⁰⁶ JUR 2000/43823.

esta intervención en los hechos vendrá dada porque la obligación del empresario principal “se extiende a la vigilancia del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales”.

En este sentido señala PÁRAMO MONTERO que la responsabilidad solidaria de la empresa principal no es ilimitada y absoluta sino que sólo surgirá cuando ésta haya incumplido el mandato que le destina el art. 24.3 LPRL, tratándose, por tanto, de una “responsabilidad culposa por omisión en la vigilancia que tiene atribuida por la ley”¹⁰⁷.

Por tanto, la configuración del deber de vigilancia como fundamento de la imposición de la responsabilidad solidaria evita transgredir la prohibición constitucional de hacer responsable en el ámbito punitivo a la empresa principal por los hechos de otro sin colaborar de algún modo en su producción¹⁰⁸.

Así, la doctrina judicial que en la actualidad impone solidariamente las multas a la empresa principal por incumplimientos de sus contratistas destaca que la responsabilidad de la empresa comitente es por actos propios –por incumplimiento de su deber de vigilancia–, salvando de esta forma los reparos que en sede jurisprudencial se habían puesto a la aplicación del art. 153 OGSHT. Un ejemplo de esta doctrina judicial lo encontramos en la STSJ de Asturias de 31 de enero de 2006¹⁰⁹ que impone solidariamente la sanción económica por infracción del art. 13.10 TRLISOS a empresa principal y contratista, destacando que el hecho de que “nadie puede ser sancionado por hechos ajenos es algo evidente y que no se discute; es principio básico del derecho sancionador la responsabilidad por hechos propios. Pero es que en este caso no hay sanción por hechos ajenos sino por hechos propios. En lo que respecta a la empresa contratista¹¹⁰ su infracción deriva de la falta de vigilancia en el cumplimiento por los subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 24.3) (...). Por lo tanto existe sanción (solidaria) por hechos propios constitutivos de infracción omisiva culpable (...). Existe pues responsabilidad por hechos propios (infracción del art. 24.3 de la LPRL) siendo correcta también la responsabilidad solidaria en el pago de la sanción: art 42.2 de la Ley de Prevención de riesgos laborales; hoy art. 42.3 de la LISOS en los mismo términos”. Respecto a la jurisprudencia que rechazaba el régimen de solidaridad en el ámbito administrativo sancionador, defiende la citada resolución judicial su no aplicación en la actualidad ya que, “la misma parte de la declaración de que no cabe la sanción por hechos ajenos, declaración que comparte este voto particular pero que no es aplicable al presente caso en que se sanciona de manera solidaria por hechos propios”.

Nos encontramos, por tanto, ante una especificación en el ámbito laboral de lo previsto en el art. 130.3.II LRJAP que establece que serán “responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”. En virtud de su deber de vigilancia

¹⁰⁷ PÁRAMO MONTERO, P., “Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *RL* (II), 1999, pág. 231.

¹⁰⁸ CASAS BAAMONDE, M.E., op. cit., pág. 142.

¹⁰⁹ JUR 2006/100086.

¹¹⁰ Debe recordarse que en las obras de construcción el contratista tiene la consideración de empresario principal respecto a sus subcontratistas: disposición adicional primera RDCA.

(establecido en el art. 24.3 LPRL), el empresario principal asume la posición de “garante”¹¹¹ que ha de prevenir las infracciones administrativas en materia preventiva que puedan cometer contratistas y subcontratistas y responde solidariamente con éstos en caso de cometerse aquéllas.

Consecuencia de lo anterior es que la responsabilidad solidaria del empresario principal solo se dará en el caso de que exista una previa infracción administrativa del contratista o subcontratista¹¹² al cual habrá de sancionarse necesariamente junto con el empresario principal. Como establece la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2003¹¹³, “para extender la responsabilidad solidaria al empresario principal por los incumplimientos de los subcontratistas, es preciso que haya un responsable directo, que es ese subcontratista que incumple las obligaciones que le conciernen en materia de prevención de riesgos, y sólo así es posible imputar la responsabilidad solidaria al principal...”, por lo que sólo puede haber responsable solidario si hay responsable principal, no siendo posible considerar responsable único y directo al empresario principal por los incumplimientos de contratistas y subcontratistas ya que la solidaridad de la empresa principal “pasa necesaria y previamente por la declaración del subcontratista como responsable directo”.

Ahora bien, con la fundamentación en el incumplimiento del deber de vigilancia de la imposición de la responsabilidad solidaria a la empresa principal se salva el respeto al principio de personalidad de la sanción pero surge la duda acerca de cuál es el alcance del deber previsto en el art. 24.3 LPRL. Para evitar caer en una responsabilidad objetiva o por actos de otro que, como hemos visto, está vedada por la interpretación que el TC hace de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, es necesario “aplicar totalmente el elemento subjetivo de la culpabilidad de la empresa principal”¹¹⁴. Por tanto, una vez que la empresa contratista o subcontratista incumplen la normativa de seguridad y salud, la extensión de la responsabilidad solidaria a la empresa principal no se puede hacer de manera automática sino que habrá de exigirse “la presencia de una culpa aún mínima por parte del principal en su obligación de vigilancia del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral por parte del contratista”¹¹⁵.

¹¹¹ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 434, hace referencia a esta figura al analizar el art. 130.3.II LRJAP y establecer que en este precepto se describen dos obligaciones: “1.ª Una obligación principal cuyo cumplimiento corresponde a una persona: si lo que realmente sucede es el incumplimiento, se comete una infracción, cuya autoría corresponde a tal persona...;2.ª Un deber anejo (el de prevenir la infracción administrativa contra la obligación principal) impuesto al garante, que va a resultar responsable, solidario o subsidiario, en caso de que la infracción tenga lugar”. En el ámbito de la seguridad y salud podemos decir que la obligación principal es la de cumplir con la normativa de prevención de riesgos laborales que se impone a contratistas y subcontratistas respecto a sus propios trabajadores mientras que el “deber anejo” viene identificado por el deber de vigilancia que el art. 24.3 LPRL impone al empresario principal, respondiendo este último en virtud del art. 42.3 TRLISOS de manera solidaria en caso de que las empresas con las que ha contratado o subcontratado infrinjan aquella normativa.

¹¹² Nótese que el incumplimiento del empresario principal de su deber de vigilancia no podrá ser sancionado si no va acompañado de una infracción administrativa del contratista o subcontratista toda vez que el TRLISOS no recoge una infracción administrativa independiente para sancionar dicho incumplimiento.

¹¹³ JUR 2004/252561.

¹¹⁴ CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 281.

¹¹⁵ CALVO GALLEGO, J., “La responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *TL*, n.º 50, 1999, pág. 219. En este sentido, PÁRAMO MONTERO destaca que la responsabilidad solidaria no es ilimitada y absoluta sino que sólo surgirá cuando la empresa principal “haya incumplido el mandato que le destina el art. 24.3”, es decir, “la responsabilidad de la empresa

Y aquí son reproducibles las consideraciones acerca del alcance del deber de vigilancia que hicimos en el apartado anterior: de la constatación por parte del Inspector de una infracción del contratista se derivará la presunción de que el empresario principal ha incumplido su deber de vigilancia (toda vez que éste tiene por objeto evitar los incumplimientos de la normativa prevencionista por parte de su contratista) debiendo probar el empresario principal para exonerarse de la responsabilidad solidaria que desplegó toda la diligencia razonablemente exigible en el cumplimiento de su deber¹¹⁶.

Al igual de lo que ocurría con la *culpa in vigilando* del empresario respecto a sus trabajadores, la determinación de lo que es razonablemente exigible en orden a evitar una concepción absoluta del deber de vigilancia recogido en el art. 24.3 LPRL, exigirá un análisis casuístico, de tal manera que habrá que estar a cada caso concreto¹¹⁷.

principal es una responsabilidad culposa por omisión en la vigilancia que tiene atribuida por ley”: PÁRAMO MONTERO, P., “Estudio sobre la...”, op. cit., pág. 231.

¹¹⁶ En contra, GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 146, para quien el deber de vigilancia es absoluto en cuanto a su intensidad, de forma que “el empresario principal queda obligado a evitar los incumplimientos de la normativa de seguridad laboral por parte del contratista. De este modo, si aquéllos se producen, el deber de vigilancia queda *de iure* vulnerado (...). De este modo, la única forma de zafarse de una imputación del incumplimiento del deber revigilancia, será creo, la demostración de la inexistencia de incumplimiento de las normas de seguridad por parte del contratista”

¹¹⁷ En la STSJ de Cantabria de 19 de octubre de 2001 (JUR 2002/39545) en la que se impone solidariamente la sanción administrativa al empresario principal en aplicación del art. 42.2 LPRL se rechaza el argumento de aquella relativa a la falta de culpabilidad en base a que “de los hechos descritos en el acta y del contenido de las infracciones imputadas, puede concluirse la existencia de tal culpabilidad dado el incumplimiento de la obligación de vigilancia que hubiera evitado incumplimientos tan evidentes como la ausencia de medidas individuales y colectivas de protección, máxime cuando en el momento de comprobación de los hechos se encontraba presente el encargado de la obra, perteneciente a la empresa recurrente”. En este sentido la STS de 11 de mayo de 2005 (RJ 2005/6026) en un supuesto de contrata de la propia actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de la empresa principal, deriva la responsabilidad solidaria de la empresa principal (en este caso, referida al recargo de prestaciones) en aplicación del art. 42.3 TRLISOS por incumplimiento del deber de vigilancia entendiendo que dicho deber no puede suponer que a la empresa comitente se le exija “un control máximo y continuado –que, ciertamente, podría hacer ineficaz esta modalidad productiva–, pero sí de un control efectivo, que no puede afirmarse se haya producido en el presente caso, visto que no consta que la empresa recurrente hubiera realizado inspección alguna de la actividad que la contratista realizaba en el municipio en donde ocurrieron los hechos”. El accidente de trabajo (caída desde altura) se produjo por no arristrar los apoyos “pese a que el trabajador accidentado y el resto de sus compañeros tenían órdenes precisas, y el material necesario para ello, de arristrar los apoyos tras su examen visual” y ello no solo por exigencia de la empresa contratista empleadora del accidentado sino también por exigencia de la empresa principal que, por otra parte, había entregado a la contratista el documento de información de riesgos y medidas preventivas que se debían adoptar. Por el contrario, la STSJ de Murcia de 11 de julio de 2005 rechaza (en un caso de contrata de la propia actividad que se desarrolla en el centro de trabajo de la empresa principal) la imposición de la responsabilidad solidaria (también respecto al recargo de prestaciones) a la empresa principal por incumplimientos de la empresa contratista en materia preventiva, porque aun cuando aquella tiene un deber de vigilancia, “éste no puede ser llevado hasta el extremo de imponerse sobre criterios de racionalidad, ya que el carácter expansivo de la materia de seguridad y salud en el trabajo, como consecuencia de la protección integral del trabajador, de todo trabajador y en cualquier momento (artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales) no puede ser llevado hasta cotas que exceden de lo que pudiera ser exigible por la más pura lógica;...”. En este caso, entiende la citada resolución, el accidente se produjo por incumplimiento de la contratista (empleadora laboral) “que no adoptó las medidas precisas y necesarias para que su trabajador utilizase de manera adecuada el cinturón de seguridad...”.

C. El principio de culpabilidad y la responsabilidad de las personas jurídicas.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho Penal en el que la responsabilidad de las personas jurídicas se ha negado tradicionalmente¹¹⁸ (*societas delinquere non potest*) sosteniendo su incapacidad de acción y de culpabilidad¹¹⁹, en el campo del Derecho Administrativo Sancionador se reconoce tanto en la normativa como en la práctica administrativa y judicial la capacidad de las personas jurídicas para ser sujetos responsables.

Así, aunque la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas implica para cierto sector de la doctrina la ruptura con el principio de culpabilidad puesto que estas personas, en cuanto no son personas físicas “son insusceptibles de una imputación como la de culpabilidad reservada por su propia naturaleza a los seres humanos”¹²⁰, en un plano normativo, el art. 2 TRLISOS reconoce como sujetos responsables a las personas jurídicas¹²¹ y a los operadores jurídicos (Administración sancionadora y Jurisdicción que conoce de los recursos) la exigencia de que el principio de culpabilidad informe su actuación no les supone ningún problema al sancionar a las empresas-personas jurídicas por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Como hemos visto en los apartados anteriores, la doctrina jurisprudencial y judicial reconocen la exigencia del elemento culpabilístico en este tipo de infracciones pero la doctrina acerca de la *culpa in vigilando* del empresario salva esta exigencia en lo que se refiere a que la empresa no responda automáticamente por el acaecimiento de un accidente en su centro de trabajo sino por un incumplimiento de la normativa preventiva en cuanto no ha desplegado la diligencia exigible consistente en vigilar que efectivamente se cumplen las medias de seguridad en su empresa. Por lo que se refiere

¹¹⁸ Tradicionalmente, porque la “visible erosión del principio *societas delinquere non potest* en el Derecho Penal español con la introducción en el Código penal de 1995 de las consecuencias accesorias del art. 129 para las personas jurídicas, la modificación del art. 31.2 CP por LO 15/2003 que establece la responsabilidad solidaria por el pago de las multas que corresponde al que actuó e su nombre y la propuesta de introducir esta responsabilidad penal en el Proyecto de 2007, obliga a plantear una serie de problemas en su aplicación”: ZUÑIGA RODRIGUEZ, L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, nº 115, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 75.

¹¹⁹ BACIGALUPO SAGESSE, S., “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2006”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, nº 115, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 203.

¹²⁰ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 440. Para este autor está fuera de duda que el principio de culpabilidad no opera en las infracciones cometidas por –e imputadas a– las personas jurídicas (op. cit., pág. 467) y señala que en los supuestos de responsabilidad administrativa de este tipo de personas se llega a la misma “no a través de la culpabilidad como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción” (op. cit., pág. 450). Se muestra de acuerdo con estas consideraciones GARCÍA MURCIA, J., op. cit., pág. 79. Para FERNÁNDEZ VALVERDE, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas “implica la ruptura con la exigencia del principio de culpabilidad, por cuanto este requisito subjetivo no puede estar presente en las personas jurídicas”: FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales. Principios rectores. Control jurisdiccional”, en *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, CGPJ, Madrid, 2004, pág. 110.

¹²¹ Por su parte, el art. 130.1 LRJAP prescribe que sólo “podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.

al incumplimiento de la empresa principal de su deber de vigilancia, fundamentando en dicho incumplimiento la imposición de la responsabilidad solidaria se salvaba el respeto al principio de personalidad de la sanción en cuanto se respondía por un hecho propio (incumplimiento del art.24.3 LPRL) y no por uno ajeno (incumplimiento del contratista).

Ahora bien, en estas resoluciones no planteaba problemas el imputar estos incumplimientos del deber de vigilancia a empresas-personas jurídicas porque, nótese, la imputación de estos incumplimientos se hace directamente a la propia empresa reconociéndose, de esta forma, una “responsabilidad directa o autónoma” de la persona jurídica sin que, por tanto, se haga necesario declarar previamente la responsabilidad individual de algún encargado o mando intermedio que actúe en nombre de la empresa y a partir de cuya conducta sea posible imputar a la empresa una “responsabilidad derivada o por reflejo”¹²².

Esta responsabilidad directa y propia de la empresa-persona jurídica queda claramente de manifiesto en resoluciones judiciales que, al confirmar sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, imputan el comportamiento imprudente a la empresa y obvian, por tanto, lo que se dijo anteriormente de que la culpabilidad es un concepto que requiere de una persona física. Así, la STS de 22 de abril de 1989¹²³ destaca que la responsabilidad derivaba en el supuesto de hecho del que conocía de una “*culpa in vigilando*, y hasta *in eligendo del productor descuidado*”¹²⁴ y la STS de 3 de noviembre de 2003¹²⁵ aprecia “*culpa en la conducta de la sociedad* con respecto a las conductas constitutivas de las infracciones por las que ha sido sancionada”¹²⁶.

Por otra parte, esta responsabilidad directa que no precisa la imputación de la conducta infractora a una concreta persona física para después trasladar la responsabilidad a la persona jurídica se adecúa a la definición de infracción del art. 5.2 TRLISOS y que vincula autoría con responsabilidad, sin que sea posible disociarlas, pues la responsabilidad no puede hacerse recaer sobre una persona que no ha cometido la infracción¹²⁷.

III. INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: CRITERIOS DE CALIFICACIÓN Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE SU TIPIFICACIÓN.

1. Criterios de calificación de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

¹²² Por esto, no es posible aplicar a estos supuestos, en orden a salvar la compatibilidad entre la responsabilidad de las personas jurídicas y el principio de culpabilidad, la doctrina constitucional sentada en la STC 246/1991, de 19 de diciembre de 1991, que para llevar a cabo dicha operación “traslada” el comportamiento imprudente de los trabajadores a la empresa-persona jurídica sancionada. No es posible porque, como vimos, cuando concurre este comportamiento imprudente del trabajador la empresa no es sancionada por el mismo sino por su propio incumplimiento del deber de vigilancia, sin que sea necesario imputar dicho incumplimiento a un encargado o mando intermedio.

¹²³ RJ 1989/2877.

¹²⁴ El subrayado es nuestro.

¹²⁵ RJ 2003/8893.

¹²⁶ El subrayado es nuestro.

¹²⁷ CORDERO SAAVEDRA, L., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Colex, Madrid, 2001, pág. 313.

Establece el art. 1.3 TRLISOS que las “infracciones se califican como leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, de conformidad con lo establecido en la presente Ley”.

El art. 40.2 CE encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar por la “seguridad e higiene en el trabajo” y el legislador en cumplimiento de esta mandato constitucional impone al empresario un deber de protección de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 14.1 LPRL). Este deber de protección se concreta en una serie de obligaciones fijadas por la normativa de prevención de riesgos laborales cuyo incumplimiento se tipifica en los tipos infractores recogidos los arts. 11, 12 y 13 TRLISOS.

El derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, del que es correlativo el deber de protección del empresario (art. 14.1 LPRL), constituye una derivación en el ámbito laboral de su derecho fundamental a la vida y a la integridad física reconocido en el art. 15 CE¹²⁸. Es lógico, pues, dada la entidad del bien jurídico en juego, la relevancia que el TRLISOS da al régimen sancionador en materia de prevención de riesgos laborales y que se traduce en una mayor severidad sancionadora que será analizada en la II Parte de este trabajo.

Los criterios tenidos en cuenta por el art. 13 TRLISOS para calificar ciertos incumplimientos empresariales como infracciones muy graves en materia de prevención han sido los siguientes.

1. Atendiendo a que los incumplimientos se refieran a normas preventivas que tratan de proteger a sujetos considerados especialmente sensibles y, por ello, necesitados de una especial atención por parte del empresario: es el caso de los tipos infractores recogidos en los apartados 1 (trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia) y 2 (menores).
2. En consideración al resultado efectivo de la conducta infractora, pues cuando de la misma se derive un riesgo grave e inminente nos encontraremos ante alguna de las infracciones recogidas en los apartados 3, 4, 6, 9 o 10.
3. Por producirse lo incumplimientos en actividades consideradas reglamentariamente como peligrosas o con riesgos especiales, por esperarse en estos supuestos, dada la mayor entidad de los riesgos a los que la actividad laboral somete a los trabajadores, una especial diligencia del empresario. Este criterio es tenido en cuenta para calificar la infracción como muy grave en los tipos recogidos en los apartados 7, 8, 15, 16 y 17.

¹²⁸ En este sentido señalan MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 50, al comentar el art. 4.2.d) ET, que el “derecho a la integridad física (que toda persona tiene: art. 15 CE, aunque enunciado en otro contexto) se conecta en materia laboral con el derecho a la seguridad e higiene, provisto también de específico fundamento constitucional (art. 40.2 CE)”.

4. Por vulnerarse el derecho fundamental a la intimidad del los trabajadores (art. 18.1 CE) al incumplirse el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud: infracción del apartado 5.
5. Al tratar los sujetos infractores de modificar el esquema de responsabilidades administrativas legalmente establecido en el TRLISOS: tipo infractor recogido en el apartado 14.

La delimitación de estos tipos infractores respecto a las infracciones leves resulta fácil en tanto en el catálogo del art. 11 TRLISOS se recogen, o bien incumplimientos de tipo formal, o bien incumplimientos de obligaciones materiales pero que carecen de trascendencia grave para la integridad física o salud de los trabajadores.

Respecto de las infracciones graves, es de destacar que alguna de las conductas calificadas como muy graves en el art. 13 TRLISOS se corresponden exactamente con las descritas como graves en apartados del art. 12 del propio texto sancionador, con la única diferencia de que en las infracciones de aquel precepto la conducta debe tener como resultado la aparición de “un riesgo grave e inminente” para la seguridad o salud de los trabajadores (apartados 4, 6, y 10 del art. 13 TRLISOS), o debe producirse en “actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales” (apartados 7, 8, 15, 16 y 17).

2. Evolución normativa en la tipificación de las infracciones muy graves en materia preventiva.

Aunque al analizar, en los capítulos siguientes, cada uno de los ilícitos administrativos muy graves en materia de prevención de riesgos laborales en los que puede incurrir el empresario, haremos referencia a la evolución normativa de los mismos, conviene ahora describir, para tener una visión general, el proceso normativo de tipificación de estas infracciones que, como veremos, nos muestra que el legislador se preocupa de que el desarrollo legal y reglamentario que las obligaciones preventivas tienen desde un punto de vista sustantivo vaya acompañado de la correspondiente tipificación de las conductas incumplidoras de las mismas.

Así, la tipificación de las infracciones muy graves en materia de seguridad y salud se ha producido de manera escalonada a través de los siguientes textos normativos.

1. La OGSHT, recogía en su art. 157.c) como única infracción muy grave¹²⁹, la de “no paralizar o suspender, a requerimiento de la Inspección de Trabajo, de forma inmediata, los trabajos o tareas que se realicen sin observar las normas sobre Higiene y Seguridad del Trabajo aplicables y que, a juicio de la Inspección, impliquen grave riesgo para los trabajadores que los ejercitan o para terceros”.
2. Posteriormente, la LISOS recogió en la Sección 2ª del Capítulo II y bajo la rúbrica general de “Infracciones laborales”, las infracciones “en materia de seguridad e higiene y salud laborales”. En el art. 11 del citado texto legislativo se tipificaron como infracciones muy graves en materia de seguridad e higiene, además de la ya prevista en la OGSHT (que pasó a enumerarse en el apartado 3

¹²⁹ Ya hemos comentado anteriormente la jurisprudencia que declaró inaplicable el régimen sancionador derivado del art. 156 OGSHT precisamente por no respetar el principio de tipicidad.

del citado artículo), la inobservancia de la normativa vigente relativa a la “protección de los periodos de embarazo y lactancia” (apartado 1), y la relativa “a trabajos prohibidos a los menores” (apartado 3). Junto a estas tipificaciones específicas recogió una cláusula general en su apartado 4, que calificaba como muy grave cualquier incumplimiento “de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales siempre que aquél cree un riesgo grave e inminente para la integridad física o salud de los trabajadores afectados”.

3. La LPRL sacó de la LISOS la enumeración de las infracciones administrativas en materia de seguridad y salud que pasaron a estar recogidas en el Capítulo VII de la ley prevencionista. El art. 48 LPRL vino a sustituir al art. 11 LISOS frente al que dobló el número de conductas infractoras. Junto a las ya recogidas en este último artículo –con alguna modificación en la redacción de los tipos que será señalada al analizarlos posteriormente–, tipificó como muy graves conductas que en la LISOS se recogían como infracciones graves cuando de las mismas se derivase un “riesgo grave e inminente”: es el caso de las infracciones recogidas en los apartados 4 –adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o se encuentren en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajos-¹³⁰ y 6 –superar los límites de exposición a agentes nocivos-¹³¹.

Además, la LPRL adicionó al listado de infracciones muy graves conductas empresariales no recogidas con anterioridad en la LISOS, como lógica consecuencia de la novedad de las obligaciones sustantivas cuyo incumplimiento se tipificaba: así, el art. 48.5 LPRL tipificó como infracción muy grave el incumplimiento del deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores y el apartado 7 del citado artículo recogió como infracción las acciones u omisiones empresariales que impidiesen a los trabajadores el ejercicio de su derecho de paralización de la actividad en los casos de riesgo grave e inminente.

4. Con la Ley 50/1998, de 30 de diciembre se produce una nueva ampliación del catálogo de infracciones muy graves, realizándose de nuevo la operación normativa de agravar la calificación de conductas ya tipificadas como graves. El criterio tenido en cuenta en esta ocasión para agravar el desvalor que merecen las conductas infractoras es el de que éstas se produzcan en “actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”. Así, se recoge en el nuevo apartado noveno del art. 48 LPRL, la infracción muy grave en materia preventiva por incumplimiento empresarial de las medidas de cooperación y coordinación recogidas en el art. 24.1 LPRL¹³² y en el nuevo apartado décimo la infracción del empresario titular del centro de trabajo por inobservancia de las medidas preventivas previstas en el art. 24.2 LPRL¹³³.

¹³⁰ Esta conducta infractora se recogía –con distinta redacción– en el art. 10.5 LISOS y posteriormente se tipificó como grave en el art. 47.7 LPRL. No obstante, la LPRL añadía en sus tipos infractores la conducta empresarial de dedicar a los trabajadores a la realización de tareas sin tener en cuenta sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud.

¹³¹ Tipificada como grave primero en el art. 10.9 LISOS y posteriormente en el art. 47.9 LPRL.

¹³² Ya tipificada como grave en la redacción original de la LPRL (art. 47.13).

¹³³ Ya tipificada como grave en la redacción original de la LPRL (art. 47.14). Junto con estas dos infracciones, la Ley 50/1998 introdujo otras dos (nuevos apartados 11 y 12) referidas a incumplimientos

5. El TRLISOS deroga la tipificación de conductas infractoras llevada a cabo por la LPRL y ubica las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales en la Sección 2ª de su Capítulo II (“Infracciones laborales”). Por lo que se refiere a las infracciones muy graves, el art. 13 TRLISOS se limita a reproducir las conductas infractoras ya descritas en el art. 48 LPRL pero modificando su orden de enumeración.
6. Una nueva ampliación en la tipificación de infracciones muy graves se produce con la Ley 54/2003, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Mediante este texto legislativo se añaden al listado del art.13 TRLISOS dos conductas infractoras. Por un lado, se adiciona un segundo párrafo al art. 13.8 TRLISOS, en el que se tipifica como conducta infractora el incumplimiento empresarial de la nueva obligación preventiva –introducida por la propia Ley 54/2003– del art. 32. bis LPRL –presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos–, cuando se de en “actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”. Por otro, se introduce en el listado un nuevo apartado (el decimocuarto) en el que se tipifica como infracción administrativa muy grave la “suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 de esta Ley”.
7. El último paso en este proceso tipificador se ha producido con la promulgación de la LSC, que, en su intento de combatir la alta siniestralidad propia del sector de la construcción, regula el fenómeno de la subcontratación, estableciendo, por lo que aquí interesa, unas garantías en materia preventiva consistentes en la necesidad de que las empresas intervinientes en las cadenas de contratas acrediten haber cumplido ciertas obligaciones preventivas –obligaciones de formación de sus recursos humanos y de establecimiento de una organización preventiva–, en el establecimiento de unos límites a la subcontratación y en la imposición a las empresas comitentes de un deber de vigilancia para que fiscalicen que sus subcontratas respetan las anteriores medidas. Para asegurar esta novedosa regulación preventiva en las obras de construcción, la Ley introduce las oportunas modificaciones en el TRLISOS, estableciendo la adecuada tipificación de las infracciones administrativas que pueden derivarse de la deficiente aplicación de estas garantías. Por lo que se refiere a las infracciones muy graves, introduce tres nuevos apartados en el art. 13 TRLISOS, en los que se recogen las diferentes conductas infractoras que pueden cometer, en el ámbito de aplicación de la LSC, los subcontratistas (apartado 15), los contratistas (apartado 16) y el promotor (apartado 17).

de los servicios de prevención ajenos y entidades que actúan como formadoras y auditoras en materia de prevención de riesgos laborales.

CAPÍTULO II: INFRACCIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS GRUPOS ESPECIALES DE RIESGO.

I. INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS DURANTE LOS PERIODOS DE EMBARAZO Y LACTANCIA.

1. Introducción.

El apartado primero del art. 13 TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la conducta empresarial consistente en no observar “las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia”.

Esta infracción aparecía recogida en el art. 48.1 LPRL, que vino a derogar el art. 11.1 LISOS, que tipificaba como infracción muy grave en materia de seguridad, higiene y salud laborales la inobservancia empresarial “de la normativa vigente relativa a la protección de los periodos de embarazo y lactancia”. Como vemos, este último tipo infractor presentaba un supuesto de hecho más amplio al no remitirse específicamente a la normativa en materia de seguridad y salud laboral, por lo que podía entenderse que eran encuadrables en el mismo los incumplimientos empresariales de las normas estatutarias acerca del permiso por lactancia y suspensión del contrato por maternidad. En nuestra opinión, y como veremos posteriormente, la redacción del art. 13.1 TRLISOS no permite subsumir en este tipo infractor los incumplimientos empresariales que no se refieran a normas que específicamente prevean medidas de seguridad y salud tendentes a evitar los riesgos laborales que afectan a las mujeres trabajadoras durante su embarazo o puerperio.

El art. 13.1 TRLISOS no acude a la hora de tipificar la conducta empresarial sancionable a la técnica reduplicativa, esto es, no reproduce los mandatos o prohibiciones que en materia de protección de la maternidad contienen las normas sustantivas, sino que se remite a dichas normas para advertirnos que su incumplimiento empresarial es constitutivo de infracción muy grave. En el ámbito sustantivo, la LPRL contiene un precepto (el art. 26) en el que se regula la protección de la seguridad y salud de las mujeres embarazadas o lactantes y en el que se contienen medidas preventivas específicas por lo que la remisión del tipo infractor hay que entenderla hecha fundamentalmente a esta concreta norma primaria.

A través de este art. 26 LPRL se transpone al Derecho español la Directiva 92/85/CEE, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Ha sido precisamente la defectuosa transposición de la norma comunitaria la que ha motivado que la redacción de este precepto prevencionista se haya modificado sucesivamente por la LCVFL y por la LOI.

Obviamente, el análisis del art. 13.1 TRLISOS exige el estudio de esta citada normativa comunitaria e interna, tras el cual habremos de concretar qué incumplimientos empresariales son encuadrables en este tipo infractor.

2. La protección de la maternidad en el derecho comunitario.

Como ha destacado la doctrina¹, la protección de la maternidad en el ambiente laboral es un rasgo común a los distintos ordenamientos laborales de nuestro entorno socioeconómico gracias, en gran medida, a la actividad impulsora de organismos internacionales, tales como la OIT², ONU y la Unión Europea.

¹ Por todos, BENAVENTE TORRES, I., “La tutela de la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia”, en *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005, pág. 135.

² La protección de la seguridad y salud de la mujer trabajadora ha sido objeto de regulación por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde que este organismo internacional especializado en materia laboral y actualmente vinculado a la Organización de Naciones Unidas (ONU) fue creada por el Tratado de Versalles en 1919.

La actuación de la OIT en esta materia a través de la aprobación de Convenios y Recomendaciones ha evolucionado desde una protección de la integridad psicofísica de la mujer trabajadora genéricamente considerada y basada en prohibiciones de trabajar hasta una regulación que tendrá en cuenta a la hora de salvaguardar la salud de la mujer en el trabajo el hecho biológico de su maternidad.

La protección de la maternidad se ha llevado a cabo a través de los siguientes Convenios y Recomendaciones:

1. El Convenio Núm. 3, de 1919, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Este Convenio es aplicable a las mujeres empleadas en industrias y comercios y establece el derecho a un descanso por maternidad de como mínimo doce semanas, debiendo descansar la mujer obligatoriamente como mínimo seis semanas posteriores al parto. Igualmente se reconoce un permiso de lactancia consistente en dos descansos de media hora durante la jornada laboral.
2. El Convenio Núm. 4, de 1919, sobre trabajo nocturno de las mujeres, que en la actualidad debe completarse con el Protocolo al Convenio Núm. 89, Convenio Núm. 171 y la Recomendación Núm. 178. A tenor de estos textos, “los países pueden optar entre mantener la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres, con importantes dosis de flexibilidad, o establecer condiciones de seguridad e higiene en el trabajo nocturno aplicables a ambos sexos, a salvo la maternidad, pues, durante el embarazo, deberá ofrecerse a la trabajadora una alternativa al trabajo nocturno, pudiendo incluir la asignación a un trabajo diurno, el suministro de prestaciones de seguridad social o la prórroga de la licencia de maternidad” (LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en periodo de lactancia”, *AL*, n° 38, 1998, pág. 705).
3. Destacan una serie de Convenios y Recomendaciones que, sin atender a su estado biológico, proporcionan una protección a la mujer trabajadora basada en prohibiciones de trabajar en actividades o con productos o sustancias peligrosos: así, la Recomendación Núm. 4, de 1919, sobre protección contra el saturnismo, recomienda prohibir el trabajo de las mujeres en actividades con minerales de zinc o plomo; el Convenio Núm. 13, de 1921, relativo al empleo de la cerusa en la pintura, prohíbe a las mujeres el trabajo con esta sustancia; el Convenio Núm. 45, de 1935, prohíbe a las mujeres los trabajos subterráneos de todo tipo de minas.
4. Con posterioridad aparecerán Convenios y Recomendaciones que a la hora de establecer la protección de la seguridad y salud de la mujer, referirán ésta únicamente a la situación de la maternidad: la Recomendación Núm. 128, de 1967, prohíbe a la mujer durante su embarazo y durante las diez semanas posteriores al parto el transporte manual de carga si un certificado médico acredita que dicho trabajo puede comprometer la salud de la trabajadora o de su hijo; el Convenio Núm. 136, de 1971, prohíbe a la trabajadora embarazada o lactante la realización de trabajos que impliquen la exposición al benceno; la Recomendación Núm. 157, de 1977, sobre condiciones de trabajo del personal de enfermería, establece como medida de prevención la de cambiar de puesto de trabajo (sin pérdida de derechos) a la mujer embarazada o madre con hijos de cierta edad cuya ocupación pueda ser perjudicial para su salud o la de sus hijos; igual protección (reconocimiento del derecho a un trabajo alternativo) establece la Recomendación Núm. 177, de 1990, en la que igualmente se recomienda prohibir el trabajo con productos químicos a la mujer embarazada.

Por último, destacaremos la Recomendación Núm. 95, de 1952, sobre protección de la maternidad, ya que establece por primera vez una protección basada no únicamente en las

Respecto a esta última, destaca la Directiva 92/85/CEE, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que constituye la Décima Directiva Específica que el Consejo Europeo aprueba en cumplimiento del mandato del art.16 de la Directiva Marco (Directiva 89/391/CEE, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo) .

La aprobación de la Directiva 92/85/CEE responde a la necesidad de que los Estados miembros establezcan medidas específicas de protección de los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles (art. 15 Directiva Marco), pues tal y como se destaca en la Exposición de Motivos de la Directiva 92/85/CEE, “la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, debe considerarse por muchos motivos un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles”, lo que justifica que sea exigible la adopción de medidas específicas de protección de su seguridad y salud.

Las medidas previstas en la norma comunitaria se pueden encuadrar en tres grupos: medidas específicas de protección de la seguridad y salud en el trabajo, medidas no específicamente preventivas sino de tutela “genérica de la mujer embarazada”³ y medidas que constituyen una garantía del ejercicio por parte de la mujer trabajadora de sus derechos de protección de su seguridad y salud.

Antes de analizar brevemente estas medidas es preciso hacer una mención al ámbito subjetivo de la Directiva 92/85/CEE: cuando, a efectos de establecer el ámbito de

prohibiciones sino también en medidas concretas de prevención que persiguen la adecuación del trabajo a la condición biológica de la mujer de forma que no suponga un riesgo para su salud. De esta forma, junto al establecimiento de una serie de prohibiciones (se prohíbe a las mujeres embarazadas o lactantes el trabajo nocturno, la realización de horas extraordinarias, o el trabajo en actividades consideradas por la autoridad competente como peligrosas), se arbitran una serie de medidas específicas de protección (como el establecimiento de periodos adecuados de descanso o el derecho de la mujer embarazada o lactante a ser transferida a otro puesto de trabajo –sin reducción salarial–) para cuando la trabajadora viniese realizando un trabajo declarado por la autoridad competente como peligroso para su salud. También se recoge en esta recomendación el derecho de la trabajadora al cambio de puesto de trabajo cuando, a pesar de no desempeñar un trabajo considerado peligroso por la autoridad competente, se acredita mediante certificado médico que dicho cambio es necesario para proteger la salud de la trabajadora y de su hijo.

Ahora bien, se debe resaltar que cuando nos encontramos ante Recomendaciones, los países miembros de la OIT no vienen obligados a la adopción de las medidas de protección formuladas en las mismas, pues éstas no pasan de ser meras propuestas que, como tales, carecen de fuerza vinculante. Imputa la doctrina a esta regulación de la OIT, que centra su atención “en el establecimiento de permisos y licencias por maternidad y lactancia, dejando en un segundo término la protección de la mujer embarazada y lactante durante la prestación de trabajo” el que diversas legislaciones nacionales y entre ellas la española, no hayan recogido hasta fechas muy recientes “cuestiones tan importantes como la adecuación del trabajo a la situación especial en que se encuentra la mujer embarazada o lactante, ni su cambio de puesto de trabajo en aquellos casos en que dicha adecuación no sea posible” (MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., *Maternidad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 18-19).

Por último, señalar la trascendencia que la normativa de la OIT en materia de seguridad y salud (por tanto, también en lo referente a la protección de la maternidad) ha tenido sobre la actuación de la Unión Europea en este ámbito. El profesor FERNÁNDEZ MARCOS señala que la actuación legislativa de la Unión Europea “no nos debe hacer olvidar el papel pionero y más amplio de la OIT, cuya labor ha inspirado e inspira la actividad normativa comunitaria en este ámbito específico de la Seguridad e Higiene en el Trabajo”: FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Reflexiones sobre la anunciada Ley de Seguridad e Higiene desde las normas de la OIT y C.E.E”, *AL*, n° 1, 1991, pág. 11.

³ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 176.

aplicación de las medidas de seguridad e higiene previstas en su articulado, el art.2 de la Directiva define lo que ha de entenderse por trabajadora embarazada, trabajadora que ha dado a luz y trabajadora en periodo de lactancia, lo hace añadiendo al hecho biológico la necesidad de haber cumplido un requisito formal: la comunicación por parte de la trabajadora al empresario de su estado.

A. Medidas específicas de protección de la seguridad y salud.

A la hora de establecer las medidas de protección a cuya adopción viene obligado el empresario, la Directiva 92/85/CEE distingue según la actividad laboral desempeñada por la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia pueda suponer un riesgo de exposición a los agentes, procedimientos, o condiciones de trabajo no enumerados exhaustivamente en el Anexo I de la propia Directiva o suponga un riesgo de exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II.

En el primer supuesto el empresario vendrá obligado a realizar una evaluación cuya finalidad será determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras a dichos agentes, procedimientos y condiciones para poder apreciar cualquier riesgo y determinar las medidas preventivas a adoptar (art. 4.1).

En el apartado segundo del art. 4 se establece la obligación empresarial de comunicar a las trabajadoras y/o a sus representantes los resultados de la evaluación y las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo.

Las posibles medidas a adoptar aparecen en el art. 5 que prevé que en el supuesto de que la evaluación revelase un riesgo para la seguridad y salud o la posibilidad de alguna repercusión en el embarazo o la lactancia, el empresario deberá llevar a cabo una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo (art. 5.1). Si la adaptación “no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados”, el empresario cambiará a la trabajadora de puesto de trabajo (art. 5.2).

En el supuesto de que la movilidad de la trabajadora tampoco resultase posible (técnica y/u objetivamente) o, siendo posible, no pudiera exigirse razonablemente al empresario la adopción de dicha medida preventiva, el apartado tercero del art. 5 establece como “medida subsidiaria de segundo grado”⁴ la dispensa de trabajo durante el periodo necesario para la protección de la seguridad de la trabajadora.

Para el segundo supuesto (exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II.), el art. 6 de la Directiva introduce una medida específica de protección consistente en la prohibición de realización de ciertos trabajos. La trabajadora embarazada no podrá realizar actividades laborales que supongan un riesgo de exposición a los agentes y condiciones de trabajo que aparecen enumerados en la sección A del Anexo II de la Directiva (art. 6.1). También se prohíbe a las trabajadoras en periodo de lactancia la realización de actividades que supongan riesgo de exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, Sección B (art. 6.2).

Por tanto, si la evaluación de riesgos revelase que la actividad laboral desempeñada por la mujer embarazada o lactante supone un riesgo de exposición a los agentes y condiciones de trabajo que aparecen recogidos en la Sección A (en el caso de la mujer embarazada) y B (en el caso de una trabajadora durante el periodo de lactancia) del

⁴ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit., pág. 28.

Anexo II de la Directiva, no será necesaria la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición para detectar los riesgos y adoptar medidas sino que operará directamente la medida recogida en el art. 6: prohibición de realizar dichas actividades⁵.

Como vemos, el art. 6 pretende reforzar la protección de la mujer embarazada o lactante en estos casos a través de dos medidas:

1. Presunción de que existe riesgo para la seguridad y salud de la mujer en el caso de que exista la posibilidad de exposición a dichos agentes y condiciones sin que sea necesario evaluar la naturaleza, el grado y la duración de dicha exposición (como por el contrario sí exige el art. 4.1).
2. Prohibición de realizar la actividad laboral, lo que a nuestro parecer implica la imposibilidad de evitar el riesgo adoptando la primera medida específica de prevención recogida en el art. 5 (adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo). Esto es, en los supuestos recogidos en el art. 6 únicamente se podrán llevar a cabo como medidas preventivas el cambio de puesto de trabajo o la dispensa del mismo.

Por último, destacar que la Directiva lleva a cabo una regulación específica del trabajo nocturno de las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en periodo de lactancia. Esta regulación específica prevista en el art. 7 de la Directiva prevé la prohibición del trabajo nocturno cuando exista un certificado médico que acredite la necesidad de dicha medida para preservar la seguridad y salud de la trabajadora afectada (art. 7.1). En este supuesto, el apartado segundo del art. 7 regula las medidas preventivas a adoptar: traslado a un trabajo diurno o en el caso de que “dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados” se procederá a una dispensa de trabajo o a una prolongación del permiso de maternidad.

B. Protección genérica de la maternidad.

Junto con las medidas específicamente preventivas que se acaban de analizar, la Directiva 92/85 recoge otras que tienden a proteger la maternidad de una manera genérica. Por una parte se establece la obligatoriedad de los Estados miembros de fijar un permiso de maternidad de una duración mínima de catorce semanas ininterrumpidas (art. 8.1), siendo obligatorio el disfrute de cómo mínimo dos semanas distribuidas antes y/o después del parto (art. 8.2).

Se establece asimismo el derecho de las trabajadoras al disfrute de un permiso sin pérdida de remuneración para la realización de exámenes prenatales (art. 9).

⁵ En este sentido, PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., quienes destacan que no es aventurado concluir que la concurrencia de alguno de los factores o agentes recogidos en el Anexo II suponen la prohibición radical de exposición, mientras las sustancias y agentes relacionados en el Anexo I requieren de una evaluación para determinar si existe riesgo, por lo que caben exposiciones de intensidad leve (PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 17).

C. Medidas garantizadoras del ejercicio de los derechos.

Por último, la Directiva establece unas medidas tendentes a garantizar que la trabajadora podrá ejercitar efectivamente los derechos reconocidos en el articulado de la norma comunitaria para lo cual prohíbe el despido de la mujer trabajadora “durante el periodo comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad” salvo “en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo” (art. 10.1). Junto con la prohibición del despido, el art. 10 establece como segunda garantía, el reconocimiento a favor de la trabajadora del mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada (junto con el respeto de los derechos inherentes al contrato de trabajo) para los supuestos en que la adopción de medidas específicas de prevención supongan la no ejecución de prestación laboral (dispensa de trabajo del art. 5; prohibición de trabajar del art. 6; prolongación del permiso de maternidad del art. 7) y para el periodo que dure el permiso de maternidad.

3. La protección de la maternidad en la LPRL.

A. La prevención de riesgos laborales y la protección de la mujer trabajadora.

Tal y como destaca el profesor MONTROYA⁶, son dos los factores que determinan la intervención del Derecho del Trabajo en el trabajo femenino: las discriminaciones que tradicionalmente ha sufrido la mujer trabajadora y la repercusión que sobre el trabajo tiene la condición de mujer.

Desde la perspectiva de la salud laboral es el segundo factor antes mencionado el que motiva la intervención de este sector del Derecho del Trabajo que es la Seguridad y Salud en las relaciones laborales de la mujer, produciéndose la paradoja de que en un primer momento histórico dicha intervención se limitó a establecer prohibiciones de trabajo a las mujeres, prohibiciones que posteriormente se han entendido discriminatorias.

Si la primera legislación social se produce como respuesta por parte de los Estados a las condiciones injustas de trabajo que trajo consigo la Revolución Industrial, debemos destacar que el contenido de estas primeras normas laborales venía referido a la consecución de unas condiciones de trabajo más seguras e higiénicas y que los primeros trabajadores afectados por las mismas fueron aquellos que constituían las denominadas “fuerzas medias” (mujeres y menores)⁷.

Concretamente, la regulación del trabajo femenino, desde una perspectiva prevencionista, ha evolucionado desde una normativa que, como se dijo anteriormente, se limitaba a fijar prohibiciones de trabajo a las mujeres, hasta una normativa que, partiendo del hecho de que la mujer en situación de embarazo, parto o lactancia es una trabajadora especialmente sensible a ciertos riesgos, impone al empresario la obligación de adoptar una serie de medidas específicas para la protección de su seguridad y salud. De esta forma, en materia de seguridad e higiene, “se ha evolucionado de la protección

⁶ MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 520.

⁷ Por todos, GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. J., *Seguridad e Higiene en el Trabajo: formación histórica y fundamentos*, CES, Madrid, 1997, pág. 38.

de la mujer a la protección de la maternidad”⁸. Analizaremos a continuación dicha evolución.

B. La protección de la mujer trabajadora con anterioridad a la LPRL.

A continuación analizaremos brevemente la evolución de nuestro ordenamiento social en cuanto a la protección de la mujer trabajadora se refiere⁹.

El carácter tuitivo y filantrópico de la primera legislación social supone que los destinatarios de esta incipiente normativa no sean los trabajadores genéricamente considerados sino aquellos que se entiende que están especialmente desprotegidos: (mujeres, niños, inválidos...) ¹⁰, siendo a finales del siglo XIX y principios del XX cuando se dicten estas primeras normas protectoras. Así, la Ley de 24 de julio de 1873 ¹¹ estableció limitaciones de jornada, prohibiendo “trabajar más de cinco horas al día a las niñas menores de catorce años, y más de ocho horas a las de catorce a diecisiete” ¹². Respecto a estas primeras disposiciones, que establecían una limitación de la jornada, debemos destacar que su finalidad era la de proteger la salud (a diferencia de las actuales que pueden perseguir, además de ésta, otras finalidades: reparto del empleo, organización del trabajo ¹³) en un momento histórico en el que “las jornadas se incrementaron hasta límites increíbles” ¹⁴, con el consiguiente perjuicio en la integridad psicofísica de los trabajadores.

Posteriormente, el Reglamento de Policía Minera de 1897 prohibió el trabajo de las mujeres en el interior de la minas.

La primera normativa del siglo XX se va a caracterizar por iniciar una vía activa de protección de la salud de la mujer trabajadora, conforme a la cual, aquélla no se conseguirá únicamente mediante el establecimiento de prohibiciones sino también mediante el reconocimiento de unos derechos específicos “que se van a perfeccionar y mantener hasta nuestros días” ¹⁵.

En efecto, la Ley de 13 de marzo de 1900 y su Reglamento de 13 de noviembre, que regulan las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, además de establecer una serie de limitaciones de jornada y prohibiciones de trabajo, tendrán en cuenta el hecho biológico de la maternidad y reconocerán el derecho de la mujer trabajadora a un descanso de tres semanas posteriores al parto y a interrumpir su jornada diaria una hora durante el periodo de lactancia.

Posteriormente esta Ley de 1900 fue reformada por la Ley de 8 de enero de 1907 que amplió a cuatro (o a seis, en el supuesto de que una certificación facultativa acreditara que la reincorporación al trabajo podría suponer un perjuicio para la salud de la trabajadora) las semanas de descanso posparto.

⁸ LOUSADA AROCHENA, J. F., *La protección de...*, op. cit., pág. 704.

⁹ Un análisis más detallado de esta evolución en SUÁREZ GONZÁLEZ, I., *Menores y Mujeres ante el contrato de trabajo*, CEC, Madrid, 1967; MONTOYA MELGAR, A., “Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales”, AS, n° 13, 2000, págs. 63 y ss.

¹⁰ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 70.

¹¹ Conocida como Ley Benot.

¹² MONTOYA MELGAR, A., “Trabajo de la...”, op. cit., pág. 66.

¹³ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. J., op. cit., pág. 67.

¹⁴ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 66.

¹⁵ MONTOYA MELGAR, A., “Trabajo de la...”, op. cit., pág. 66.

Siguiendo con la “vía negativa”, el Real Decreto de 25 de enero de 1908 estableció la prohibición para las mujeres menores de edad de trabajar en una larga serie de industrias y la Ley de 27 de febrero de 1912, conocida como “Ley de la silla”, impone al empresario, basándose en razones de salud, la obligación de facilitar asiento a las mujeres trabajadoras, obligación que más tarde se recogió en el art. 169 de la Ley de contrato de Trabajo de 1944.

El trabajo nocturno de la mujer en talleres y fábricas se prohibió por la Ley de 11 de julio de 1912. También contrarios al trabajo nocturno de la mujer fueron el Real Decreto-Ley de 15 de agosto de 1927 y el Fuero del Trabajo de 1938 que encargaban al Estado la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres.

Finalmente, debemos destacar el Decreto de 26 de julio de 1957 que aprobaba el Reglamento de trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres. La STC 229/1992 declaró inconstitucional esta norma (por lo que se refiere al trabajo de mujeres) por vulneración del principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución española (CE) al entender que estas prohibiciones de acceso al trabajo son discriminatorias en tanto no se basen en razones de embarazo o maternidad ya que suponen “refrendar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos, pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo”.

Como culminación de la evolución histórica que, respecto a la protección de la seguridad y salud de la mujer, se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico laboral, la LPRL deroga expresamente el Decreto de 1957 en su disposición derogatoria única y establece en su art. 26 una serie de obligaciones empresariales específicas referidas a la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo, parto reciente y lactancia, cuyo incumplimiento empresarial es constitutivo de la infracción del art. 13.1 TRLISOS.

C. La protección de la maternidad en la LPRL.

a. Ámbito subjetivo del art. 26 LPRL.

i. La comunicación de la mujer trabajadora a la empresa de su estado.

Tal y como se destacó anteriormente, la protección genérica de la mujer trabajadora ha sido desterrada de nuestro ordenamiento jurídico laboral que en la actualidad limita su ámbito de protección a la situación de maternidad. Así, las medidas preventivas reguladas en el art. 26 LPRL serán de aplicación a las trabajadoras embarazadas, de parto reciente o en periodo de lactancia.

La situación biológica de la maternidad hace a la mujer trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados de la prestación laboral, por lo que se puede afirmar que las medidas específicas de protección reguladas en el art. 26 LPRL suponen la concreción a la situación de maternidad de lo previsto con carácter general en el art. 25.1 LPRL que impone al empresario la obligación de proteger de manera específica a

los trabajadores que por sus propias características personales o su estado biológico sean especialmente sensibles a los riesgos laborales¹⁶.

El art. 26 LPRL, a diferencia de la norma comunitaria, no define los tres supuestos que constituyen su ámbito subjetivo de aplicación (trabajadoras embarazada, trabajadoras que hayan dado a luz y trabajadoras en periodo de lactancia), lo que ha sido considerado por la doctrina como una mejora de la legislación española en tanto ésta resulta más beneficiosa para la mujer trabajadora ya que “no se hace depender la adopción de medidas de prevención de riesgos laborales de un requisito formal como es la comunicación al empresario de la situación de embarazo, parto reciente o lactancia”¹⁷. En este sentido se pronunció la STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000 al entender que, al omitir la legislación española las definiciones de la norma comunitaria relativas a la mujer embarazada o en periodo de lactancia, “se ha de entender que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora respecto a la Directiva 92/85/CE”¹⁸. Consecuencia de lo anterior es que el empresario vendrá obligado a cumplir las obligaciones preventivas del art. 26 desde el momento en que por cualquier medio (notoriedad del embarazo, transmisión de la información por parte de terceros,...) tenga conocimiento de que una de sus trabajadoras se encuentra en alguna de las citadas situaciones, con independencia de que la trabajadora le haya o no comunicado su estado biológico. Ahora bien, tal y como destaca la resolución judicial citada, a falta de comunicación y en caso de desconocimiento real por parte de la empresa acerca del estado de la trabajadora no podrá exigirse “responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar”¹⁹.

Lo que cabría ahora plantearse es si sería posible entender que, independientemente de que el surgimiento de la obligación empresarial de protección de la maternidad no se haga depender de la previa comunicación de la trabajadora de su estado, ésta tiene el deber de comunicar aquél al empresario. La respuesta afirmativa a la cuestión que se acaba de plantear implicaría que la falta de dicha comunicación sería constitutiva de un incumplimiento laboral sancionable por parte del empresario en ejercicio de su poder disciplinario²⁰.

Como acabamos de ver, el art. 26 LPRL no impone explícitamente a la trabajadora el deber de comunicación, pero determinado sector doctrinal²¹ entiende que esta

¹⁶ PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., op. cit., pág. 11; CARDONA RUBERT, M.B., *Protección de la Trabajadora Embarazada: Tutela Preventiva y Tutela Antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 25.

¹⁷ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit., pág. 40.

¹⁸ Esta interpretación judicial ha sido avalada jurisprudencialmente al entender el TS, en dos sentencias de 19 de julio de 2006 (RJ 2006/6653 y RJ 2006/8040), que la no exigencia de comunicación supone que la legislación española es más favorable que la normativa comunitaria pues el deber de comunicación de la trabajadora se configura en la Directiva 92/85 como “una garantía reforzada del conocimiento del embarazo por parte del empresario”.

¹⁹ En sede de despidos, las citadas sentencias del TS de 19 de julio de 2006 han fijado el criterio de que la declaración de nulidad del despido disciplinario de la mujer embarazada conforme al art. 55.5.b) ET exige el conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo.

²⁰ Poder que en el ámbito preventivo le viene reconocido en el art. 29.3 LPRL.

²¹ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit., pág. 41; PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P., “La protección de la maternidad y la relación laboral: Seguridad, Salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria”, AS, n° 15, 1998, pág. 812; PANIZO ROBLES, J.A., “La Ley sobre

obligación existe en virtud de las obligaciones que el art. 29 LPRL²² prevé para los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales.

Nos parece más adecuado sin embargo el criterio seguido por la citada STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000 que, tras establecer que el embarazo “permanece en el ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora (art. 18.1 Constitución)...”, entiende que la obligación genérica de los trabajadores establecida en el art. 29.2.6º LPRL “no puede interpretarse en el sentido de que incluya la exigencia de que la mujer trabajadora informe al empresario de su estado de gestación...”. De lo anterior se deriva que no existiendo este deber, “no puede hablarse tampoco de un incumplimiento sancionable conforme al art. 29.3 de la citada Ley, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe de la trabajadora”.

Es de destacar que los presupuestos sobre los que fundamenta su decisión esta resolución judicial han sido validados por el TS en sus sentencias de 19 de julio de 2006²³, donde se resalta que “nuestro ordenamiento jurídico no exige la «comunicación al empresario» del estado del embarazo” y por el TC que ha justificado esta no exigencia con el argumento de que el embarazo pertenece “al ámbito de la intimidad de la mujer trabajadora” (STC 17/2003, de 30 de enero).

ii. *Concepto de trabajadora en situación de parto reciente y trabajadora en periodo de lactancia.*

Por lo que se refiere a la protección de la trabajadora en periodo de lactancia es de señalar que la LOI modificó la redacción del art. 26.4 LPRL en orden a precisar que las medidas preventivas en él contenidas son de aplicación a lactancia natural²⁴.

Podemos entender, no obstante, que la madre que acude a la lactancia artificial y se ve afectada por riesgos laborales está protegida por lo previsto en el apartado primero del art. 26 LPRL, en tanto es encuadrable en el concepto de trabajadora “de parto reciente”.

Es de destacar que, respecto al ámbito subjetivo de protección, el art. 26 ha transpuesto de manera incompleta y defectuosa lo prescrito por la Directiva 92/85/CEE. En la referida Directiva son tres los grupos protegidos (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia) por las medidas preventivas reguladas en el art. 5.: adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo, cambio de puesto de trabajo y dispensa de trabajo.

conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 201, 1999, pág. 72.

²² El art. 29.2.4º LPRL obliga a los trabajadores a “informar de inmediato a su superior jerárquico directo y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al Servicio de Prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores” y el art. 29.2.6º LPRL establece que los trabajadores deberán “cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores”.

²³ RJ 2006/6653 y RJ 2006/8040.

²⁴ Con anterioridad a esta reforma normativa, la doctrina ya había interpretado que se debía excluir la lactancia artificial del ámbito de protección del art. 26.4 LPRL pues “ningún riesgo puede derivarse para la salud del recién nacido, más que la que puede provenir del posible contagio por parte de su progenitor”: PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P., op. cit., pág. 827. También SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El Riesgo durante el Embarazo: Régimen Laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 51, había entendido que estamos “ante un derecho personalísimo de la mujer que amamanta al hijo”.

Por lo que se refiere a la LPRL, debe entenderse que, respecto a la mujer embarazada y tras la modificación de la redacción del art. 26 LPRL introducida por la LCVFL, sí se ha transpuesto correctamente la Directiva y, por tanto, serán de aplicación las tres medidas preventivas antes mencionadas. Igual consideración procede hacer respecto a la protección de la trabajadora en periodo de lactancia natural tras la reforma operada por la LOI²⁵.

Sin embargo, la trabajadora de parto reciente sólo es objeto de regulación en el apartado primero del art. 26 LPRL (que prevé la medida preventiva de adaptación de las condiciones de trabajo), por lo que no le son de aplicación las medidas recogidas en los apartados segundo y tercero (movilidad funcional y suspensión del contrato de trabajo), a diferencia de lo que ocurre en la normativa comunitaria.

b. Evaluación de riesgos.

i. *Momento de realización de la evaluación de riesgos.*

El art. 26 LPRL articula el sistema de protección de la maternidad partiendo de la obligación empresarial de evaluación de riesgos.

La evaluación de riesgos aparece definida en el art. 3 RSP como el “proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse”²⁶.

La evaluación de riesgos permitirá al empresario identificar los riesgos existentes en su empresa para la seguridad y salud de la mujer embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia y en el caso de que los resultados de la evaluación demuestren la existencia de riesgos, es el propio art. 26 LPRL el que establece en sus distintos apartados las medidas preventivas a adoptar.

Cuando el art. 26 establece la obligación empresarial de evaluación de riesgos se remite al art. 16 LPRL que regula con carácter genérico esta obligación y que ha sido desarrollado por el Capítulo II del RSP.

De esta normativa se desprende que la evaluación de riesgos tendrá dos fases²⁷. En primer lugar se llevará a cabo una evaluación inicial durante la cual ya se deberá tener en cuenta la posibilidad de que los diferentes puestos de trabajo sean ocupados por mujeres embarazadas, de parto reciente o en periodo de lactancia y que habrá de determinar los riesgos que existen en la empresa y que pueden afectar específicamente a

²⁵ Con anterioridad a esta reforma, debía entenderse que a la trabajadora en periodo de lactancia, únicamente le eran aplicables las dos primeras medidas (debido a la remisión que hacía el art. 26.4 LPRL), sin que fuese posible dispensarla de su trabajo como medida de protección de su seguridad o salud.

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 158, critican que esta “definición reglamentaria no contiene todos los elementos integradores o definitorios de la evaluación de riesgos” y que “se preocupa más de poner de relieve *para qué* es la evaluación de riesgos que de indicar *qué es*”.

²⁷ PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., op. cit., pág. 52.

dichas mujeres. Por tanto, junto a la evaluación inicial genérica y de carácter objetivo se realizará otra de carácter específico²⁸ tendente a evaluar los riesgos para la seguridad y salud de las mujeres embarazadas. Esta obligación aparece recogida en el art. 4.1.b) RSP²⁹ que establece que la evaluación inicial deberá tener en cuenta la posibilidad de que el trabajador que ocupe o vaya a ocupar los distintos puestos de trabajo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de las condiciones de trabajo y se impone al empresario con independencia de que los puestos de trabajo los estén ocupando en ese momento trabajadoras efectivamente embarazadas o no³⁰, por lo que nos encontramos ante una obligación empresarial de prevención frente a los riesgos que pueden afectar a la maternidad que opera con independencia del conocimiento por parte del empresario de la situación biológica de las trabajadoras y que le es exigible aun cuando en la empresa no estén trabajando mujeres embarazadas, de parto reciente o en periodo de lactancia³¹. Entendemos que esta obligación de evaluación inicial no formaría parte de la obligación empresarial de evaluación prevista en el art. 26 LPRL, pues las obligaciones del citado artículo se constituyen como medidas de protección específicas que exigen en todo caso que la trabajadora se encuentre en alguna de las situaciones recogidas en el precepto.

En segundo lugar, la empresa viene obligada a, tras la evaluación inicial, volver a evaluar los puestos de trabajo que se vean afectados por la “incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto” (art. 4.2.c) RSP³²). La evaluación prevista en el art. 26 LPRL supondrá la concreción a la situación de maternidad de esta segunda fase de la evaluación de riesgos y tendrá lugar, por tanto, cuando se conozca el embarazo o lactancia de la mujer trabajadora.

Se tratará de una evaluación de carácter subjetivo ya que atenderá a “las circunstancias particulares en que se desarrolla cada embarazo”³³ así como a “las características personales de la trabajadora embarazada”³⁴ y se verá completada con medidas de

²⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 160.

²⁹ PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., op. cit. pág. 52. De opinión contraria es NÚÑEZ GONZÁLEZ, para quien el art. 4.1.b) RSP implica la necesidad de llevar a cabo una valoración de carácter subjetivo destinada a saber si el trabajador reúne alguna de las características que le “haría ser sujeto de una protección especial de las definidas por la propia Ley de Prevención de Riesgos Laborales – art. 25 (discapacidad temporal o permanente), 26 (maternidad) y 27 (menores)–”: NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 24. Esta última interpretación también es mantenida por GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.), *Comentario al Reglamento de los Servicios de Prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 59.

³⁰ CARDONA RUBERT, M.B., op. cit., pág. 33.

³¹ PANIZO ROBLES señala que “a diferencia del resto de las obligaciones empresariales en materia de protección de maternidad, la de evaluación de los riesgos surge incluso antes de que el empresario tenga conocimiento de la situación de embarazo o de lactancia”: PANIZO ROBLES, J.A., op. cit. pág. 69.

³² Este precepto concreta lo previsto en el art. 16.2.a) LPRL, que, al establecer la obligación empresarial de llevar a cabo una evaluación inicial de los riesgos, destaca que la misma deberá tener en cuenta las características de los trabajadores que hayan de ocupar los diferentes puestos de trabajo.

³³ PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., op. cit., pág. 53.

³⁴ CARDONA RUBERT, M.B., op.cit., pág. 35, quien igualmente destaca que “no todos los embarazos son iguales la propia historia médica los determina por lo que, consecuentemente, un tratamiento unitario e indiferenciado no siempre resulta adecuado. No es equiparable un primer embarazo, no sujeto a más complicaciones de las normales, que el embarazo de una mujer que cuenta con una historia médica de abortos de repetición o de anteriores embarazos prematuros (...). Ni tampoco son iguales los embarazos de mujeres en cuya salud no existe ninguna nota que las distinga del resto, de los de aquellas otras, cuyas características personales asociadas a las funciones que desempeñan incrementan las posibilidades de

vigilancia de la salud pues el conocer cómo las condiciones de trabajo afectan a la mujer embarazada o lactante requerirá en determinados supuestos la realización de dichas medidas. Así se desprende del art. 37.3.g) RSP que prevé como medida de vigilancia y control de la salud el que el personal sanitario de los servicios de prevención “estudiará y valorará especialmente los riesgos que puedan afectar a los trabajadores en situación de embarazo o parto reciente (...), y propondrá las medidas preventivas adecuadas”.

ii. *Contenido de la evaluación de riesgos.*

Por lo que se refiere al contenido de la evaluación, el art. 26.1 LPRL establece que la misma “deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico”.

La doctrina ha criticado la no transposición a nuestro ordenamiento interno de los Anexos de la Directiva 92/85/CEE que determinan, de manera no exhaustiva, los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas, de parto reciente o en periodo de lactancia y reclaman el desarrollo reglamentario del art. 26.1 tendente al establecimiento de una lista que los recoja³⁵.

No obstante, entendemos que, debido a la amplitud de los conceptos (“agentes, procedimientos o condiciones de trabajo”) a los que se refiere el art. 26, la evaluación deberá tener en cuenta todos los factores posibles y darse sea cual sea la actividad empresarial “ya que no hay a priori actividades exentas de riesgos”³⁶.

En este sentido debemos destacar que la protección de la maternidad no se da respecto de grupos especiales de riesgos sino que, como venimos destacando, la maternidad supone un estado biológico de la mujer trabajadora que le hace ser especialmente sensible a los riesgos, por lo que las medidas preventivas del art. 26 LPRL (y entre ellas la obligación de evaluación) se deberá activar en ocasiones respecto de riesgos que son

complicaciones en el embarazo: patologías cardíacas en trabajos de altos requerimientos físicos, patologías venosas en trabajos de bipedestación muy prolongada, etcétera”.

³⁵ CABEZA PEREIRO, J., “Notas sobre la ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *DL*, n° 1, 2000, pág. 25; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGO, G., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (Coords.), *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 420; LOUSADA AROCHENA entiende que dicho desarrollo reglamentario es necesario “a los solos efectos del exacto cumplimiento de las obligaciones de transposición de la norma comunitaria al derecho español interno”, pero no para concretar la norma comunitaria pues el desarrollo reglamentario no debe alterar el contenido de los Anexos ni a más (“porque si se introducen, con carácter general, limitaciones al trabajo femenino, se podría vulnerar la igualdad de los sexos”) ni a menos (“porque ello sería contrario al espíritu tuitivo de la normativa comunitaria sobre salud laboral”); LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 714.

³⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op.cit. pág. 172. De opinión contraria son RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGO, G., op. cit., pág. 420, para quienes “la evaluación ha de producirse en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico para este grupo y no en todas las actividades”.

generales pero que pueden afectar especialmente a la mujer trabajadora durante su embarazo o puerperio.

El que la evaluación de riesgos prevista en el art. 26 LPRL se deba llevar a cabo en todas las actividades se deriva igualmente del contenido de la Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como de los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en periodo de lactancia³⁷, que establece una lista de peligros y situaciones de carácter general (fatiga mental y física y tiempo de trabajo; posturas forzadas; estrés profesional; actividades realizadas de pie; actividades realizadas en posición sentada) a tener en cuenta en la evaluación y que en principio son susceptibles de aparecer en cualquier tipo de actividad productiva.

Realizada la evaluación, el empresario deberá informar a la mujer trabajadora acerca de los riesgos para su seguridad y salud y de las medidas preventivas adoptadas al efecto. Esta obligación empresarial no se deriva del art. 26.1 LPRL³⁸, sino del deber general de información que el empresario tiene en virtud del art. 18 de la ley prevencionista³⁹.

c. Adaptación de las condiciones y tiempo de trabajo.

i. *Diferentes medidas de adaptación de las condiciones de trabajo.*

Si, como consecuencia de la evaluación de riesgos analizada en el apartado anterior, se detecta la existencia de un riesgo⁴⁰ para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia, el empresario vendrá obligado a adoptar

³⁷ Comunicación que obedece al mandato previsto en el art. 3.1 Directiva 92/85/CEE según el cual la Comisión “establecerá las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras” embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, directrices que “deberán referirse asimismo a los movimientos y posturas, la fatiga mental y física y las demás cargas físicas y mentales relacionadas con la actividad” de dichas trabajadoras.

³⁸ El art. 26 LPRL no ha transpuesto el art. 4.2 de la Directiva 92/85/CEE, en virtud del cual el empresario deberá comunicar a la mujer embarazada, que ha dado a luz o en periodo de lactancia los resultados de la evaluación y las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo.

³⁹ Así lo entiende la doctrina. Entre otros, CARDONA RUBERT, M.B., op. cit. pág. 37; LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 714; NORES TORRES, L.E., “Maternidad y trabajo. Algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *AL*, nº 16, 1998, pág. 306; GONZÁLEZ ORTEGA, S.; APARICIO TOVAR, J., op. cit. pág. 172, destacan que la falta de transposición del art. 4.2 de la Directiva 92/85/CEE tal vez se deba a que el art. 18 ya establece el deber de comunicación con carácter más general, “aunque no hubiera sido superfluo reiterarlo” en el precepto prevencionista dedicado a la protección específica de la maternidad.

⁴⁰ La necesidad de que exista riesgo para que el empresario venga obligado a adoptar las medidas preventivas ha sido negada por la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2002, que impone a la empresa (INSALUD) la obligación de cambiar de puesto de trabajo (medida de prevención) a una trabajadora embarazada destinada en el Servicio de Radiología aun cuando la evaluación de riesgos había determinado que no existía riesgo para su seguridad o salud ni la del feto pues las dosis de radiación a las que está expuesta la trabajadora no alcanza el límite máximo fijado reglamentariamente. Como ha destacado la profesora SÁNCHEZ TRIGUEROS, “el elogio que merece la sentencia por su decidida defensa de la salud de la trabajadora embarazada es paralelo a la insatisfacción derivada de que la empresa cumple con las prescripciones técnicas más específicas y resulta condenada (a una reordenación productiva)”: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo”, *AS*, marzo, 2003, pág. 36.

alguna de las medidas preventivas reguladas en el art. 26 con la finalidad de evitar la exposición a dichos riesgos.

Las obligaciones previstas en el art. 26 LPRL se establecen de forma sucesiva o escalonada, esto es, solo la imposibilidad de una determinada medida o su inadecuación da paso a la siguiente⁴¹. Por tanto, “el empresario no es libre para decidir en cada caso qué tipo de medidas preventivas se han de aplicar sino que se encuentra obligado a adoptar aquellas que sean necesarias para proteger a tales trabajadoras siguiendo estrictamente el orden de prelación establecido en el art. 26 LPRL”⁴².

Como primera acción preventiva el art. 26.1 LPRL obliga al empresario a adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a los riesgos que la evaluación inicial o continua han puesto de manifiesto. La adopción de estas medidas la llevará a cabo el empresario “a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada”, medidas que incluirán, “cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”.

No se precisa en el apartado primero del art. 26 LPRL la forma o modo en que el empresario haya de proceder a la adaptación del puesto de trabajo ni los límites de dicha adaptación⁴³, de lo que se deriva que este primer estadio de protección de la maternidad es lo suficientemente genérico como para dejar en manos del empresario la decisión acerca de la medida necesaria para evitar el riesgo, medida que puede implicar desde simples cambios o adaptaciones en el puesto de trabajo (como eliminación de ciertas tareas peligrosas), a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (como cambios de horario o alteraciones de jornada)⁴⁴.

En efecto, en determinados supuestos los riesgos podrán evitarse mediante una simple adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo (“que no deja de ser una condición más”⁴⁵). En la Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación se enumeran algunas de estas medidas: adaptar la periodicidad y la frecuencia de las pausas de descanso; asegurar la disponibilidad de asientos; existencia de instalaciones que permitan a la trabajadora embarazada sentarse o tumbarse cómodamente.

En otros casos, la evitación de los riesgos requerirá la adopción de medidas por parte del empresario que supondrán una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la trabajadora afectada. Así será, en efecto, cuando el empresario adopte las medidas necesarias para que la trabajadora no realice su trabajo en jornada nocturna o en régimen de trabajo a turnos, ya que afectaría a las condiciones previstas en el art. 41.1.a) y art. 41.1.c) ET.

⁴¹ IGARTUA MIRÓ, M.T., *Compendio de Prevención de Riesgos Laborales*, Laborum, Murcia, 2000, pág. 182.

⁴² MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L., “El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género”, *REDT*, nº 137, 2008, pág. 149.

⁴³ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit. pág. 45.

⁴⁴ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit. pág. 47; IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 183.

⁴⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 237.

Pero más allá de estos supuestos de modificación sustancial expresamente recogidos por el art. 26.1 LPRL, podemos entender que las condiciones de trabajo afectadas por la adaptación preventiva pueden ser algunas otras de las recogidas en el art. 41 ET⁴⁶, produciéndose en estos casos una modificación sustancial de las condiciones de trabajo con finalidad preventiva.

Ahora bien, estas modificaciones serán sustanciales en cuanto a las condiciones afectadas, pero no seguirán el procedimiento del art. 41 ET en tanto difieren respecto a la causa de las mismas⁴⁷ –preventiva en el caso de las modificaciones del art. 26 LPRL; económica, técnica, organizativa o de producción en el caso de las del art. 41 ET–, a su duración –provisional en todo caso en las modificaciones del precepto prevencionista– y en cuanto a su obligatoriedad –la mujer embarazada no tendrá la posibilidad de evitar la medida preventiva mediante la rescisión indemnizada de su contrato–⁴⁸.

Respecto al trabajo nocturno, entendemos que del apartado primero del art. 26 LPRL se deriva una prohibición de realizar dicho trabajo cuando la ejecución del mismo suponga un riesgo para la seguridad o salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras.

Por tanto, nuestro ordenamiento interno, al igual que el art. 7 Directiva 92/85/CEE no establece una prohibición absoluta de trabajo nocturno para la mujer embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia, sino que la prohibición se limita a aquellos supuestos en los que existe un riesgo para la seguridad o salud de la trabajadora afectada. Sin embargo, a tenor del art. 26 LPRL la necesidad de no realizar el trabajo nocturno se derivará de los resultados de la evaluación de riesgos (en el caso de la mujer embarazada) mientras que la norma comunitaria exige una certificación médica que de fe de dicha necesidad (art. 7.1 Directiva 92/85/CEE)⁴⁹.

⁴⁶ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 238: “En consecuencia, cabría adaptar cualquier condición de trabajo [por ejemplo el sistema de trabajo y rendimiento a que se refiere el art. 41.1 ET, aunque esta causa entraría en la órbita de las condiciones no materiales de trabajo a que se refiere el art. 4.7º.d) LPRL] que, sin cambiar de puesto o función, eliminase el riesgo a que estaría sujeta la trabajadora de no mediar tal acomodación”; De opinión contraria es LOUSADA AROCHENA, para quien las modificaciones de las condiciones de trabajo del art. 26.1 LPRL no pueden constituir una modificación sustancial del art.41.1 ET salvo en los supuestos expresamente recogidos (no realización de trabajo nocturno o trabajo a turnos) ya que una “modificación sustancial de las condiciones de trabajo debe realizarse siguiendo lo establecido en ese artículo, o si, en norma del mismo rango legal se hiciese excepción de manera expresa”: LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 715.

⁴⁷ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit., pág. 47. En este sentido y para el supuesto de una modificación sustancial llevada a cabo por la empresa en cumplimiento de la obligación preventiva del art. 25 LPRL, la STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006 establece que no es necesario que la empresa siga los trámites previstos en el art. 41 ET ya que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “pueden ser decididas por la empresa ajustándose o no a los trámites prevenidos en el art. 41 del ET. Deberá hacerlo en aquellos supuestos en los que pretenda amparar la modificación en razones económicas, organizativas, técnicas o de producción”, razones que en el supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia no concurrían al obedecer la decisión empresarial a razones de prevención de la salud del trabajador.

⁴⁸ El art. 41.3 ET establece que si la modificación sustancial afecta a la jornada, horario o régimen de trabajo a turnos y ocasiona un perjuicio al trabajador, éste “tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses”.

⁴⁹ Para LOUSADA AROCHENA la no necesidad de aportar certificados médicos es una manifestación del superior contenido protector que probablemente (en el caso de aprovechar las “amplias posibilidades interpretativas” del art. 26.1) tiene la norma española respecto a la comunitaria. Para este autor la razón de esta distinta regulación se encuentra quizás en el buen conocimiento que el empresario debe tener

Por tanto, tal y como destacan PÉREZ DEL RÍO y BALLESTER PASTOR, “no todo trabajo nocturno es nocivo por sí mismo sino solo aquel que sea determinado como tal por el facultativo (derecho comunitario) o que se haya evaluado como tal (en derecho interno)”⁵⁰. Ahora bien, como veremos en otro apartado de este trabajo este distinto régimen a la hora de determinar el riesgo del trabajo nocturno es aplicable cuando hablamos de la trabajadora embarazada pero no cuando se trate de la trabajadora lactante, en cuyo caso y a tenor del art. 26.4 LPRL el riesgo deberá acreditarse mediante un certificado médico (tal y como exige la norma comunitaria).

ii. *Derecho de la trabajadora al mantenimiento de sus retribuciones.*

Algunas de las alteraciones de las condiciones laborales a las que se acaba de hacer referencia pueden plantear la duda acerca de si las mismas implican una merma en las retribuciones de las trabajadoras. En efecto, cuando la modificación de las condiciones de trabajo adoptadas por la empresa en cumplimiento de la obligación preventiva prevista en el art. 26.1 LPRL consista en liberar a la trabajadora del trabajo a turnos o nocturno surge la duda de si la trabajadora tiene derecho a mantener los complementos salariales que venía percibiendo por dichos trabajos.

Determinadas resoluciones judiciales vienen reconociendo el derecho de la mujer trabajadora al mantenimiento de las retribuciones que venía percibiendo antes de la adaptación de las condiciones de trabajo.

Así, la STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2000 señala que la protección de la maternidad, que concreta el art. 26 LPRL, se articula “en todo caso con mantenimiento de las retribuciones de la trabajadora”. En el supuesto sobre el que se pronuncia esta resolución, la empresa, consciente del riesgo específico de la trabajadora, la liberó de la realización de guardias, por razón de su embarazo y para evitar un mayor tiempo de exposición a los riesgos a los que aquella estaba expuesta (rayos ionizantes). Entiende la citada sentencia que, dado que las guardias son obligatorias y tienen naturaleza salarial, “la liberación de la trabajadora en razón a su estado de la realización de guardias, estando la empresa obligada a adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo, con mantenimiento de las retribuciones, implica que hayan de retribuirse las guardias reclamadas no realizadas por imperativo legal, pues de otra forma no se hace plenamente efectivo el derecho de la trabajadora reconocido en aquel precepto”.

Esta doctrina judicial es seguida posteriormente por la STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2001 que desestima el recurso interpuesto por la empresa contra la sentencia del Juzgado de lo Social que la condenaba a abonar a la trabajadora los complementos salariales a pesar de que aquélla había visto alterada sus condiciones laborales por razón de su embarazo, siendo relevada de la realización de trabajos de esfuerzos, con adscripción a turno fijo y no realización de noches y festivos. Mantiene el TSJ que es “difícil entender una protección de la mujer embarazada –que alcanza a la salud de la madre y del feto como bien común (...)– sin un respeto a las retribuciones que venía percibiendo”, por lo que dicha protección debe alcanzar al sueldo de la trabajadora ya que “mal se puede proteger sin respetar las retribuciones, siendo que interpretaciones defendidas por la recurrente llevaría a seguir manteniendo que el

acerca de la salud de sus trabajadores nocturnos a tenor de lo dispuesto en el art. 36.4 ET: LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 719.

⁵⁰ PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., op. cit., pág. 40.

embarazo es situación que debe soportar económicamente la mujer, lo que evidentemente no es acorde con una normativa que se autotitula «protección» de la maternidad”.

d. Movilidad funcional.

i. *La movilidad funcional como medida preventiva subsidiaria*.

Para el caso de que el empresario no pueda adoptar como medida preventiva la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo o, a pesar de tal adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, deberá cambiar a la trabajadora embarazada de puesto de trabajo o asignarle funciones diferentes (art. 26.2 LPRL). Como vemos, se prevé como medida preventiva el que el empresario acuda a la movilidad funcional de la trabajadora embarazada.

De la redacción del art. 26.2 LPRL se deriva que el empresario viene obligado a intentar en primer lugar la adopción de la medida preventiva regulada en el apartado primero del art. 26 LPRL y solo cuando ésta no resulte posible o aun habiéndose procedido a la adaptación la misma haya resultado insuficiente, deberá proceder el empresario al cambio del puesto de trabajo. Como se establece en la STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2000 (y se reitera posteriormente en la STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2001), “la protección de la maternidad se articula con especial rigor, sobre una serie de medidas que sucesivamente está obligado a adoptar el empresario, que concreta el art. 26 de forma progresiva...”, siendo la primera de estas medidas la de “adaptar las condiciones del puesto de trabajo que ocupe la trabajadora embarazada o su tiempo de trabajo, de forma que se elimine la exposición de ésta al riesgo específico”.

La movilidad funcional tendrá, por tanto, un carácter subsidiario y solo procederá en los supuestos anteriormente citados⁵¹ y que pasamos a analizar:

1. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible.
A diferencia de la normativa comunitaria⁵², no se hace referencia en este art. 26.2 LPRL a las causas que pueden impedir al empresario la adopción de la medida preventiva del apartado primero y que, por tanto, justifican el cambio de puesto.
Parte de la doctrina⁵³ ha entendido que las razones en las cuales el empresario puede basar su decisión son las recogidas en el apartado tercero del art. 26⁵⁴, esto es, que la adaptación resulte imposible técnica u objetivamente o no pueda

⁵¹ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit., pág. 48.

⁵² El art. 5.2 de la Directiva 92/85/CEE establece que si “la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resultase técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada”.

⁵³ Por todos, LOUSADA AROCHENA, J.F., “El riesgo durante el embarazo (I)”, *AL*, nº 27, 2001, pág. 572.

⁵⁴ Apartado que, a la hora de determinar las razones justificativas de no realizar la movilidad, si transpone la Directiva.

razonablemente exigirse por motivos justificados⁵⁵. Será el empresario quien, una vez que la evaluación ha detectado la existencia de riesgos y ante la imposibilidad de adaptar las condiciones, decidirá proceder a la movilidad funcional ordinaria como medida de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, sin que sea necesario el certificado de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas⁵⁶.

2. Cuando a pesar de haber llevado a cabo la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo, el riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora y/o del feto no haya desaparecido. En este supuesto, el art. 26.2 LPRL exige que la existencia del riesgo sea certificada por “los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora”.

Ha entendido algún autor que la finalidad de esta certificación es evitar el uso arbitrario por parte del empresario de la movilidad funcional⁵⁷. En nuestra opinión, no sería ésta la finalidad de la certificación médica ya que, como se destacó anteriormente, el empresario puede acudir directamente a la movilidad funcional (sin que sea necesaria la previa certificación) si como consecuencia de la evaluación de riesgos se detectaron condiciones inseguras y entiende la empresa que no ha sido posible la adaptación. En este caso si la trabajadora no está de acuerdo con la movilidad (por entender que no existen los riesgos o que existiendo es posible evitarlos mediante la adaptación de las condiciones) deberá impugnar la decisión empresarial pero no acudir al certificado del art. 26.2 LPRL.

Entendemos, pues, que el certificado se configura como una posibilidad que tiene la trabajadora para reclamar contra la adaptación de las condiciones y/o tiempo de

⁵⁵ Para LOUSADA AROCHENA serían alegables, a la hora de determinar la imposibilidad de la adaptación, “intereses empresariales basados en los costes excesivos, consideración de especial relevancia para las pequeñas y medianas empresas”: LOUSADA AROCHENA, J.F., “El riesgo durante...”, op. cit., pág. 573. En este mismo sentido, PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., (op. cit., pág. 55) defienden basándose en el coste económico que puede suponer la adopción por parte del empresario de la medida de prevención del art. 26.1 LPRL que la adaptación “resulta teóricamente anterior al cambio de puesto pero no obligatoria para el empresario que puede proceder directamente al cambio” y que “la mejor opción hubiera sido la obligatoria adaptación en primera instancia, por medio de subvenciones públicas que sirvieran para financiarla”.

⁵⁶ MORENO GENÉ, J y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit., pág. 49, entienden que en este supuesto no es necesario la aportación de una certificación médica pues “los riesgos ya han quedado acreditados por medio de la previa evaluación”. Para PANIZO ROBLES, J., op. cit., pág. 73, la certificación médica solo será exigible “cuando se ha procedido a la adaptación del puesto de trabajo, sin que sea preciso efectuarla en los casos de imposibilidad manifiesta de adaptar las condiciones de trabajo, ya que la propia evaluación empresarial ha destacado que el riesgo sigue existiendo y, consecuentemente, será necesario dar a la trabajadora un puesto de trabajo diferente”.

De opinión contraria es FERNÁNDEZ MARCOS, para quien la movilidad requerirá en todo caso del previo certificado médico pues el “cambio de puesto de trabajo no es preceptivo, si no se certifica la incompatibilidad del estado de embarazo con el puesto de trabajo habitual”: FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 129.

⁵⁷ PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.T., op.cit. pág. 815, para quienes con esta certificación “se evita la posible utilización de este supuesto de movilidad como cobertura para esconder intenciones discriminatorias o sancionadoras con respecto a la trabajadora por razón de su embarazo”.

trabajo. Si el certificado acredita la existencia de riesgo (lo que equivale a declarar insuficiente la actuación preventiva llevada a cabo por el empresario) se estará obligando al empresario a acudir a la movilidad funcional como medida de protección.

Ahora bien, este informe médico se limita a acreditar la existencia de riesgo, lo que implicará a su vez, la obligación empresarial de proceder a la movilidad funcional, pero será el empresario quien decidirá de qué forma lleva a cabo la movilidad (pudiendo acudir a la movilidad funcional extraordinaria como se analizará a continuación) e incluso si lo que procede es la suspensión del contrato de la trabajadora por no resultar el cambio de puesto técnica u objetivamente posible o no podersele exigir razonablemente por motivos justificados.

ii. *La relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos.*

Con carácter previo a la movilidad funcional, el empresario “deberá determinar previa consulta de los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos” (art. 26.2 LPRL). La elaboración de esta lista tendrá “la virtualidad de evitar disputa alguna sobre si existe o no un puesto de trabajo adecuado para la trabajadora en cuestión, con un control directo por parte de los representantes”⁵⁸, por lo que aunque nada establece el precepto prevencionista sobre cuándo deba realizarse tal relación, “ofrece mayores garantías de celeridad, objetividad y evitación del fraude hacerla con carácter general y no *ex professo* para cada caso concreto”⁵⁹.

El empresario deberá realizar esta consulta a los Delegados de prevención, que son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos (art. 35.1 LPRL), ya que nos encontramos ante una concreción de las competencias que el art. 36.1.c) LPRL reconoce a esta representación específica. Establece este precepto que los Delegados de prevención deberán ser “consultados por el empresario con carácter previo a su ejecución, acerca de las decisiones a que se refiere el art. 33 de la presente Ley”, decisiones entre las que se encuentra cualquier acción “que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y salud de los trabajadores” (art. 33.1.f) LPRL) y no cabe duda de que la determinación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a efectos de proceder a la movilidad funcional tendrá importantes efectos sobre la seguridad de la trabajadora. Aplicando los plazos del art. 36.3 LPRL, los Delegados de prevención tendrán un plazo de quince días para emitir un informe en el que se recoja la relación de puestos exentos de riesgos. El empresario vendrá obligado a recabar este informe aunque su contenido no será vinculante. Será, pues, el empresario quien determinará los puestos de trabajo en la empresa que no implican un riesgo para la trabajadora embarazada.

⁵⁸ BENAVENTE TORRES, I., op. cit., pág. 146. En este sentido, señala MONTROYA MELGAR que la relación de estos puestos contribuye a “la seguridad jurídica de las trabajadoras, que conocen así con antelación los puestos a los que pueden ser desplazadas” y “permite a los representantes del personal la eventual impugnación de aquel o aquellos que estimen indebidamente incluidos en la relación”: MONTROYA MELGAR, A., “Trabajo de la mujer...”, op. cit., pág. 786.

⁵⁹ BENAVENTE TORRES, I., op. cit., pág. 146.

iii. *La movilidad funcional ordinaria como medida preventiva.*

El art. 26.2 LPRL puntualiza en su segundo párrafo que el cambio de puesto o función al que se refiere en la primera parte de su redacción, “se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional”. De esta forma, el precepto prevencionista se remite a la movilidad funcional ordinaria regulada en el art. 39.1 ET. No obstante, existen diferencias entre la movilidad regulada en la LPRL y la recogida en el texto estatutario. Así:

1. La movilidad funcional regulada en el art. 39.1 ET es una manifestación del “ius variandi” del empresario, quien en ejercicio de su poder de dirección tiene libertad para decidir discrecionalmente cambios funcionales en el seno de su empresa sin más limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional o, a falta de definición de grupos profesionales, entre categorías equivalentes. Por el contrario, la “movilidad sanitaria” (en expresión de MONTOYA⁶⁰) del art. 26.2 LPRL constituye una obligación preventiva⁶¹ del empresario quien deberá acudir a ella siempre que exista riesgo y no haya sido posible la adaptación del tiempo o condiciones de trabajo o, a pesar de tal adaptación, las condiciones del puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto.
2. La movilidad funcional recogida en el ET no está sometida a limitación temporal mientras que la preventiva “tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto” (art. 26.2 LPRL). Debemos entender que la movilidad funcional finalizará no sólo por un cambio en la salud de la trabajadora sino también en el caso de que desaparezcan los riesgos o resulte posible una adaptación posterior⁶². Se discute si, para poner fin a la movilidad funcional, es necesaria una nueva certificación médica⁶³, a lo que creo se debe responder de manera negativa pues, como aquí se ha defendido, es posible que la movilidad se haya producido sin previa aparición de certificado médico por lo que carecería de sentido una “nueva” certificación médica. Para los casos en los que la movilidad se haya producido como consecuencia de la acreditación de la existencia de riesgo mediante certificado médico tras la adaptación de las condiciones de trabajo, nada dice la Ley acerca de la exigencia de nuevo certificado para poner fin a la movilidad y, por la regulación que la LPRL prevé respecto de otras situaciones similares, debemos entender que no es exigible tal requisito. Nos referimos a la orden de paralización de actividades por parte de la Inspección de Trabajo debido a la existencia de riesgo grave e inminente en la empresa, orden que puede ser levantada por decisión empresarial sin necesidad de recabar autorización previa de la Inspección, exigiéndosele al empresario únicamente comunicar dicha decisión (art. 44.1 LPRL).

⁶⁰ MONTOYA MELGAR, A., “Trabajo de la mujer...”, op. cit., pág. 787.

⁶¹ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., op. cit. pág. 320.

⁶² CARONA RUBERT, M.B., op. cit, pág. 57.

⁶³ A favor de la exigencia de esta certificación CARDONA RUBERT, M.B., op. cit, pág. 57 y NORES TORRES, L.E., op. cit., pág. 310.

3. Aunque la jurisprudencia ha entendido que el “trabajador «movilizado» funcionalmente no tiene en principio derecho a consolidar en el nuevo puesto o función los complementos salariales inherentes al puesto o función anterior (STS 25 de febrero 1999 [RJ 1999,2021])”⁶⁴, creemos que a estos supuestos de “movilidad preventiva” le es aplicable la doctrina judicial que analizamos al tratar los cambios de tiempo de trabajo, por lo que la trabajadora movilizada mantiene los derechos retributivos de su anterior puesto de trabajo.

iv. La movilidad funcional extraordinaria como medida preventiva.

El último párrafo del apartado segundo del art. 26 LPRL establece que, de no resultar posible la movilidad funcional ordinaria por no existir en la empresa “puesto de trabajo o función compatible” (se entiende dentro del mismo grupo profesional de la trabajadora o en categoría equivalente), la trabajadora “podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”. Por tanto, el empresario deberá acudir a la movilidad funcional extraordinaria como medida preventiva en el caso de no resultar posible la adaptación ni la movilidad funcional ordinaria.

Basándose en la literalidad del texto del art. 26 LPRL (“la trabajadora podrá ser destinada”), un sector doctrinal ha entendido que la movilidad funcional extraordinaria no se configura como una obligación preventiva sino como una “mera posibilidad empresarial”⁶⁵. Frente a esta opinión entendemos que la movilidad funcional extraordinaria se configura como obligación preventiva empresarial, ya que:

1. El apartado tercero del art. 26 LPRL exige para que el empresario accione el tercer nivel de protección (suspensión del contrato) que el cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, lo que supone que con carácter previo a la suspensión el empresario debe haber intentado el cambio de puesto ya sea a través de la movilidad funcional ordinaria o extraordinaria.
2. El art. 21.2.b) del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, a la hora de regular el subsidio por riesgo durante el embarazo exige que a la solicitud que la trabajadora ha de dirigir a la Dirección Provincial de la Entidad gestora se acompañe declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora, sin especificar que hayan de ser del mismo grupo profesional.

Estableciendo una comparación entre la movilidad funcional extraordinaria regulada en la LPRL y la regulada en los apartados segundo y cuarto del art. 39.2 ET, cabe destacar lo siguiente:

⁶⁴ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., op. cit., pág. 319.

⁶⁵ PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., op. cit., pág. 57.

1. Difieren en cuanto a la causa justificativa de cada una de ellas. Así, el empresario podrá acudir a la movilidad estatutaria cuando existan razones técnicas u organizativas que justifiquen el cambio de puesto mientras que para llevar a cabo la movilidad preventiva será preciso que exista un riesgo para la trabajadora y que no haya sido posible la adaptación del trabajo al estado de salud de la trabajadora ni la movilidad funcional ordinaria.
2. Comparten el carácter temporal, pues la movilidad extraordinaria del art. 39.2 ET, se llevará a cabo durante el “tiempo imprescindible” para atender las razones técnicas u organizativas que la justifican y la movilidad preventiva finalizará en el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.
3. Para el caso de que se encomiende a la trabajadora funciones inferiores, la movilidad regulada en el ET debe estar justificada por necesidades perentorias e imprevisibles de la actividad productiva. Tal y como destaca RODRÍGUEZ PASTOR, “se trata de un límite que debe sumarse a la causalidad general de causas técnicas u organizativas, reduciendo de este modo el ejercicio del poder de dirección extraordinario del empresario”⁶⁶. La cuestión es si este límite adicional opera en la movilidad del art. 26 LPRL, a lo que podemos responder acudiendo al profesor MONTOYA, quien ha entendido que en estos casos existirá siempre una “necesidad perentoria (sanitaria) preventiva, y, por tanto, justificativa del cambio de funciones”⁶⁷.
4. A la movilidad funcional extraordinaria de carácter preventivo no le será de aplicación el apartado cuarto del art. 39 ET, por lo que aunque la movilidad implique la realización de funciones superiores por un periodo superior a seis meses en un año u ocho durante dos años, la trabajadora no podrá reclamar el ascenso o la cobertura de la vacante. El que no entren en juego estos criterios temporales establecidos en el texto estatutario se debe al origen de la decisión empresarial, ya que mientras que la movilidad funcional del art. 39 ET tiene un carácter voluntario para el empresario (quien podría atender a las necesidades técnicas u organizativas mediante la adopción de otras decisiones), la movilidad preventiva se impone como obligación empresarial por lo que, no parece razonable que sea el empresario quien tenga que soportar las consecuencias derivadas de dicha medida, “lo que podría comportar el efecto de retraer la contratación de trabajo femenino”⁶⁸.
5. Finaliza el art. 26.2 LPRL destacando que en el supuesto de que la trabajadora haya sido destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente “conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen”. Aunque para los supuestos de movilidad funcional extraordinaria previstos en el art. 39 ET, la “jurisprudencia declara que en caso de movilidad funcional no se conservan los complementos del puesto originario de trabajo, salvo disposición legal o convencional en contrario (SSTS, unificación de

⁶⁶ RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Movilidad funcional y negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 69.

⁶⁷ MONTOYA MELGAR, A., “Trabajo de la mujer...”, op. cit. pág. 787.

⁶⁸ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit., pág. 54.

doctrina, 27 julio 1993 [RJ 1993, 5985] y 20 diciembre 1994[RJ 1995,677])”⁶⁹, entendemos que en los casos de la movilidad funcional extraordinaria del art. 26.2 LPRL será de aplicación, al igual que en los casos de movilidad funcional ordinaria, la doctrina judicial que analizamos al examinar la primera de las medidas protectoras de la seguridad y salud durante el embarazo por lo que la trabajadora embarazada conservará los complementos salariales de su puesto de origen. La STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2003⁷⁰ ha interpretado en este sentido la norma prevencionista al reconocer el derecho de la trabajadora embarazada que ha sido cambiada de puesto de trabajo en cumplimiento del art. 26 LPRL a percibir los complementos (Plus Turno, Plus Nocturno y Plus de Relevé) correspondientes a su puesto de origen. Mantiene esta resolución judicial que, en virtud del citado precepto, la trabajadora que ha de ser destinada a una categoría diferente no ha de perder “«el conjunto de retribuciones de su puesto de origen⁷¹», entendiéndose que se refiere a todas las retribuciones que viniera percibiendo sin citar excepción alguna. En otro caso, la carga de la maternidad habría de ser soportada económicamente por la mujer, y la Ley se dirige, no sólo a liberarla de los posibles riesgos que para ella o su hijo entrañara la realización de su trabajo, sino también a que no se vea gravada en ningún otro aspecto laboral por el hecho de ser madre”.

Si las funciones desempeñadas por la trabajadora son superiores a las de su puesto de origen será de aplicación el art. 39.3 ET que establece el derecho del trabajador a las retribuciones del trabajo efectivamente realizado, pues “lo contrario equivaldría a un enriquecimiento injustificado del empresario” (GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR)⁷².

e. Suspensión del contrato.

i. *Decisión empresarial de suspender el contrato de la mujer trabajadora.*

Como último nivel de protección de la maternidad, el apartado tercero del art. 26 LPRL prevé la suspensión del contrato de la trabajadora.

Esta medida preventiva no aparecía regulada en la redacción original del art. 26 de la ley prevencionista, lo que fue criticado por la doctrina al suponer esta omisión una defectuosa transposición de la Directiva 92/85/CEE⁷³ cuyo art. 5.3 establece que cuando el cambio de puesto “no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud”. Por su parte, el apartado primero del art. 11 de la Directiva garantiza a la trabajadora afectada por esta medida preventiva “el mantenimiento de una remuneración y/o el

⁶⁹ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., op. cit., pág. 321.

⁷⁰ AS 2004/1171.

⁷¹ A estos efectos nótese la diferente redacción del art. 39 ET, que habla de conservar la “retribución de origen” y del art. 26.2 LPRL que establece el derecho de la trabajadora a conservar el “conjunto de retribuciones de su puesto de origen”.

⁷² GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 175

⁷³ Por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 175, entendían que la Directiva, en este punto, no quedaba “adecuada ni suficientemente traspuesta”.

beneficio de una prestación adecuada” con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Por tanto, el art. 26 LPRL, en su redacción de 1995 dejaba sin resolver la situación de la trabajadora embarazada sometida a un riesgo que no había podido evitarse mediante la adaptación de las condiciones de trabajo o la movilidad funcional. La aplicación del art. 30 ET para resolver esta situación de la trabajadora (no prestación de los servicios por causas imputables al empresario conservando el derecho al salario) fue rechazada por un sector doctrinal⁷⁴ al entender que esta solución implicaría una dificultad en el acceso de la mujer en el empleo (produciéndose de esta forma el denominado *efecto boomerang*). Estos autores optaban por reconducir, mediante una “interpretación forzada del concepto de incapacidad”⁷⁵, esta situación de riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora embarazada o del feto a la de incapacidad temporal, trasladando de esta forma el coste de la medida a la Seguridad Social. Se destacaba, no obstante, que esta situación ya se venía resolviendo en la práctica antes de la LPRL entre las trabajadoras afectadas, los empresarios y, eventualmente, los médicos de la Seguridad Social.

La LCVFL vino a dar una solución normativa a esta cuestión modificando el art. 26 LPRL mediante la introducción de un nuevo apartado tercero (pasando los antiguos apartados tercero y cuarto a ser ahora los apartados cuarto y quinto) que recogía la suspensión del contrato de la trabajadora como último nivel de protección de su seguridad y salud.

En su nueva redacción, el art. 26.3 LPRL prevé que cuando “el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplado en el art. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores”.

Como ejemplo de imposibilidad de acudir a la movilidad funcional basada en razones técnicas, la doctrina cita “la discordancia entre capacidades de la trabajadora y eventuales destinos compatibles con el embarazo”⁷⁶ o el hecho de que “en virtud del estado vigente de la ciencia, no pudiera eliminarse totalmente el riesgo”⁷⁷. La imposibilidad objetiva podría venir dada porque la trabajadora embarazada sea la única trabajadora de la empresa o porque el riesgo que se pretende evitar está presente en todos los puestos de trabajo existentes en la empresa⁷⁸.

Igualmente el empresario podrá suspender el contrato de la trabajadora embarazada cuando a pesar de resultar posible el cambio de puesto, entiende que éste no le es razonablemente exigible. En qué causas pueda basar el empresario esta razonable inexigibilidad es algo que la ley no detalla, habiéndose entendido alegable por un sector

⁷⁴ NORES TORRES, L.E., op. cit., pág. 311.; PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.T., op. cit., pág. 818.

⁷⁵ PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.T., op. cit., pág. 818.

⁷⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., op. cit., pág. 58.

⁷⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El riesgo durante el embarazo (I)”, op. cit., pág. 572.

⁷⁸ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El riesgo durante el embarazo (I)”, op. cit., pág. 572. Es el supuesto recogido en la STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2004 (AS 2004/2177), que tras quedar acreditado que las situaciones de riesgo para la trabajadora embarazada se producen en todos los puestos de trabajo de la empresa y que ésta no ha podido acudir a las medias previstas en el art. 26 LPRL reconoce el derecho a la mujer trabajadora a la prestación económica por riesgo durante el embarazo.

doctrinal intereses económicos⁷⁹ (excesivos coste de las medidas preventivas de adaptación o movilidad).

Junto con la imposibilidad técnica u objetiva o inexigibilidad razonable, algunos autores parecen exigir como requisito adicional para poder suspender el contrato la existencia del certificado regulado en el art. 26.2 como medio de acreditar la existencia de riesgo⁸⁰. En nuestra opinión, tal y como se dijo al analizar la movilidad funcional, el certificado del art. 26.2 se constituye como una garantía de la trabajadora embarazada que entiende que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo llevado a cabo por el empresario no ha conseguido eliminar el riesgo. La acreditación de la existencia de riesgo (insuficiencia de la adaptación) por parte de la certificación implicará la obligación empresarial de acudir a la movilidad y en caso de que ésta no pueda llevarse a cabo por resultar técnica u objetivamente imposible o no serle razonablemente exigible, el empresario decidirá la suspensión del contrato sin que sea necesario recabar ninguna otra certificación médica.

Como vemos la aparición de este certificado requiere la previa adopción por parte del empresario de la primera de las medidas recogidas en el art. 26 LPRL y la disconformidad de la trabajadora por entenderla insuficiente.

Pero además, el empresario podrá, tal y como establece LOUSADA AROCHENA⁸¹ decidir la suspensión del contrato directamente (por tanto, sin la previa aparición del certificado del art. 26 LPRL) cuando entienda que resulta imposible técnica u objetivamente o no le es razonablemente exigible la adopción de las medidas preferentes de protección especial de la maternidad (adaptación y movilidad).

Cuestión distinta es que una vez suspenso el contrato, la trabajadora podrá solicitar el subsidio por riesgo durante el embarazo⁸² regulado en el Capítulo IV ter del LGSS,

⁷⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El riesgo durante el embarazo (I)”, op. cit., pág. 573. De alguna resolución judicial se desprende que no le será razonablemente exigible a la empresa el acudir a la movilidad funcional cuando los puestos de trabajo exentos de riesgo estén ocupados. Así, en la STSJ de Navarra de 13 de junio de 2002 (AS 2002/2607) se reconoce el derecho de la mujer trabajadora a la prestación económica de riesgo durante el embarazo siendo hecho probado que en la empresa existían puestos de trabajo de administrativa (la trabajadora era cuidadora) exentos de riesgo aunque todos se encontraban cubiertos por trabajadores.

⁸⁰ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., op. cit., pág. 63.

⁸¹ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El riesgo durante el embarazo (I)”, op. cit., pág. 576.

⁸² La LCVFL (art. 14) modificó la LGSS, incluyendo en el Título II de la referida Ley un nuevo Capítulo IV ter que supuso la introducción de una prestación económica por riesgo durante el embarazo a la que tendría derecho la mujer trabajadora afectada por la medida preventiva regulada en el art. 26.3 LPRL y que vino a configurar esta contingencia como común. La LOI ha alterado la naturaleza de esta prestación que, de acuerdo con la nueva redacción del art. 134 LGSS, pasa a tener la naturaleza de contingencia profesional. Tras esta reforma, el art. 135.1 LGSS establece que la prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstas para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales con las particularidades de que nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato (art. 135.2 LGSS) y será de una cuantía del 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales (art. 135.3 LGSS).

El desarrollo normativo de esta prestación se produjo, como vimos, mediante el Real Decreto 1251/2001, de 16 de junio, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

Esta nueva prestación de la Seguridad Social supone que el legislador ha optado por hacer recaer el coste de la medida preventiva del art. 26.3 LPRL sobre el sistema de la Seguridad Social y no sobre el empresario, lo que “resulta un mecanismo más idóneo para facilitar el acceso y la permanencia de la

debiendo acompañar a la solicitud una “certificación médica expedida por los Servicios Médicos de la Entidad gestora correspondiente o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que cubra la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes⁸³, en la que se acredita la situación de embarazo y que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud y/o la del feto” (art. 21.2.a) Real Decreto 1251/2001).

Junto con esta documentación que, a efectos del reconocimiento del derecho al subsidio, servirá para acreditar la existencia del riesgo, el RD 1251/2001 (art. 21.2.b)) también exige la aportación de una documentación tendente a probar que el empresario no pudo adoptar con carácter previo a la suspensión las otras medidas preventivas recogidas en el art. 26 LPRL y que consistirá en una declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora, declaración a la que se acompañará un informe sobre este particular del responsable de la empresa de llevar a cabo la actividad preventiva de vigilancia de salud (servicio de prevención propio, servicio de prevención ajeno o responsable de prevención designado por la empresa).

Ahora bien, esta regulación del Real Decreto 1251/2001 no es aplicable con carácter previo a la adopción de la medida preventiva de suspensión del contrato, sino a la trabajadora cuando se dispone a solicitar la prestación por riesgo durante el embarazo⁸⁴.

El certificado médico acreditativo de la existencia de riesgo, puede aparecer, por lo tanto, en dos momentos distintos y con finalidades distintas:

1. Tras la adopción por el empresario de la medida preventiva del art. 26.1 LPRL (adaptación de las condiciones y/o del tiempo de trabajo), siempre que la trabajadora entienda que no se ha eliminado el riesgo. En este caso, como ya vimos anteriormente, el certificado médico sirve a la trabajadora como garantía frente a la incorrecta (por insuficiente) actuación preventiva de la empresa.
2. Una vez suspendido el contrato, el certificado médico será un documento que preceptivamente la trabajadora deberá acompañar a la solicitud de prestación por riesgo durante el embarazo y que acreditará que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora suponen un riesgo para su salud o la del feto⁸⁵.

mujer en el mercado de trabajo”: MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M.; PARDELL VEA, A., “La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 11, 2002, pág. 6.

⁸³ Tras la LOI, debe modificarse esta disposición reglamentaria y entender hecha esta referencia a las contingencias profesionales.

⁸⁴ Lo que a nuestro entender es criticable en lo que se refiere a la declaración del empresario prevista en el art. 21.2.b) Real Decreto 1251/2001, pues si su finalidad es la de reforzar “la credibilidad de las manifestaciones del empresario” (CARDONA RUBERT, M.B., op. cit., pág. 67), no se entiende que únicamente se exija cuando la trabajadora solicita la prestación y no cuando el empresario decide suspender el contrato. En este sentido MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M.; PARDELL VEA, A., op. cit., pág. 25.

⁸⁵ Tal vez la redacción del art. 21.2.a) no resulta demasiado afortunada ya que establece que el informe médico acreditará “que las condiciones de puesto de trabajo influyen negativamente en la salud y/o la del feto”, cuando basta que acredite el riesgo de influencia negativa.

ii. *Efectos de la suspensión.*

Cuando se den los requisitos exigidos por el art. 26.3 LPRL, el empresario declarará “el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores”⁸⁶.

A pesar de la equívoca expresión del precepto (“podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión”) la doctrina⁸⁷ entiende de manera prácticamente unánime que la adopción de dicha medida supone, cuando se den los requisitos previstos en el art. 26.3 LPRL, una obligación (no una facultad) del empresario. Igualmente, la trabajadora vendría obligada al cumplimiento de la medida empresarial de suspensión del contrato sin perjuicio de que en el caso de que no esté de acuerdo con esta decisión (por inexistencia de riesgo o por posibilidad de adoptar las medidas que con carácter previo regula la Ley) pueda impugnarla.

Durante la suspensión del contrato, trabajadora y empresario quedarán exonerados de sus obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 ET).

La suspensión se prolongará durante el periodo necesario para la protección de la seguridad o salud de la trabajadora y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su anterior puesto o a otro compatible con su estado (art. 26.3 LPRL). La medida preventiva finaliza, pues, cuando desaparece alguna de las causas que la motivaron: la situación de riesgo o la imposibilidad de adoptar alguna de las medidas preventivas recogidas en los apartados anteriores.

De lo dicho anteriormente se deriva que la prelación de las medidas preventivas se mantiene aun después de haber suspendido el contrato. Si durante la suspensión resultase posible adaptar las condiciones o acudir a la movilidad funcional, el empresario vendría obligado a ello.

Por su parte, el art. 48.5 ET recoge otra modalidad de finalización de la medida preventiva de suspensión: “la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica”. Como la distribución de las dieciséis semanas de suspensión del contrato por maternidad se hará a opción de la trabajadora respetando siempre el carácter ininterrumpido de dicha suspensión y las seis semanas inmediatas posteriores al parto que son de descanso obligatorio para la madre (art. 48.4 ET), nada impediría que la trabajadora cuyo contrato se ha suspendido por riesgo durante el embarazo ponga fin a esta situación (aun persistiendo las causas que la motivaron) por decidir anticipar el disfrute del descanso por maternidad. En caso contrario, y mientras persistan las condiciones del art. 26.3 LPRL, la suspensión por riesgo se prolongará hasta el parto, sucediéndole en este momento la suspensión por maternidad⁸⁸.

⁸⁶ Causa de suspensión introducida por el art. 3 de LCVFL.

⁸⁷ Por todos, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El Riesgo durante...*, op. cit., pág. 63.

⁸⁸ La profesora SÁNCHEZ TRIGUEROS entiende que nos encontramos ante un “beneficio derivado, aun cuando no perseguido por la norma”, ya que la trabajadora cuyo contrato se ha suspendido por riesgo durante el embarazo puede prolongar dicha situación hasta el parto, de forma que las dieciséis semanas de descanso por maternidad “quedan incólumes y listas para su disfrute a partir del momento del nacimiento”: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El Riesgo durante...*, op. cit., pág. 66.

f. La protección de la trabajadora de parto reciente.

Como vimos anteriormente, la protección de la trabajadora de parto reciente aparece regulada exclusivamente en el apartado primero del art. 26 LPRL⁸⁹. Esto implica que la empresa para combatir los riesgos que puedan afectar a la trabajadora solo está obligada a acudir a la medida preventiva consistente en la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo sin que sean aplicables a esta trabajadora las medidas preventivas recogidas en los apartados segundo y tercero del art. 26 LPRL (movilidad funcional y suspensión del contrato de trabajo).

Sin embargo, creemos que aunque la medida preventiva de la movilidad funcional no está prevista expresamente en el art. 26 LPRL, sí le sería exigible a la empresa con el fin de salvaguardar la seguridad y salud de la trabajadora de parto reciente y ello en virtud del art. 25.1 LPRL. Parece claro que la mujer de parto reciente es una trabajadora cuyas características personales le pueden hacer especialmente sensible a los riesgos laborales por lo que les sería aplicable el régimen preventivo regulado en este último precepto. Como veremos más adelante en este trabajo, tanto la doctrina científica como la judicial han entendido que la obligación empresarial prevista en el art. 25.1 LPRL de no emplear a estos trabajadores en aquellos puestos de trabajo en los que debido a sus características personales exista un riesgo para su seguridad y salud implica la obligación de acudir a la movilidad funcional para evitar dicho riesgo.

g. La protección de la trabajadora lactante.

El régimen de protección de la seguridad y salud de la trabajadora lactante presenta las siguientes características:

1. Como se dijo anteriormente, la LOI ha modificado el apartado cuarto del art.26 LPRL en orden a precisar que el ámbito de protección de las medidas preventivas del art. 26 LPRL se extiende a la lactancia natural.
2. Con anterioridad a la LOI, el apartado cuarto del art. 26 LPRL se refería únicamente a los “números 1⁹⁰ y 2 de este artículo”, por lo que las medidas preventivas a adoptar durante la lactancia eran exclusivamente la adaptación de las condiciones y/o tiempo de trabajo y el cambio de puesto de trabajo, no siendo aplicable a esta situación de riesgo la medida de protección de la seguridad y salud regulada en el art. 26.3 LPRL⁹¹ (la suspensión del contrato de la trabajadora), lo que suponía que en este punto la ley española no satisfacía

⁸⁹ Nótese que no se podrá extender en todos los casos a la trabajadora de parto reciente las medidas preventivas de los apartados segundo y tercero con el argumento de que es trabajadora lactante pues, como vimos, la aplicación de estas medidas se supedita a que la lactancia sea natural, excluyéndose por tanto de su ámbito de aplicación la situación de la trabajadora en periodo de lactancia artificial.

⁹⁰ Por lo que se refiere a la “adaptación”, la remisión del apartado cuarto no supone más que una reiteración pues el art. 26.1 LPRL ya establece que el empresario adoptará esta medida preventiva cuando la evaluación de riesgos revele la existencia de un riesgo o posible repercusión “sobre el embarazo o la lactancia” de las trabajadoras.

⁹¹ En contra de este criterio y entendemos que sin amparo normativo, se pronunciaba la STSJ de Madrid de 19 de abril de 2001 (AS 2001/2342), al entender que “de una situación de riesgo para el lactante derivada de una inevitable exposición de la madre a vapores tóxicos...no se deriva la consecuencia jurídica que se interesa en la demanda, esto es, el derecho a la prestación por incapacidad temporal, sino el derecho a la suspensión del contrato laboral conforme al art. 45 del ET en relación al art. 26 de la Ley 31/1995 de 8-11 precisamente por riesgo en el periodo de lactancia”.

plenamente “la letra y el espíritu de la Directiva 92/85/CEE”⁹². La LOI ha puesto fin a esta situación al dar una nueva redacción al art. 26.4 de la ley prevencionista que ahora prevé la posibilidad de declarar “el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el art. 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número tres de este artículo”.

3. En cuanto al alcance temporal de las medidas preventivas es claro, a tenor de la nueva redacción del apartado cuarto del art. 26 de la ley prevencionista, que la suspensión del contrato sólo podrá adoptarse durante los nueve primeros meses de vida del lactante, sin que este límite se prevea expresamente para las medidas reguladas en los dos primeros apartados del citado artículo. Sin embargo, entendemos más acorde con la finalidad preventiva del precepto las opiniones doctrinales⁹³ que, antes de la reforma, defendían que las medidas preventivas debían adoptarse mientras persistiese el riesgo, sin que, por tanto, fuese de aplicación la duración máxima establecida en el art. 37.4 ET (ahora recogida expresamente respecto a la suspensión del contrato en el art. 26.4 LPRL).
4. Para la adopción de las medidas previstas en los dos primeros apartados durante el periodo de lactancia natural, el apartado cuarto del art. 26 LPRL exige que el presupuesto para aplicar estas medidas, esto es, el que las condiciones de trabajo pueden afectar negativamente en la salud de la mujer o del hijo, se certifique por los “Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo”. Nos encontramos, de esta forma, con un requisito adicional pues el empresario, una vez que la evaluación preventiva ha detectado la existencia de riesgos para la seguridad o salud de la trabajadora o del hijo, no podrá adoptar directamente las medidas preventivas (posibilidad que, como ya hemos visto, sí tiene cuando se

⁹² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El Riesgo durante...*, op. cit., pág. 60. Esta defectuosa transposición implicaba una laguna normativa pues el art. 26 LPRL dejaba sin regular la situación de la trabajadora lactante sometida a un riesgo para su salud o la del feto que no ha podido evitarse por ser técnica u objetivamente imposible o no resultar razonablemente exigible al empresario la adaptación de las condiciones de trabajo o la movilidad funcional. Las soluciones que se proponían no eran del todo satisfactorias: que la trabajadora se acogiese a una excedencia para atender al cuidado de los hijos (art. 46.3 ET) como medio de evitar la exposición al riesgo implicaba que los costes de esta decisión que obedece a fines preventivos los asumiese la trabajadora (pues durante esa situación no recibe salario ni prestación de la Seguridad Social), lo que contravenía el art. 14.5 LPRL, que prohíbe que el coste de las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo recaiga sobre los trabajadores (en este sentido, PIZÁ GRANADOS, J., “Maternidad y prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1999”, AS, n° 20, 2000, pág. 1185); que, amparándose en la existencia de una situación de riesgo (acreditada por el certificado médico), la trabajadora decidiese ejercer el “ius resistentiae” que le reconoce el art. 21.2 LPRL constituiría una solución parcial del problema ya que no bastará con la existencia de un riesgo sino que dicho riesgo deberá ser además grave e inminente; la posibilidad de que la trabajadora abandone la lactancia natural a favor de la artificial supone más que una solución, “una disolución del problema” (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El Riesgo durante...*, op. cit., pág. 62).

⁹³ PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M., op. cit., pág. 826; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El Riesgo durante...*, op. cit., pág. 51. Por su parte, SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 239, supeditan el factor temporal de referencia de los nueve meses “a la certificación y al juicio médico emitidos”.

trata de una mujer embarazada) tendentes a evitarlos sino que antes deberá recabar una certificación médica⁹⁴ que ratifique la existencia de riesgos.

También cabe la posibilidad de que sea la trabajadora quien recabe el certificado con la finalidad de que el empresario venga obligado a adoptar las medidas preventivas. En mi opinión esta posibilidad no debe llevarnos a entender (como ha hecho algún sector doctrinal⁹⁵) que la adopción de las medidas de protección únicamente se producirá a instancia de la trabajadora, pues el empresario también tiene la posibilidad (y la obligación, si ha detectado riesgos) de solicitar la emisión del informe médico.

h. Permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.

El apartado quinto del art. 26 LPRL reconoce a las trabajadoras embarazadas el “derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto”⁹⁶. De esta forma, el art. 26 LPRL transpone de forma generosa el art. 9 de la Directiva 92/85/CEE, que únicamente recoge el supuesto de permiso remunerado para la realización de exámenes prenatales.

A pesar de su ubicación sistemática, es claro que estos permisos no se constituyen como medidas de protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada o del feto – el disfrute de los mismos no se hace depender de la existencia de riesgos en el trabajo–, sino que responden a una “tutela genérica”⁹⁷ de la mujer embarazada.

De acuerdo con el art. 26.5 LPRL, la trabajadora que ejercite estos derechos lo deberá hacer preavisando al empresario y justificando la necesidad de realizar los exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto dentro de la jornada laboral. Respecto a este segundo requisito, señalan PÉREZ DEL RÍO y BALLESTER PASTOR que “debe entenderse que la trabajadora es libre para elegir el curso y facultativo que desee, estando el empresario obligado a conceder el permiso retribuido que se le solicite si éste coincide con la jornada de trabajo”⁹⁸.

⁹⁴ También el régimen de este certificado ha sido modificado por la LOI pues con anterioridad a la reforma operada por esta norma, y tras la reforma operada por la LCVFL, este certificado del apartado cuarto difería del certificado regulado en el apartado segundo no solo en cuanto a su finalidad y situación en la que aparece sino también en que el certificado del art. 26.2 era emitido por los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, mientras que el certificado que acreditaba la situación de riesgo para la trabajadora lactante lo emitía “el médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora”. La LOI equipara el régimen de estos certificados extendiendo la regulación del certificado del apartado segundo al previsto en el apartado cuarto.

⁹⁵ PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M., op. cit., pág. 826: la exigencia de la aportación del certificado médico supone que “el cambio en el régimen de trabajo a turnos u horario se producirá a instancia de la trabajadora, quien decidirá si hace uso de tal habilitación o no”.

⁹⁶ Por su parte, la disposición adicional undécima LPRL añade este permiso al art. 37.3 ET incorporándole una nueva letra –la f)–.

⁹⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 176.

⁹⁸ En parecidos términos LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección de...”, op. cit., pág. 721.

4. Incumplimientos empresariales subsumibles en el tipo infractor del art. 13.1 TRLISOS.

A la hora de determinar cuáles son los incumplimientos empresariales encuadrables en el art. 13.1 TRLISOS se presentan algunas dudas interpretativas que pasamos a analizar.

A. Incumplimiento de las normas de protección de la seguridad y salud de la trabajadora de parto reciente.

La primera duda acerca de la configuración del tipo infractor que estamos comentando deriva del hecho de que mientras que, en la norma sustantiva se establecen medidas específicas de prevención de riesgos laborales para proteger la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia , el art. 13.1 TRLISOS sanciona la inobservancia empresarial de las medidas preventivas únicamente “durante los periodos de embarazo y lactancia”, de forma que queda fuera del tipo infractor los incumplimientos que se refieran a la mujer de parto reciente. El respeto al principio de tipicidad hace difícil la subsunción de estos incumplimientos en el tipo infractor que estamos comentando.

Sin embargo, no parece que esta conducta empresarial carezca de respuesta por parte del Derecho Administrativo Sancionador. Como vimos anteriormente, a la trabajadora púrpura le es de aplicación no sólo el régimen preventivo previsto en el art. 26 LPRL sino también el recogido en el art. 25 de la ley prevencionista toda vez que se trata de una trabajadora que por sus condiciones personales es especialmente sensible a los riesgos derivados de la actividad laboral. Por tanto, la no adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de esta trabajadora con el objeto de eliminar los riesgos (medida preventiva prevista expresamente en el art. 26.1 LPRL) o no siendo posible dicha adaptación, el no cambiarla de puesto de trabajo (medida que, como analizaremos posteriormente en este trabajo, se deriva del régimen preventivo previsto en el art. 25.1 LPRL) constituirán conductas empresariales que pueden sancionarse a través del tipo recogido en el art. 12.7 TRLISOS que tipifica como infracción grave en materia preventiva la “adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales...” o, en su caso, del art. 13.4 del texto sancionador si de dicha conducta empresarial se deriva un riesgo grave e inminente para la trabajadora.

B. La gravedad del riesgo en la configuración del tipo infractor.

Es de destacar que, el desvalor normativo que el art. 13.1 TRLISOS hace de la inobservancia empresarial de las medidas de protección del embarazo y la lactancia, se produce con independencia no sólo de que acaezca o no un daño para la trabajadora o el lactante sino incluso con independencia de que de la conducta empresarial se derive un riesgo grave para aquéllos.

A diferencia del tipo infractor previsto en el apartado cuarto del art. 13 TRLISOS, y al igual que ocurre con el ilícito administrativo previsto en el apartado segundo del mismo precepto (que, como veremos, sanciona el incumplimiento empresarial de la normativa de protección de la seguridad y salud de los menores), para que la conducta empresarial sea constitutiva de la infracción que estamos analizando no se exige que la misma de lugar a un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

Podemos entender que si la obligación de adoptar las medidas preventivas previstas en el art. 26 LPRL surge cuando en la evaluación prevista en el propio precepto se detectan la existencia de riesgos (ya sean leves, graves o muy graves) para la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, puérpera o en periodo de lactancia, la inobservancia de aquéllas implicará que dichos riesgos no han desaparecido. Por tanto, la calificación de la infracción de las medidas de protección específica de la maternidad será de muy grave (al ser constitutiva del art. 13.1 TRLISOS) con independencia de la gravedad del riesgo generado.

Como estamos viendo, lo que sanciona a través del tipo que estamos comentando es la inobservancia de la normativa protectora de la maternidad en materia de seguridad y salud con independencia de la gravedad del riesgo generado. Pero es más, podemos pensar en algún supuesto de incumplimiento empresarial encuadrable en el tipo aunque del mismo no se genere riesgo alguno ya que entendemos que el incumplimiento del orden de prelación entre las medidas preventivas supone una inobservancia de esta normativa preventiva (el empresario que suspende el contrato de la trabajadora embarazada pudiendo evitar el riesgo laboral cambiándola de puesto de trabajo, incumplirá la normativa del art. 26 LPRL aunque de su conducta no se derive ningún riesgo para la trabajadora) constitutiva del ilícito administrativo que estamos comentando⁹⁹. Además, como destacaremos inmediatamente, el incumplimiento de la obligación de evaluación de riesgos prevista en el art. 26.1 LPRL es subsumible en el tipo infractor recogido en el apartado primero del art. 13 TRLISOS y este incumplimiento se produce aunque posteriormente se probase que la misma hubiese detectado la inexistencia de riesgos.

C. Concreción de los incumplimientos empresariales subsumibles en el art. 13.1 TRLISOS.

El art. 13.1 TRLISOS sanciona, como hemos visto, el incumplimiento empresarial de las “normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia”. A la hora de conectar la normativa sustantiva con la sancionadora, esto es, a la hora de determinar cuáles son esas “normas específicas” de las que habla el tipo infractor, han surgido diferentes opiniones doctrinales:

⁹⁹ En este sentido, destaca MARTÍN HERNÁNDEZ, que el “régimen jurídico consagrado en el art. 26 LPRL no consigue garantizar que el empresario va a adoptar las medidas de seguridad necesarias y más eficaces que además permitan que las trabajadoras pueden seguir trabajando (ejerciendo su derecho al trabajo), sino que, por el contrario, le deja un amplio margen de libertad para justificar que no hay en la empresa un puesto de trabajo que pueda desempeñar la trabajadora embarazada y que al mismo tiempo esté exento de riesgos para su vida y salud”: MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L., op. cit., págs. 153-154. El acudir a la suspensión del contrato de trabajo como medida preventiva en los supuestos de riesgo durante el embarazo pese a existir la posibilidad de adoptar las medidas preventivas previstas en los dos primeros apartados del art. 26 LPRL ha sido considerado por la STC 161/2004, de 4 de octubre, una conducta discriminatoria por razón de sexo. Esta doctrina constitucional permitiría encuadrar este incumplimiento empresarial de la normativa preventiva en el art. 8.12 TRLISOS, que tipifica como infracción muy grave en materia laboral, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones por circunstancias de sexo. No obstante, entendemos que, por tratarse de medidas preventivas, es más correcta su subsunción en el art. 13.1 TRLISOS.

1. Para algunos autores¹⁰⁰ a través del art. 13.1 TRLISOS se sanciona no sólo el incumplimiento empresarial de las medidas previstas en el art. 26 LPRL sino también el incumplimiento de las previsiones del art. 37.4 ET (que regula el permiso por lactancia) y 48.4 ET (que regula la suspensión del contrato con reserva a puesto de trabajo por maternidad) y ello debido a la naturaleza protectora de la seguridad y salud de la trabajadora que tienen estas normas estatutarias.
2. LOUSADA AROCHENA¹⁰¹ matiza la anterior postura doctrinal y defiende que como normas específicas de protección de la seguridad y salud a las que se refiere el art. 13.1 TRLISOS se debe entender por “imperativos de derecho interno”, las contenidas en el art. 26 LPRL, incluyendo el permiso previsto en el apartado quinto del citado precepto y la normativa reglamentaria o convenida colectivamente que desarrolla el mismo. También deberá entenderse incluidas en la citada normativa, por “imperativos del derecho comunitario”, las normas de protección de las trabajadoras contenidas en la Directiva 92/85/CEE no previstas en el art. 26 LPRL¹⁰². Por el contrario, parece que no se incluiría en esta normativa el permiso de lactancia regulado en el art. 37.4 ET¹⁰³, siendo encuadrables los incumplimientos empresariales referentes al mismo en el tipo infractor recogido en el art. 7.5 TRLISOS, que califica como infracción grave en materia de relaciones laborales la “transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de (...) permisos...”.
3. Frente a las anteriores argumentaciones entendemos que en el tipo infractor que estamos comentando solo son encuadrables los incumplimientos empresariales de la normativa específicamente preventiva por lo que habrá que estar a la naturaleza de la disposición vulnerada. La protección de la maternidad no se agota en nuestro ordenamiento jurídico con medidas de prevención de riesgos laborales sino que en el mismo tienen cabida otras medidas que no tienen naturaleza estrictamente preventiva y cuya inobservancia empresarial no será encuadrable en el tipo infractor recogido en el art. 13.1 TRLISOS. Medidas específicamente preventivas son las previstas en los tres primeros apartados del art. 26 LPRL¹⁰⁴ y la normativa

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 233.; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 296.

¹⁰¹ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección...”, op. cit., pág. 306.

¹⁰² Estas normas comunitarias serían el art. 8 que recoge el permiso de maternidad y el art. 10 que prohíbe el despido de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, “salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo”. Como se sabe, en nuestra normativa interna el derecho de la trabajadora a que se la suspenda su contrato con derecho a la reserva del puesto de trabajo aparece regulado en el art. 48.4 ET y la prohibición del despido aparece establecida de manera indirecta (declarando la nulidad del mismo) en el art. 55.5.b) del texto estatutario.

¹⁰³ El autor duda acerca de la inclusión del permiso de lactancia en la normativa a la que se refiere el art. 13.1 TRLISOS señalando que el mismo no se contempla en la Directiva 92/85/CEE debido a que el permiso de lactancia no es un hecho diferencial de la mujer trabajadora toda vez que se puede utilizar para la lactancia artificial y, por tanto, puede ser ejercitado por el padre.

¹⁰⁴ Se ha entendido (PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., op. cit., pág. 60) que el incumplimiento de la obligación de evaluación de riesgos prevista en el art. 26.1 LPRL sería sancionable a través no del art. 13.1 TRLISOS sino del art. 12.1 del propio texto sancionador que tipifica como infracción grave en materia preventiva el “no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos...”. Entendemos

reglamentaria o convenida colectivamente que desarrolla el mismo. A este respecto debemos hacer una matización. Nos referimos al hecho de que, aunque al analizar las adaptaciones en el tiempo de trabajo y la movilidad funcional entendimos que la trabajadora tiene derecho a conservar los derechos retributivos de su puesto de origen (incluidos complementos salariales vinculados al puesto de trabajo), la inobservancia empresarial de este derecho no será encuadrable en el ilícito administrativo del art. 13.1 TRLISOS sino en el más específico del art. 8.1 del texto sancionador¹⁰⁵. Debemos tener en cuenta que este derecho persigue no evitar riesgos laborales sino que la carga de la maternidad no sea soportada económicamente por la mujer, ya que “la Ley se dirige, no sólo a liberarla de los posibles riesgos que para ella o su hijo entrañara la realización de su trabajo, sino también a que no se vea gravada en ningún otro aspecto laboral por el hecho de ser madre” (STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2003¹⁰⁶).

No es de naturaleza estrictamente preventiva el permiso previsto en el apartado quinto del citado precepto prevencionista, “por lo que su localización en la LPRL resulta cuestionable”¹⁰⁷. El disfrute de este permiso no depende de que la trabajadora embarazada esté sometida a determinados riesgos laborales y no parece que de los comportamientos empresariales que no respeten las previsiones previstas en el art. 26.5 LPRL pueda derivarse la posibilidad de que la trabajadora embarazada sufra un daño derivado del trabajo.

Tampoco nos parece que tenga naturaleza preventiva el permiso por lactancia regulado en el art. 37.4 del texto estatutario pues igualmente se concede aunque no existan riesgos que afecten a la trabajadora o al lactante y se permite que sea el padre quien disfrute del mismo al cubrir también la lactancia artificial¹⁰⁸.

Las inobservancias empresariales de las previsiones relativas a estos permisos previstos en los arts. 26.5 LPRL y 37.4 ET serán, por tanto, subsumibles no en el art. 13.1 TRLISOS sino en el art. 7.5 TRLISOS.

sin embargo que la incorporación al art. 26.1 LPRL de esta evaluación específica permite encuadrar su inobservancia en el tipo infractor del art. 13.1 TRLISOS.

¹⁰⁵ El art. 8.1 TRLISOS tipifica como infracción muy grave en materia laboral el “impago y los retrasos reiterados en el pago de los salarios debidos”.

¹⁰⁶ AS 2004/1171.

¹⁰⁷ PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., op. cit., pág. 65.

¹⁰⁸ El carácter no preventivo del permiso por lactancia se deduce de lo dispuesto por la STS de 20 de junio de 2005 (RJ 2005/6597), que, al declarar la legalidad de una cláusula convencional que establecía la posibilidad de acumular las horas del permiso de lactancia mediante el disfrute del permiso de un mes retribuido, afirma que lo previsto en el art. 37.4 ET es susceptible de admitir la mejora en el convenio y que esto es lo que han hecho las partes firmantes del convenio colectivo impugnado, “al permitir que el titular del derecho pueda voluntariamente optar por la acumulación de los permisos si, como consecuencia de sus necesidades, dicha acumulación garantiza mejor la *protección y atención del recién nacido*, que es precisamente la finalidad que persigue el art. 37 ET” (el subrayado es nuestro). Posteriormente, esta posibilidad de que la mujer trabajadora acumule el permiso de lactancia en jornadas completas sería recogida normativamente en el segundo párrafo del art. 36.4 ET, en la redacción dada por la LOI. Esta acumulación se deberá producir, según el citado precepto estatutario, “en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella”.

Tampoco tienen naturaleza preventiva las disposiciones relativas a la suspensión del contrato por maternidad (tal vez con la excepción de las seis semanas puerperales que “se dirigen a garantizar la atención al menor y la recuperación materna”¹⁰⁹), que persigue fundamentalmente “la atención y cuidado al niño, lo que explica su posible transmisión al padre”¹¹⁰ ni la prohibición del despido.

El que estas medidas (suspensión del contrato y prohibición del despido) aparezcan reguladas en la Directiva 92/85/CEE no nos parece suficiente motivo para conceptuarlas como medidas específicas de protección de la seguridad y salud pues, para entender que en nuestro ordenamiento interno una determinada disposición se configura como medida específica en materia preventiva, no basta con que la misma se haya recogido previamente en una norma comunitaria de seguridad y salud. En este sentido podemos recordar que la Directiva 2003/88/CE¹¹¹, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, ha entendido que esta materia es de seguridad y salud mientras que en nuestro ordenamiento interno se sigue regulando en el texto estatutario y los incumplimientos empresariales de las normas que regulan el tiempo de trabajo son constitutivas no de infracciones en materia preventiva sino en materia de relaciones laborales (art. 7.5 TRLISOS).

Creemos que las decisiones unilaterales del empresario que no respeten las previsiones en materia de suspensión del contrato por maternidad o prohibición de despido (por ejemplo el despido de la trabajadora de baja por maternidad, salvo que éste se declare procedente por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho a la suspensión del contrato) podrán considerarse discriminatorias y, por tanto, encuadrables en el tipo infractor recogido en el art. 8. 12 TRLISOS.

En este sentido, la STC 17/2003, de 30 de enero, destacaba que “los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE” y que de la “Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo”. Por su parte, las citadas sentencias del TS de 19 de julio de 2006 señalan que la “principal razón a favor de considerar el «conocimiento por el empleador del estado del embarazo» como elemento o requisito constitutivo del despido nulo de la mujer embarazada es que la Ley 39/1999 concibe dicha calificación como un supuesto particular de «despido discriminatorio», esto es, de despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en el que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por razón de cargas familiares”.

¹⁰⁹ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., op. cit., pág. 433.

¹¹⁰ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., op. cit., pág. 433.

¹¹¹ Que deroga la anterior Directiva 93/104/CE.

En sede normativa, cabe recordar que el art. 8 LOI establece que constituye “discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo y la maternidad”.

Ahora bien, las conductas discriminatorias también pueden ser, a su vez, contrarias a la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas. Así, en la citada STC 17/2003, se indica que la protección de la mujer “condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las *consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora*”¹¹² (el subrayado es nuestro). No obstante, entendemos, que en la prohibición de despido implícitamente recogida en las letras *a)*, *b)* y *c)* del art. 55.5 ET prima el carácter antidiscriminatorio sobre el preventivo por lo que las conductas empresariales que conculquen esta prohibición deben encuadrarse en el art. 12.8 TRLISOS y no en el art. 13.1 del citado texto normativo.

En definitiva, aunque la inobservancia empresarial de los permisos, suspensión del contrato y prohibición del despido a los que acabamos de hacer referencia tal vez tuviesen encuadre en el tipo infractor del art. 11.1 LISOS que recogía como infracción muy grave en materia de seguridad, higiene y salud laborales la inobservancia empresarial “de la normativa vigente relativa a la protección de los periodos de embarazo y lactancia”, sin exigir, pese a su ubicación sistemática, que esta normativa tuviese específicamente naturaleza preventiva, entendemos que, tras la entrada en vigor de la LPRL que introduce en nuestro ordenamiento interno, a través de su art. 26, una normativa de protección de la maternidad en cuanto a seguridad y salud en el trabajo se refiere (la cual no incorpora ninguna de las disposiciones estatutarias que protegen estos estados biológicos de la mujer trabajadora ni se remite a ellas –a diferencia de lo que respecto al trabajo de los menores hace el art. 27 LPRL, que incorpora a su contenido las limitaciones a las contrataciones de menores de las que habla el art. 6.2 ET–) y recoge un tipo infractor que sanciona la inobservancia empresarial de las *normas específicas* en materia de protección de *la seguridad y salud* de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia, es claro que en nuestro ordenamiento no todas las normas que protegen estos estados de la trabajadora se constituyen como medidas preventivas. Entendemos que los arts. 37.3.f), 37.4, 48.4 y 55.5 del texto estatutario no se configuran como normas específicas en materia de seguridad y salud, por lo que su inobservancia no será encuadrable en el art. 13.1 TRLISOS.

¹¹² En este sentido, el considerando decimoquinto de la Directiva 92/85/CEE establece que “el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido”.

II. INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD DE LOS MENORES.

1. Introducción.

Los menores (en nuestro ordenamiento jurídico laboral los mayores de dieciséis y menores de 18 años¹¹³) son especialmente vulnerables frente a los riesgos derivados de su prestación laboral debido a su falta de experiencia, inmadurez para evaluar aquéllos y desarrollo todavía incompleto, lo que motiva que sean objeto de una protección específica por lo que se refiere a su seguridad y salud. Esta protección se articula a través de unas medidas preventivas específicas previstas en el art. 27 LPRL (que transpone al Derecho español la Sección II de la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo), cuyo incumplimiento será encuadrable en el art. 13.2 TRLISOS.

Concretamente, el art. 13.2 TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave del empresario en materia de prevención de riesgos laborales la inobservancia de “las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de los menores”.

Este tipo infractor tiene su antecedente normativo en el art. 11.2 LISOS que recogía como infracción muy grave en materia de seguridad, higiene y salud laborales, la “inobservancia de la normativa vigente relativa a trabajos prohibidos a los menores”.

Ahora bien, respecto a este tipo infractor surge la duda de si en el mismo son subsumibles además de las conductas empresariales contrarias a lo previsto en el art. 27 LPRL, las que incumplen otras disposiciones reguladoras del trabajo de menores. Nos referimos a los arts. 6 (que prevé, en su tercer apartado, la prohibición para los menores de realizar horas extras o trabajo nocturno), 34 (que, en su apartado tercero, limita a ocho horas diarias la jornada máxima de los menores y establece una pausa para los mismos de, al menos, 30 minutos en las jornadas continuadas de más de cuatro horas y media en su apartado cuarto) y 37 (cuyo apartado primero establece para los menores un descanso mínimo semanal de dos días ininterrumpidos) del texto estatutario. Para responder a esta cuestión debe tenerse en cuenta que la norma comunitaria a la que se acaba de hacer referencia regula junto con las medidas específicamente preventivas estas disposiciones acerca del tiempo de trabajo del menor, ya que, como considera la propia Directiva, “para garantizar la seguridad y salud de los jóvenes, éstos deben gozar de periodos mínimos de reposo –diario, semanal y anual– y de periodos de pausa adecuados”. Pero, por otra parte, lo cierto es que, tradicionalmente, nuestro ordenamiento sustantivo ha regulado diferenciadamente el tiempo de trabajo y las medidas de seguridad y salud laborales, lo que se ha trasladado al ámbito sancionador tal y como lo demuestra la coexistencia junto con el art. 13.2 TRLISOS de un tipo infractor que sanciona la transgresión empresarial “de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral” (art. 8.4 TRLISOS).

El análisis del art. 13.2 TRLISOS exige el estudio previo de la normativa sustantiva cuyo incumplimiento se sanciona a través del mismo, por lo que se analizará en este

¹¹³ El art. 27 LPRL habla de “jóvenes menores de dieciocho años” y el art. 6.1 ET prohíbe la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años. Esta prohibición conoce la excepción de la posible intervención de menores de dieciséis años en espectáculos públicos (apartados tercero del art. 6 ET).

trabajo las obligaciones preventivas previstas en el art. 27 LPRL. Previamente al estudio de este precepto prevencionista, nos parece interesante hacer referencia a la norma comunitaria que se transpone a través de aquél. Por último, responderemos a la cuestión planteada más arriba para lo cual tendremos que delimitar el tipo infractor en materia preventiva respecto del art. 8.4 TRLISOS.

2. La protección del menor en el Derecho comunitario.

La Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes¹¹⁴ en el trabajo presenta tres bloques temáticos: el trabajo de los niños, las medidas de seguridad laboral en sentido estricto y todo lo relativo al tiempo de trabajo, horario y descanso de los jóvenes¹¹⁵.

Por tanto, se puede afirmar que el ámbito de esta norma comunitaria “excede de la seguridad y salud laborales de los jóvenes”¹¹⁶. Centrándonos en el segundo de esos bloques (que viene constituido por la Sección II de la Directiva), podemos destacar que la Directiva 94/33/CE fundamenta en su preámbulo la aplicación a los jóvenes de medidas específicas, en lo que respecta a su seguridad y salud, en el hecho de que éstos se constituyen como uno de los grupos a los que hace referencia el art. 15 de la Directiva 89/391/CEE, esto es, como grupos de riesgo especialmente sensibles.

Esta especial sensibilidad de los jóvenes frente a los riesgos laborales se deriva, como el propio preámbulo establece, de su falta de experiencia, falta de consciencia de los riesgos existentes o virtuales y de su desarrollo incompleto y supone que estos trabajadores estén sometidos a riesgos específicos frente a los cuales los Estados miembros y las empresas deberán adoptar las medidas de prevención y protección adecuadas.

A. Las obligaciones preventivas del empresario.

Respecto a las medidas a adoptar por el empresario, el art. 6 de la Directiva establece unas obligaciones generales. A diferencia de la Directiva 92/85/CE (para el caso de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia), esta Directiva 94/33/CE no establece unas medidas específicas de protección sino que se limita a indicar que el empresario tomará las “medidas necesarias” para proteger la seguridad y salud de los jóvenes teniendo en cuenta los riesgos específicos que se derivan de su condición (art. 6.1).

El segundo apartado del art. 6 establece que el empresario debe adoptar las anteriores medidas basándose en una evaluación de los riesgos que existan para los jóvenes, la cual habrá de realizarse antes de que éstos se incorporen al trabajo y siempre que se modifiquen de manera importante sus condiciones laborales y se centrará en los siguientes puntos: a) los equipos y el acondicionamiento del lugar de trabajo y del puesto de trabajo; b) la naturaleza, grado y duración de la exposición a agentes físicos,

¹¹⁴ El art. 3.a) de la norma comunitaria define “joven” como toda persona menor de 18 años que tenga una relación o un contrato de trabajo.

¹¹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 177.

¹¹⁶ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; VALDÉS DALRÉ, F. (Coords.), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 49.

biológicos y químicos; c) el acondicionamiento, elección y utilización de los equipos de trabajo, en particular de agentes, máquinas, aparatos e instrumentos, así como de su manipulación; d) el acondicionamiento de los métodos de trabajo y del desarrollo del trabajo y su interacción (organización del trabajo); e) el estado de la formación e información de los jóvenes.

Merece destacarse este último apartado en el sentido de que, en virtud del mismo, el empresario vendrá obligado a realizar una evaluación subjetiva, esto es, una evaluación de las concretas condiciones personales del joven al que pretende contratar. Si partimos del hecho de que el joven está sometido a unos riesgos específicos (a los cuales, bajo unas mismas condiciones de trabajo, no estarían sometidos los trabajadores adultos) debido a sus condiciones personales, parece apropiado entender que para determinar tanto la existencia como la intensidad del riesgo será necesario efectuar una evaluación de esas condiciones personales que lo hacen especialmente sensible frente a los riesgos laborales, esto es, de su propia experiencia, grado de consciencia ante los riesgos laborales y desarrollo incompleto.

Por tanto, junto con la evaluación objetiva de riesgos (evaluación de las condiciones de trabajo) el empresario llevará a cabo una evaluación subjetiva (de las condiciones personales del joven). A esta evaluación subjetiva parece referirse el art. 6.2.e) de la Directiva pues el estado de formación e información de los jóvenes vendrá determinado por esas condiciones personales.

Si, como consecuencia de la evaluación de riesgos que acabamos de comentar, se detectase la existencia de un riesgo para la seguridad, salud o desarrollo de los jóvenes, el empresario vendrá obligado, en virtud del art. 6.2 de la Directiva, a llevar a cabo con regularidad una evaluación y vigilancia de la salud de los jóvenes.

Junto con estas obligaciones generales de evaluación de riesgos y adopción de las medidas preventivas necesarias, la Directiva 94/33/CE (art. 6.3) impone al empresario la obligación de informar a los jóvenes acerca de los posibles riesgos y de las medidas preventivas que hayan de aplicarse para evitar los mismos.

B. Las obligaciones de los Estados miembros.

Una vez comentadas las obligaciones generales de los empresarios, pasemos a ver las obligaciones que, para los Estados miembros prevé, en su art. 7, la Directiva 94/33/CE respecto a la protección de la seguridad y salud de los jóvenes en el trabajo.

En su apartado primero, el art. 7 establece la obligación general de los Estados miembros de velar por la protección de los jóvenes contra los riesgos específicos contra su seguridad y salud.

Esta protección de los jóvenes supondrá, en determinados casos, la prohibición de trabajar. La Directiva 94/33/CE establece una doble clasificación¹¹⁷ de las prohibiciones de trabajo que los Estados miembros han de establecer con el fin de proteger la seguridad, salud y desarrollo de los jóvenes. Así, en su párrafo primero, el art. 7.2

¹¹⁷ Destaca LOZANO LARES que esta doble clasificación obedece al distinto grado de riesgo que comportan cada uno de los grupos, entendiendo que los trabajos a los que se refiere el segundo párrafo del art. 7.2 entrañan más riesgos para la seguridad, salud y desarrollo de los jóvenes que los referidos en el primer párrafo: LOZANO LARES, F., *La Regulación del Trabajo de Menores y Jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000, pág. 171.

contiene una clasificación con prohibiciones genéricas¹¹⁸ sin que llegue a “detallarse el concreto tipo de trabajo que debería ser prohibido”¹¹⁹, mientras que en el segundo párrafo del citado precepto se contiene una clasificación más detallada y específica de los trabajos que han de ser prohibidos por entrañar riesgos específicos para los jóvenes derivados de su falta de experiencia, inconsciencia y desarrollo incompleto. Así, se prohíben los trabajos que impliquen una exposición nociva a los agentes físicos, biológicos y químicos que figuran en el apartado I de un Anexo final y los procedimientos y trabajos que aparecen descritos en el apartado II del citado Anexo. La relación de trabajos prohibidos que aparece en el Anexo final tiene un carácter no exhaustivo, limitándose, por tanto, la Directiva 94/33/CE a “ofrecer unas pautas básicas que necesariamente tendrán que ser completadas por las distintas reglamentaciones internas”¹²⁰.

Por último, el apartado tercero del art. 7 recoge la posibilidad de que los Estados miembros establezcan excepciones a la prohibición del trabajo de los jóvenes prevista en el art. 7.2. Estas excepciones, que los Estados miembros pueden establecer por vía legislativa y/o reglamentaria, procederán sólo si son imprescindibles para la formación profesional de los jóvenes. En el caso de que los Estados miembros autoricen estas excepciones, los empresarios tendrán que garantizar la protección de la seguridad y salud de los jóvenes “confiando el control de dichos trabajos bajo la vigilancia de una persona competente en el sentido del artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE...”¹²¹.

3. La protección del menor en la LPRL.

A. Transposición de la Directiva 94/33/CE.

La protección del menor en la LPRL aparece regulada en su art. 27 que transpone a nuestro ordenamiento interno los arts. 6 y 7 de la Directiva 94/33/CE anteriormente comentados. Por tanto, el art. 27 de la ley prevencionista transpone únicamente las medidas de seguridad laboral en sentido estricto que recoge la Directiva¹²². Respecto al resto de disposiciones de la norma comunitaria –prohibición de trabajo de los niños: art. 4; tiempo de trabajo: art. 8; trabajo nocturno: art. 9; periodo de descanso: art. 10; descanso anual: art. 11; pausas: art. 12–, nuestro ordenamiento jurídico se había anticipado a las prescripciones comunitarias pues el ET¹²³ ya recogía con anterioridad y,

¹¹⁸ Así, se prohíbe el trabajo de los jóvenes en trabajos: a) que superen objetivamente sus capacidades físicas o psicológicas; b) que impliquen una exposición nociva a agentes tóxicos, cancerígenos, que produzcan alteraciones genéticas hereditarias, que tengan efectos nefastos para el feto durante el embarazo o tengan cualquier otro tipo de efecto que sea nefasto y crónico para el ser humano; c) que impliquen una exposición nociva a radiaciones; d) que presenten riesgos de accidente de los que se pueda suponer que los jóvenes, por la falta de consciencia respecto de la seguridad o por su falta de experiencia o de formación, no puedan identificarlos o prevenirlos; e) que pongan en peligro su salud por exponerlos a frío o calor, ruidos, o a causa de vibraciones.

¹¹⁹ LOZANO LARES, F., op. cit., pág. 171

¹²⁰ LOZANO LARES, F., op. cit., pág. 171.

¹²¹ Este artículo de la Directiva Marco regula la gestión del deber de protección por parte del empresario sobre la seguridad y salud de los trabajadores.

¹²² GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 177.

¹²³ La prohibición de la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años aparece recogida en el art. 6.1 ET; la prohibición del trabajo nocturno y de la realización de horas extraordinarias viene establecida en los apartados segundo y tercero, respectivamente, del art. 6 ET; el art. 34.3 ET limita a ocho horas diarias la jornada máxima de los menores de 18 años, incluyendo el tiempo dedicado a la formación y las jornadas de trabajo prestadas a distintos empresarios y el art. 34.4 ET establece para los menores una

en algunos casos, al alza¹²⁴, estas disposiciones de la Directiva 94/33/CE, no siendo preciso la transposición de las mismas.

La doctrina ha criticado que el art. 27 LPRL no haga referencia a estas medidas previstas en el ET dado el carácter prevencionista de las mismas¹²⁵. Así, el profesor FERNÁNDEZ MARCOS entiende que, aunque el artículo 27 LPRL no desciende a establecer medidas preventivas concretas para los menores, “son muchas las medidas preventivas específicas aplicables a los trabajadores menores de dieciocho años”¹²⁶, entre las que destaca las previstas en el art. 6 ET.

La cuestión, tal y como veremos más adelante, tiene una especial trascendencia a la hora de aplicar el régimen de responsabilidades administrativas del empresario por incumplimiento de estas normas. Esto es, si entendemos que los preceptos del ET que regulan el trabajo de los menores incorporan medidas de protección específica de la seguridad y salud de estos trabajadores, la inobservancia por parte del empresario de estos preceptos estatutarios sería constitutiva de la infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales recogida en el art. 13.2 TRLISOS y no de la infracción prevista en el art. 8.4 del mismo texto normativo. El encuadramiento del incumplimiento empresarial en uno u otro de estos tipos sancionadores incidirá en la gravedad de la sanción a imponer al empresario dado el régimen sancionador específico (y más gravoso) que la “prevención de riesgos laborales” presenta desde la LPRL y que se ha mantenido en el TRLISOS.

Pasemos a analizar las medidas preventivas específicas que para la protección de la seguridad y salud de los menores en el trabajo establece el art. 27 LPRL y que consisten en una especificación de las obligaciones empresariales de evaluación de riesgos e información preventiva y una limitación a la contratación de menores en trabajos que presenten riesgos específicos.

B. Evaluación de riesgos.

En realidad, el art. 27 LPRL no hace sino concretar y reforzar para el caso de que un puesto de trabajo vaya a ser ocupado por un menor la obligación de evaluación de riesgos prevista, con carácter general, en el art. 16 LPRL¹²⁷. Analicemos a continuación cómo se configura esta evaluación específica de riesgos.

pausa de, al menos, 30 minutos en las jornadas continuadas de más de cuatro horas y media; el art. 37.1 ET establece para los menores un descanso mínimo semanal de dos días interrumpidos; por último, el art. 38 ET reconoce (con carácter general y sin ninguna especificidad para el caso de los menores) un descanso anual no inferior a treinta días naturales.

¹²⁴ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN destaca que “parece como si la Ley 11/1994, aun anterior en apenas un mes a la Directiva 94/33/CE, aprovechara para anticiparse a la transposición de esta Directiva, sobre todo en materia de tiempo de trabajo de los jóvenes”: GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 49.

¹²⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 178; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., y PÉREZ BORREGO, G., op. cit., pág. 434.; DÍAZ MOLINER, R., *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales* (Vol. II), Dijusa, Madrid, 1998, pág. 300.; LOUSADA AROCHENA critica esta dispersión legislativa que “realmente atenta contra el espíritu de la Directiva” ya que el hecho de que la Directiva 94/33/CE se dictase en el ámbito de la política comunitaria sobre salud laboral, obligaría a que “la normativa transponedora se contuviese, asimismo, en la legislación interna sobre salud laboral”: LOUSADA AROCHENA J.F., “La protección de la salud laboral de los trabajadores jóvenes”, *Revista Técnico-Laboral*, n° 81, 1999, pág. 529.

¹²⁶ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 131.

¹²⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 179.

a. Momento de la evaluación.

Establece el art. 27 LPRL en su apartado primero que, antes “de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo...”.

Como vemos, se prevén dos momentos en los cuales el empresario ha de llevar a cabo esta evaluación específica de riesgos respecto de los menores: i) antes de la incorporación de éstos al trabajo; ii) previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo.

i. *Evaluación de riesgos con anterioridad a la incorporación del menor al trabajo.*

Tal y como se dijo al tratar la protección de la maternidad, del art. 16 LPRL y del Capítulo II del RSP se deriva la existencia de dos fases en la evaluación de riesgos. En primer lugar, en virtud del art. 4.1.b) RSP¹²⁸, el empresario vendría obligado a efectuar una evaluación inicial durante la cual ya se deberá tener en cuenta la posibilidad de que los diferentes puestos de trabajo sean ocupados por menores. Esta obligación se impone al empresario con independencia de que los puestos de trabajo los estén ocupando en ese momento trabajadores menores¹²⁹ y su cumplimiento permitirá al empresario determinar, entre otras cosas, qué puestos de trabajo de su empresa se encuentran vedados a los menores por suponer la realización de trabajos prohibidos por el Decreto de 1957, que analizaremos posteriormente. En segundo lugar, art. 4.2.c) RSP establece la obligación del empresario de realizar una nueva evaluación (que se constituirá como la segunda de las fases del proceso de evaluación) de los puestos de trabajo cuando se pretende la incorporación “de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto”.

Entendemos que la evaluación que, en virtud del art. 27 LPRL, debe realizar el empresario con carácter previo a “la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años” constituye una concreción de la obligación prevista en el art. 4.2.c) RSP.

El art. 27.1 LPRL ha sido interpretado por algunos autores en el sentido de que la evaluación se habrá de realizar con carácter previo a la contratación del menor¹³⁰. Entendemos que esto será así, únicamente, en el caso de que el menor tenga una capacidad laboral limitada y necesite para contratar la autorización o permiso de su representante legal conforme al art. 7.b) ET ya que en estos casos, el art. 27.1 LPRL establece que el empresario debe informar a los representantes antes de la

¹²⁸ Recordemos que el art. 4.1.b) RSP establece que en la evaluación inicial, el empresario deberá tener en cuenta la posibilidad de que el trabajador que ocupe o vaya a ocupar los distintos puestos de trabajo sea especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a alguna de las condiciones de trabajo.

¹²⁹ Ya vimos como hay autores que no interpretan en este sentido el art. 4.1.b) RSP sino que entendían que el citado precepto implicaba la necesidad de llevar a cabo una valoración de carácter subjetivo destinada a saber si el trabajador reúne alguna de las características que le haría ser sujeto de una protección especial de las definidas por la propia LPRL –art. 25 (discapacidad temporal o permanente), 26 (maternidad) y 27 (menores)–: NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., op. cit., pág. 24.

¹³⁰ APILLUELO MARTÍN, M., *La relación de trabajo del menor de edad*, CES, Madrid, pág. 167; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., y PÉREZ BORREGO, G., op. cit., pág. 435.

contratación¹³¹ acerca de los riesgos y medidas de prevención que afectan al menor, lo que necesariamente implica la previa evaluación de riesgos.

Si, por el contrario, el menor tiene capacidad laboral plena para contratar ya sea por estar emancipado o haber obtenido el “beneficio de la mayor edad”, entendemos que la evaluación se puede producir una vez contratado el menor pero previamente a la iniciación de la actividad laboral.

ii. *Evaluación de riesgos previa a cualquier modificación importante de las condiciones de trabajo.*

Establece al art. 27.1 LPRL otro momento en el que el empresario vendrá obligado a realizar la evaluación de riesgos que puedan afectar al menor: “previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo”.

Como destacan MONTOYA y PIZÁ el adjetivo “importante” aparece utilizado en la ley con un sentido más amplio que el técnico-jurídico de la expresión legal “modificación sustancial de condiciones de trabajo” del art. 41 ET¹³², por lo que habrá de entenderse que la modificación será “importante” cuando “afecte o pueda afectar al sujeto protegido, el menor de dieciocho años, en su salud física o mental”¹³³.

No obstante, nos parece desafortunada la inclusión del adjetivo, sobre todo después de la promulgación del RSP cuyo art. 4.2.b) obliga al empresario a volver a evaluar los puestos de trabajo que se vean afectados “por el cambio en las condiciones de trabajo”, sin exigir que este cambio sea “importante”. Debemos recordar que el art. 4.7 LPRL define “condición de trabajo” como cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia *significativa* en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Por tanto, cualquier cambio, por mínimo que sea, que afecte a una condición de trabajo, será importante en lo que se refiere a la seguridad y salud del menor.

b. Contenido de la evaluación.

La evaluación de riesgos se realizará conjugando un criterio objetivo con un criterio subjetivo¹³⁴.

i. *Evaluación objetiva de los riesgos.*

La evaluación objetiva determinará la naturaleza, el grado y la duración de la exposición del menor “en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o salud de estos trabajadores” (art. 27.1 LPRL). Respecto a esta evaluación y

¹³¹ Aunque la norma establece que el empresario informará a los “padres o tutores que hayan intervenido en la contratación”, veremos que la doctrina es unánime al considerar que nos encontramos ante un error en la redacción del precepto.

¹³² MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 108. En sentido contrario, RODRÍGUEZ RAMOS y PÉREZ BORREGO, quienes entienden que las expresiones “modificación importante” (art. 27 LPRL) y “modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo” (art. 41 ET) son sinónimos: RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., y PÉREZ BORREGO, G., op. cit. pág. 434.

¹³³ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección de...”, op. cit., pág. 529.

¹³⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 241.

estableciendo una comparación con la normativa comunitaria, un sector de la doctrina¹³⁵ ha criticado que el art. 27.1 de la ley prevencionista, al establecer el objeto de aquélla, parece limitarse a los riesgos derivados de los agentes físicos, biológicos y químicos de los que habla el art. 6.2.b) de la Directiva 94/33/CE, obviando el resto de aspectos a tener en cuenta que cita la norma comunitaria.

No compartimos la crítica anterior pues el citado precepto hace referencia a la necesidad de evaluar la exposición del menor a agentes, procesos o “condiciones de trabajo” y la definición que el art. 4.7 LPRL ofrece de estas últimas abarca todos los aspectos a los que se refiere la Directiva¹³⁶, salvo el relativo a la formación e información de los jóvenes, aspecto este último que recoge el art. 27 LPRL en el párrafo segundo de su primer apartado al establecer la necesidad de llevar a cabo una evaluación subjetiva, que pasamos a analizar.

ii. *Evaluación subjetiva de los menores.*

El empresario, a la hora de evaluar los riesgos a los que está sometido el menor, deberá tener en cuenta las características personales que hacen de los menores trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Así, el art. 27.1 LPRL establece, en su segundo párrafo, que “la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto”.

Ahora bien, estas condiciones personales (inmadurez, falta de experiencia y desarrollo incompleto) no pueden evaluarse respecto a los jóvenes en general¹³⁷ o en abstracto¹³⁸ sino que deberán referirse al concreto joven que va a incorporarse al puesto de trabajo. Surge entonces el problema acerca cuáles son los instrumentos de los que puede valerse el empresario para evaluar dichas condiciones personales, entendiendo un sector de la doctrina que las mismas constituyen “aspectos de la personalidad del menor que sólo pueden determinarse con un reconocimiento médico de sus aptitudes psicofísicas”¹³⁹. Cuestión importante sería determinar si el menor viene obligado a someterse a estos reconocimientos médicos o, por el contrario, puede negarse amparándose en el art. 22.1 LPRL que establece, con carácter general, la necesidad del previo consentimiento en su realización.

¹³⁵ APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., pág. 170; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., y PÉREZ BORREGO, G., op. cit., págs. 435-436.

¹³⁶ En este sentido, LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección de...”, op. cit. pág. 530. El art. 4.7 LPRL incluye específicamente en la definición de condiciones de trabajo: en su letra a): las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo, lo que parece abarcar el contenido del art. 6.2. a) y c) de la Directiva; en sus letras b) y c) : la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia así como los procedimientos para la utilización de los mismos, aspecto que aparece recogido en el art. 6.2.b) de la Directiva; por último, la letra d) del art. 4.7 LPRL hace referencia a la organización y ordenación del trabajo en términos parecidos a como lo hace la Directiva en su art. 6.2.d).

¹³⁷ DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 2986.

¹³⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 241.

¹³⁹ LOZANO LARES, F., op. cit., pág. 178. APILLUELO entiende que a la hora de evaluar subjetivamente a cada trabajador en relación a su puesto de trabajo, el reconocimiento médico se constituye como una obligación específica para el empresario: APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., pág. 172.

Para entender que del art.27 LPRL¹⁴⁰ se deriva la obligación empresarial de hacer reconocimientos médicos a los menores, como medio para evaluar las condiciones personales del menor que va a ocupar un puesto de trabajo en la empresa que lo hacen especialmente susceptible a los riesgos laborales, habrá que defender que dichos reconocimientos médicos se constituyen como instrumentos necesarios¹⁴¹ a la hora de realizar la evaluación subjetiva para determinar en cada caso concreto cual es el nivel de inexperiencia, inmadurez y desarrollo del menor. De esta forma, el menor vendría obligado a someterse a esos reconocimientos médicos pues el art. 22.1 LPRL exceptúa del carácter voluntario de los mismos, los supuestos “en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores”¹⁴². Si entendemos que el menor es un sujeto especial de riesgo debido a sus características personales y éstas solo se pueden determinar mediante reconocimientos médicos, la realización de éstos será imprescindible (y, por tanto, obligatoria para empresario y trabajador) para evaluar los riesgos que afectan al menor.

Pero en nuestra opinión resulta excesivo el exigir a la empresa que para determinar en todo caso los riesgos que afectan a los trabajadores menores se deba someter a los mismos a reconocimientos médicos. Siguiendo a APILLUELO, se debe matizar este carácter necesario de los reconocimientos médicos ya que “no se trata de advertir a priori una obligatoriedad absoluta para todo tipo de trabajo y de cualquier menor de edad, sino de valorar especialmente –de cara a advertir la necesidad o no del reconocimiento médico, y con ella su obligatoriedad– los factores citados concurrentes en su minoría de edad en relación directa con la totalidad de los elementos objetivos del trabajo a realizar por ese menor concreto y con los riesgos no solo existentes y previsibles, sino potenciales por su minoría de edad”¹⁴³.

¹⁴⁰ De la normativa comunitaria no podemos deducir el carácter obligatorio de estos reconocimientos ya que el art. 6.2 de la Directiva 94/33/CE establece que, cuando como consecuencia de la evaluación de riesgos se detecte la existencia de un riesgo para el menor, el empresario vendrá obligado a realizar “con regularidad, una evaluación y vigilancia de la salud de los jóvenes, gratuitas y adecuadas, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 89/391/CEE”. Como vemos, la Directiva establece la obligación del empresario de realizar reconocimientos médicos (instrumentos para llevar a cabo la vigilancia de la salud) con posterioridad a la evaluación de riesgos (y solo si ésta ha puesto de manifiesto la existencia de riesgos para el menor), por lo que no podemos concluir que la vigilancia de la salud de la que habla la norma comunitaria forme parte de la evaluación de riesgos de carácter subjetivo que estamos tratando. Pero es que, además, la Directiva 94/33/CE se remite a la hora de hablar de la realización de los reconocimientos médicos a la Directiva Marco, cuyo art. 14.2 dispone la voluntariedad de las medidas de vigilancia de la salud. Por tanto, desde la norma comunitaria “no se le podrá exigir al menor de edad un reconocimiento médico” (APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., pág.174).

¹⁴¹ En este sentido, LOZANO LARES, F., op. cit., pág. 178.

¹⁴² Así lo entiende LOZANO LARES, quien establece que el carácter obligatorio de los reconocimientos también se deriva del hecho de que el segundo párrafo del art. 27.1 LPRL es una de las disposiciones legales a las que se refiere el art. 22.1 LPRL cuando indica que también serán obligatorios los reconocimientos sanitarios “cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos”: LOZANO LARES, F., op. cit., pág. 178.

¹⁴³ APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., pág. 176, quien, no obstante destaca que el “grado de inevitabilidad” de llevar a cabo un reconocimiento médico para evaluar los riesgos “es casi absoluto cuando se trata de trabajadores menores de edad”. La normativa internacional ha recogido la obligatoriedad de estos reconocimientos para determinados trabajos. Así, GONZÁLEZ DÍAZ cita el Convenio OIT núm. 16, sobre examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de los buques de 1921; el Convenio OIT núm. 77, sobre examen médico de aptitud para el empleo de los menores en la industria de 1946; el Convenio núm. 78, sobre examen médico de aptitud de los menores para el empleo de menores e trabajos no industriales de 1946; el Convenio OIT núm. 124, sobre examen

Por último, destacar que el ámbito de protección se amplía a la hora de realizar esta evaluación subjetiva, ya que el segundo párrafo del art. 27.1 LPRL establece que las condiciones personales del menor se tendrán en cuenta al determinar los riesgos específicos no sólo para su seguridad y salud sino también para su “desarrollo”¹⁴⁴. Algunos autores¹⁴⁵ valoran positivamente esta mención al desarrollo como valor específico y adicional a proteger si bien entienden que forma parte de la seguridad y salud del menor.

C. El deber de información del empresario.

El deber de información en materia de seguridad y salud que con carácter general aparece recogido en el art. 18 LPRL se ve reforzado para el caso de que el trabajador sea un menor de edad. El último párrafo del apartado primero del art. 27 LPRL regula este deber de información del empresario para con el menor.

El contenido de esta información vendrá constituido por “los posibles riesgos” y “todas las medidas adoptadas para la protección” de la seguridad y salud del menor.

Los destinatarios de la misma serán los jóvenes y “sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación, conforme a lo dispuesto en la letra *b*) del artículo 7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

Respecto al momento en que se ha de producir esta información, debemos tener en cuenta que este deber de información se vincula a la realización de la evaluación de riesgos¹⁴⁶ por lo que se producirá antes de la incorporación al trabajo (ya vimos que en el caso de los menores no emancipados la evaluación –y, por tanto, la información– tendría lugar antes de la contratación) y previamente a cualquier modificación importante de las condiciones de trabajo del menor. Del texto del art. 27.1 LPRL, que establece que la información se proporcionará a los padres o tutores “que hayan intervenido en la contratación”, parece derivarse que la información a los padres o representantes sólo se debe producir “en los supuestos de evaluación previos a la modificación de las condiciones que de forma importante afecten al menor, casos éstos en que ya se habría producido la contratación”¹⁴⁷. No obstante, compartimos la opinión doctrinal que defiende que nos encontramos ante un error del legislador e interpreta que la información también habrá de producirse con carácter previo a la contratación¹⁴⁸.

médico de aptitud de los menores para el empleo de trabajos subterráneo en minas, de 1965: GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales.*, CES, Madrid, 2002, pág. 393.

¹⁴⁴ Es de destacar que ni en el primer párrafo del art. 27.1 LPRL al regular la evaluación objetiva, ni en el art. 13.2 TRLISOS al tipificar la infracción administrativa muy grave por infracción de las normas de prevención de menores, se menciona el “desarrollo” del menor.

¹⁴⁵ DÍAZ MOLINER, R., op. cit., pág. 298; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 49.

¹⁴⁶ LOSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 531.

¹⁴⁷ APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., pág. 184.

¹⁴⁸ Así lo entienden APILLUELO MARTÍN, M., op. cit. pág 184; GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., op. cit., pág. 395; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., y PÉREZ BORREGO, G., op. cit., pág. 435; DÍAZ MOLINER destaca que, a pesar de la ambigüedad del art. 27, la “solución racional” es que la información se de a los padres con anterioridad a la firma del contrato: DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 299.

D. Los trabajos prohibidos a menores.

a. La limitación a la contratación de menores.

El apartado segundo del art. 27 LPRL recoge un mandato al Gobierno, en virtud del cual, éste deberá establecer las “limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos”¹⁴⁹.

Hasta que el Gobierno cumpla este mandato legal continuará en vigor, tal y como establece el apartado *b*) de la disposición derogatoria única contenida en la LPRL, y en lo relativo al trabajo de menores¹⁵⁰, el Decreto de 26 de julio de 1957 por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores.

Como vemos, en este apartado no se recoge expresamente una obligación preventiva a cargo de la empresa con respecto a los trabajadores menores sino que, transponiendo el art. 7 de la Directiva 94/33/CE, se encomienda a los Estado miembros que, con el objeto de velar que se proteja a los menores contra riesgos específicos contra su seguridad y salud, prohíban el empleo de aquéllos en determinados trabajos.

Una vez establecidas dichas limitaciones, la empresa tendrá como obligación preventiva respetar las mismas por lo que no podrá emplear trabajadores en dichos trabajos. El incumplimiento de dicha obligación será encuadrable en el tipo infractor del art. 13.2 TRLISOS.

Mediante el art. 27.2, la LPRL ha traído a su ámbito de aplicación parte de lo establecido en el art. 6.2 ET (la prohibición de los trabajadores menores de realizar “aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana”). De esta forma, la ley prevencionista recoge la regulación estatutaria acerca del trabajo de menores que trata específicamente de preservar su seguridad y salud, dejando en el texto estatutario el resto de la regulación (prohibición de trabajo nocturno y de realización de horas extraordinarias – art. 6. 2 y 3– y limitación del tiempo de trabajo –art. 34. 3 y 4–).

La doctrina destaca la conexión y diferencias entre el art. 27.2 LPRL y el art. 6.2 ET. Así, mientras que el texto estatutario habla de prohibición de trabajo, la LPRL se refiere a limitaciones a la contratación¹⁵¹. No obstante, creemos que estos textos se

¹⁴⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN destaca que esta regulación reglamentaria tendrá que transponer el art. 7.2 de la Directiva 94/33/CE: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 50.

¹⁵⁰ El Decreto de 26 de julio de 1957 queda derogado en los aspectos de su normativa relativos al trabajo de las mujeres en virtud del apartado *b*) de la disposición derogatoria única de la LPRL.

¹⁵¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, quien también destaca que “el art 27.2 LPRL silencia la intervención que a las organizaciones sindicales más representativas reconoce el art. 6.2 ET”: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 48; RAMOS QUINTANA señala que el art. 7.2 de la Directiva 94/33/CE, al igual que el texto estatutario habla de prohibiciones: RAMOS QUINTANA, M.I., op. cit., pág. 306.; ÁLVAREZ GARCÍA VALVERDE critica que el art. 27 LPRL no utilice el término “prohibición” y entiende que “el art. 6.2 ET es más claro y contundente” en su regulación: ÁLVAREZ GARCÍA VALVERDE, M.D., “El trabajo de los menores y su protección”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 204, 2000, pág. 34.

complementan en tanto las prohibiciones que el Gobierno establezca para los menores de desempeñar actividades o puestos de trabajo que se declaren insalubres, penosos, nocivos o peligrosos supondrán, en la mayoría de los casos, limitaciones a la contratación de los jóvenes menores de dieciocho años en dichos trabajos, en tanto que, las actividades prohibidas recogidas en el art. 1, letras *b*), *c*), *d*), *e*) y *f*) del Decreto de 1957 (que se describirán a continuación) no suponen prohibiciones absolutas “de trabajar en una actividad que por su naturaleza haga que lo prohibido afecte a la totalidad, sino que la prohibición tiene que ver siempre con una circunstancia, factor o elemento que interviene en la ejecución o desarrollo de la prestación laboral”¹⁵².

Por tanto, la prohibición que establece el Decreto de 1957 de “realizar ciertos trabajos o en ciertas condiciones no tiene su paralelismo en la prohibición de contratar los mismos”¹⁵³, pero sí supondrá una limitación a dicha contratación en la medida en que la ejecución de la actividad del menor se ve limitada en el caso de que concurren algunas de las circunstancias previstas en el citado Decreto.

b. La prohibición de trabajar en el Decreto de 1957.

El art. 1 del Decreto de 1957 prohíbe el trabajo de los menores de dieciocho años en: el engrase, limpieza, examen o reparación de las máquinas o mecanismos en marcha que resulten de naturaleza peligrosa (letra *b*)); el manejo de prensas, guillotinas, cizallas, sierras de cinta o circulares, taladros mecánicos y, en general, cualquier máquina que por las operaciones que realice, las herramientas o útiles empleados o las excesivas velocidades de trabajo represente un marcado peligro de accidentes, salvo que éste se evite totalmente mediante los oportunos dispositivos de seguridad (letra *c*)); cualquier trabajo que se efectúe a más de cuatro metros de altura sobre el terreno o suelo, salvo que se realice sobre piso continuo y estable, tal como pasarelas, plataformas de servicios u otros análogos, que se hallen debidamente protegidos (letra *d*)); todos aquellos trabajos que resulten inadecuados para la salud de estos trabajadores por implicar excesivo esfuerzo físico o ser perjudiciales a sus circunstancias personales (letra *e*)); el trabajo de transportar, empujar o arrastrar cargas que representen un esfuerzo superior al necesario para mover en rasante de nivel los pesos (incluido el del vehículo) que se citan en una tabla que establece el propio Decreto (letra *f*)¹⁵⁴.

La última prohibición es absoluta, “en el sentido de no requerir el riesgo en cuestión valoración de ningún tipo por parte de la autoridad laboral a los efectos de precisar si en el caso concreto se presenta como actividad peligrosa”¹⁵⁵. Para el resto de casos, el art. 1 prevé que corresponderá “a las respectivas Inspecciones Provinciales de Trabajo determinar en cada caso particular la medida en que deban aplicarse” las prohibiciones.

La prohibición recogida en la letra *e*) actuaría como cláusula de cierre al establecer una fórmula “tan genérica que abre las puertas a toda una pluralidad de actividades que pueden irse incorporando, en la medida en la que las nuevas tecnologías lo vayan

¹⁵² APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., pág. 151.

¹⁵³ GARCÍA ROMERO, B., y LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La protección Jurídico-Laboral de mujeres y menores*, D.M., Murcia, 2001, pág. 106.

¹⁵⁴ La prohibición de trabajo que se establecía en la letra *a*) del Decreto ha sido derogado pues se remitía a una “relación primera” que establecía “actividades e industrias prohibidas a las mujeres, cualquiera que sea su edad”.

¹⁵⁵ LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 532.

haciendo necesario”¹⁵⁶ al listado recogido en la relación mencionada en el art. 2, que pasamos a comentar.

El art. 2 del Decreto de 1957 prohíbe el trabajo de los menores “en las actividades e industrias que se comprenden en la relación segunda que acompaña al presente Decreto”. Esta relación clasifica las actividades prohibidas en veinticuatro grupos de industrias. Se trata de una relación a triple columna: en la primera se describe la actividad prohibida; la segunda columna recoge el motivo de la prohibición; la última columna establece las condiciones particulares de la prohibición, entendiéndose que si en esta columna no se recoge mención alguna, la prohibición de realizar el trabajo señalado en la primera columna tendrá un carácter general. Como vemos, tampoco todas las actividades recogidas en esta relación se prohíben de forma absoluta sino que, en algunos casos, la prohibición para el menor de trabajar en una actividad dependerá de que concurren las condiciones particulares de la tercera columna.

Ahora bien, esta relación de trabajos prohibidos no tiene un carácter exhaustivo ya que el propio art. 2 extiende la prohibición a “todo trabajo análogo, cualquiera que sea el grupo de industria en que se realice” y el art. 4 prevé la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo igualmente extienda la prohibición “a otros no previstos” en el Decreto siempre que “se demuestre la existencia de un peligro indudable para la vida o salud de los menores”.

Pero, junto con esta posibilidad de “extensión” de las prohibiciones, el Decreto también permite que en ciertos casos se “limiten” las mismas. Así, el art. 3 permite que las Inspecciones Provinciales de Trabajo autoricen el empleo de los menores de dieciocho años “siempre que, mediante contrato de aprendizaje o tratándose de trabajo específicamente adecuado a sus condiciones, queden plenamente garantizadas la seguridad y la salud del trabajador”. Por su parte, el segundo párrafo del art. 4 faculta al Ministerio de Trabajo a suspender o condicionar las prohibiciones previstas en la relación segunda cuando como consecuencia de los avances técnicos o adopción de medidas generales o particulares de seguridad o salud, hubiesen desaparecido las causas que motivaron aquéllas¹⁵⁷.

Estos arts. 3 y 4 mostrarían “el carácter relativo de las prohibiciones, superables siempre que se salvaguarde en último término y de forma real las condiciones adecuadas de seguridad y salud de los trabajadores”¹⁵⁸.

Es de señalar que, de forma unánime, la doctrina critica la regulación llevada a cabo por el Decreto de 1957 al entender que ha quedado obsoleta¹⁵⁹ y necesitada de una completa renovación más acorde con las circunstancias actuales¹⁶⁰, por lo que “no estaría de más

¹⁵⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Los trabajos prohibidos a menores desde una perspectiva comparada”, *RDS*, n° 8, 1999, pág. 85.

¹⁵⁷ Debemos recordar que el art. 7.3 de la Directiva 94/33/CE establece que los Estados miembros podrán autorizar, por vía legislativa o reglamentaria, excepciones a las prohibiciones de trabajo de los menores siempre que éstas sean imprescindibles para la formación profesional de los menores y quede garantizada la protección de su seguridad y salud.

¹⁵⁸ DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 302.

¹⁵⁹ RAMOS QUINTANA, M.I., op. cit., pág. 306; FERNÁNDEZ DOMÍNGEZ, J.A. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Disposición derogatoria de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *AS* (V), pág. 37; LOZANO LARES, F., op. cit., pág. 166.

¹⁶⁰ LOZANO LARES, F., op. cit., pág. 169.

que el Gobierno acometiera lo más rápidamente posible la aprobación del Reglamento correspondiente al trabajo de menores”¹⁶¹.

4. Incumplimientos empresariales encuadrables en el art. 13.2 TRLISOS.

A. Incumplimiento de las obligaciones previstas en la LPRL.

Como vimos en la Introducción, el apartado segundo del art. 13 TRLISOS, tipifica como infracción administrativa muy grave del empresario en materia de prevención de riesgos laborales el no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores.

El incumplimiento del empresario de las obligaciones preventivas recogidas en el art. 27 LPRL (evaluación específica de los riesgos que pueden afectar al menor; información al menor y, en su caso, a sus padres o tutores, de los riesgos laborales y de las medidas preventivas adoptadas para combatirlos; no adscripción de los menores a puestos de trabajo que presenten riesgos específicos¹⁶²) será constitutivo de la infracción administrativa del art. 13.2 TRLISOS. También incurrirá el empresario en esta infracción administrativa cuando no observe las medidas de protección específica que para los menores recojan disposiciones de desarrollo o complementarias de la LPRL u otras normas, ya sean legales o convencionales.

Al igual que ocurría con el tipo infractor del art. 13.1 TRLISOS, para que la inobservancia empresarial de la normativa preventiva relativa al trabajo de menores sea constitutiva de la infracción que estamos analizando no se exige que de aquélla se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los menores.

B. Incumplimiento de las obligaciones previstas en el ET.

Tal y como se anticipó, el problema a la hora de determinar la responsabilidad administrativa del empresario por incumplimiento de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores lo encontraremos a la hora de calificar la transgresión del empresario de los preceptos estatutarios relativos al trabajo del menor. Dicho incumplimiento empresarial: ¿es constitutivo de la infracción laboral muy grave prevista en el art. 8.4 TRLISOS o, por el contrario, de la infracción descrita en el art. 13.2 del mismo texto normativo?

Debe destacarse que este problema tiene su origen en la “amplísima capacidad de incidencia” que la regulación del ET tiene en el ámbito laboral preventivo debido fundamentalmente a que su entera ordenación sobre el tiempo de trabajo tiene una repercusión evidente en las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores¹⁶³.

¹⁶¹ GARCÍA NINET, J.I., “En torno a la LPRL (V). El trabajo de los menores”, *TS*, nº 67, 1996, pág. 7.

¹⁶² La STSJ de Navarra de 9 de diciembre de 2003 (JUR 2003/43300), sanciona de manera solidaria a una empresa por, entre otras, la infracción muy grave del art. 48.2 LPRL –hoy, art. 13.2 TRLISOS–, al haber encomendado la empresa subcontratada a un menor la realización de trabajos prohibidos por el Decreto de 26 de julio de 1957.

¹⁶³ CASAS BAAMONDE, M.E., op. cit., pág. 155.

a. Situación anterior a la LPRL.

La respuesta a la cuestión que nos planteamos parecía estar más clara con anterioridad a la LPRL, al estar los tipos sancionadores más delimitados. Así, la LISOS recogía como infracción muy grave en materia laboral la “transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en el Estatuto de los Trabajadores” (art. 8.4)¹⁶⁴. Por su parte, el art. 11.2 LISOS tipificaba como infracción muy grave en materia de seguridad e higiene y salud laboral la “inobservancia de la normativa vigente relativa a trabajos prohibidos a los menores”¹⁶⁵.

Como vemos, el texto sancionador entendía claramente que sólo uno de los incumplimientos de la normativa estatutaria reguladora del trabajo de menores (el que se refería a la prohibición del trabajo de menores en trabajos declarados insalubres, penosos, nocivos o peligrosos establecida en el art. 6.2 ET) era constitutivo de la infracción en materia de seguridad y salud prevista en el art. 11.2 LISOS (entre otras, las SSTs de 2 de julio de 1996¹⁶⁶, de 4 de marzo de 1997¹⁶⁷ y de 3 de marzo de 1998¹⁶⁸ sancionaban a las empresas en virtud del art. 11.2 LISOS por no observar las prohibiciones de trabajo del menor recogidas en el Decreto de 1957¹⁶⁹), siendo el resto de incumplimientos encuadrables en la infracción muy grave en materia laboral recogida en el art. 8.4 del texto sancionador (STS de 25 de octubre de 1996¹⁷⁰, sobre infracción muy grave del art. 8.4 LISOS por emplear a un menor de dieciséis años; STSJ de Andalucía, de 3 de octubre de 1997¹⁷¹, sobre infracción muy grave del art. 8.4 LISOS, por emplear a menor de dieciocho años en trabajos nocturnos).

Este diferente régimen sancionador, para incumplimientos de la normativa sobre el trabajo de menores, vendría justificado por el hecho de que aunque la limitación del tiempo de trabajo tiene un indudable componente de protección de la salud del trabajador, esta “fuerte impregnación tuitiva de las normas sobre tiempos de trabajo no ha impedido que, tradicionalmente, no se les viniera considerando como específicas de

¹⁶⁴ En su redacción dada por la Ley 11/1994. En su redacción original, la LISOS se refería a la “transgresión de las normas sobre trabajo de menores del art. 6 del Estatuto de los Trabajadores”. La redacción dada por la Ley 11/1994 al art. 8.4 LISOS mostraba la intención del legislador de entender subsumibles en este tipo infractor los incumplimientos empresariales de las normas sobre jornada y descansos de los menores de dieciocho años que la propia Ley 11/1994 introducía en el ET. Posteriormente, el RDLegislativo 1/1995 que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores derogó los arts. 6, 7 y 8 LISOS, quedando recogidas las infracciones en materia laboral en el Título IV del texto estatutario, cuyo art. 96.4 recogía como infracción muy grave la transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en su propio articulado. Posteriormente, el TRLISOS recoge como infracción muy grave en materia de relaciones laborales la “transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral” (art. 8.4).

¹⁶⁵ No obstante, la calificación de la infracción empresarial como alguno de estos tipos infractores no comportaba importantes consecuencias respecto a la cuantía de la multa, al establecer el art. 37 LISOS un régimen sancionador común para todo tipo de infracciones, pero sí respecto a los criterios de graduación de las sanciones que diferían para el caso de que éstas fuesen en materia de seguridad e higiene a tenor del art. 36.2 LISOS.

¹⁶⁶ RJ 1996/5603.

¹⁶⁷ RJ 1997/2020.

¹⁶⁸ RJ 1998/2307.

¹⁶⁹ En este mismo sentido, las STSJ de Murcia de 18 de mayo de 1998 (JUR 1998/99403); STSJ de Murcia de 25 de mayo de 1998 (JUR 1998/99519); STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001 (JUR 2001/219585).

¹⁷⁰ RJ 1996/7708.

¹⁷¹ RJCA 1997/545

seguridad y salud en el trabajo, sino como genéricas disposiciones de Derecho del Trabajo”¹⁷².

La anterior afirmación viene confirmada, por lo que se refiere al trabajo de menores, por la STS de 9 de junio de 1999¹⁷³ al entender que, no vulneran el principio *non bis in idem* dos actas de infracción que sancionan de manera separada por una parte, y en virtud del art. 11.2 LISOS, el trabajo de los menores en un reducido espacio por cada uno, el hacer el pegado de piezas utilizando productos nocivos por sus efectos directos e indirectos sin emplear las debidas protecciones (lo que supone la infracción del art. 6.2 ET) y , por otra, la actividad de los menores a pleno rendimiento como los trabajadores adultos de la plantilla de la empresa, excediendo el número de horas ordinarias de trabajo en la empresa establecida por convenio colectivo (lo que supone la infracción del art. 6.3 ET), lo que constituye una conducta encuadrable en el tipo infractor del art. 8.4 LISOS. Entiende la resolución judicial que estamos comentando que esta doble sanción a la empresa no vulnera el principio *non bis in idem* ya que, aunque existe identidad de sujeto (misma empresa infractora) y de hechos (trabajo de setenta menores en la empresa en las condiciones de ejecución de la actividad laboral referidas al tiempo, lugar y medios de trabajo que reflejan ambas actas), falta la identidad de objeto o causa material en tanto en cuanto “lo previsto en los números 2 y 3 del art. 6 ET, son normas que protegen *bienes jurídicos distintos* desde un punto de vista legal: en el número 2, de forma directa la salud del menor en relación a la ejecución del trabajo afectada por substancias nocivas y peligrosas que inciden *directamente en el quebranto de la salud*; en el segundo su protección frente a agotadoras jornadas de trabajo incompatibles con un *normal modo de vida* de los menores” (el subrayado es nuestro).

b. Situación posterior a la LPRL.

La LPRL deroga, entre otros, los arts. 9, 10 y 11 LISOS, quedando recogidos los tipos infractores en materia de prevención de riesgos laborales en los arts. 46, 47 y 48 del texto prevencionista. El art. 48.2 tipifica como infracción administrativa muy grave el “no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores”. Como vemos, se modifica el tipo infractor del art. 11.2 LISOS y la diferente redacción introducida por la LPRL (que se mantiene posteriormente en el art. 13.2 TRLISOS) plantea la duda acerca de si las normas estatutarias sobre el trabajo de menores pueden considerarse de protección específica de la seguridad y salud de los menores, siendo encuadrable el incumplimiento empresarial de las mismas en el tipo infractor del art. 13.2 TRLISOS. Además, al introducir la LPRL (art. 49) –y haber mantenido posteriormente el TRLISOS: art. 40.2– un régimen sancionador específico y más gravoso aplicable a la materia de prevención de riesgos, la calificación de la conducta empresarial como infracción en materia laboral o de prevención tendrá importantes consecuencias respecto al importe de las multas a imponer.

La cuestión estaría en determinar qué parte de la regulación jurídica contenida en el ET es materia de seguridad y salud y qué parte son condiciones de trabajo¹⁷⁴, lo que, sobretodo en el caso de los menores, no parece tarea fácil¹⁷⁵.

¹⁷² MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 111.

¹⁷³ RJ 1999/6394.

¹⁷⁴ CASAS BAAMONDE, M.E., op. cit., pág. 154.

Un sector doctrinal entiende que las disposiciones estatutarias respecto al trabajo de menores se constituyen como medidas específicas de protección de la seguridad y salud de aquéllos por lo que toda la normativa contenida en nuestra disciplina jurídica, que afecte al trabajo de los menores, en relación a edad mínima, a trabajos prohibidos y a condiciones de trabajo, en el más amplio sentido de la palabra, pueden conformar el tipo infractor del art. 48.2 LPRL (ahora, art. 13.2 TRLISOS)¹⁷⁶.

No compartimos la anterior opinión doctrinal ya que, si la intención del legislador hubiese sido atraer hacia este tipo infractor en materia preventiva los incumplimientos de las normas estatutarias, se habría derogado el entonces vigente art. 96.4 ET. Entendemos que la intención de la nueva redacción dada por la LPRL a la infracción en esta materia de seguridad y salud relativa a los menores fue dar cabida en el tipo infractor del art. 48.2 LPRL a los incumplimientos de las nuevas obligaciones de evaluación e información que establecía la propia ley prevencionista en su art. 27.

Otra circunstancia que ha llevado a un sector de la doctrina a defender el carácter prevencionista de las normas estatutarias sobre el trabajo de menores (lo que implica que su inobservancia por parte del empresario sea constitutiva de la infracción del art. 13.2 TRLISOS), es el hecho de que, en el Derecho comunitario –como también hemos visto al analizar la infracción del art. 13.1 TRLISOS–, se ha optado por lo que MONTROYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS denominan una “concepción amplia o extensiva de la protección del medio de trabajo y de la seguridad y salud de los trabajadores”¹⁷⁷, lo que supone conceptualizar como medidas de seguridad y salud laborales las consistentes en la limitación del tiempo de trabajo. La norma que habría llevado a cabo esta integración en la Seguridad y Salud en el Trabajo de las instituciones jurídicas limitativas del tiempo de trabajo es la Directiva 93/104/CE –hoy derogada por la Directiva 2003/88/CE–, cuyo art. 1 fija que el objeto de la Directiva es establecer “las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”, señalando su preámbulo que “para garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores de la Comunidad, éstos deberán poder disfrutar de periodos mínimos de descanso –diario, semanal y anual– y de periodos de pausa adecuados”¹⁷⁸. Por lo que se refiere al trabajo de menores también la Directiva 94/33/CE destaca en su preámbulo que “para garantizar la seguridad y salud de los jóvenes, éstos deben gozar de periodos mínimos de reposo –diario, semanal y anual– y de periodos de pausa adecuados”.

¹⁷⁵ GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, para quienes separar “lo que sea exclusivamente laboral de lo relativo a la protección de la seguridad y salud de los menores en el medio de trabajo no es fácil”: op. cit., pág. 297.

¹⁷⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 297; FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 233; APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., pág. 230, quien, no obstante, critica que cualquier incumplimiento de la normativa reguladora del trabajo del menor sea encuadrable en el art. 13.2 TRLISOS en el sentido de que deberían tipificarse “las infracciones de las normas de prevención de riesgos laborales del menor en leves, graves y muy graves, como se efectúa en cualquier otra materia”: APILLUELO MARTÍN, M., op. cit., pág. 230.

¹⁷⁷ MONTROYA MELGAR, A y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 111.

¹⁷⁸ MONTROYA MELGAR, A y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 111. El art. 1 de la nueva Directiva 2003/88/CE, que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se pronuncia en los mismos términos. Sin embargo, el preámbulo de la nueva Directiva no establece de forma tan clara la conexión entre seguridad y salud laborales y limitación del tiempo de trabajo.

En este sentido, LOUSADA AROCHENA¹⁷⁹ propone una interpretación correctora del art. 27 amparada en el Derecho comunitario y que permita entender que los arts. 6, 34 y 37 ET sean considerados como normas de seguridad e higiene cuya inobservancia son constitutivos de la infracción administrativa del art. 48.2 LPRL (ahora art. 13.2 TRLISOS).

Sin embargo, entendemos que son aplicables en este ámbito las consideraciones que el profesor ALONSO OLEA hace respecto a las limitaciones de jornada en general. Destaca el citado autor que “sin ignorar que obviamente, faltaría más, por supuesto, desde luego, y todas las expresiones similares que se quiera, los tiempos de trabajo influyen sobre la salud laboral”¹⁸⁰, la regulación del tiempo o de la jornada de trabajo no se constituye como materia de seguridad y salud en el trabajo¹⁸¹. Señala el citado autor¹⁸² que nuestra legislación (tanto la tradicional como la actual) ha diferenciado entre la seguridad e higiene en el trabajo y la jornada de trabajo, distinción que se aprecia en nuestro texto constitucional, cuyo art. 40.2 distingue entre los deberes de los poderes públicos, el de “velar por la seguridad e higiene en el trabajo”, del de “garantizar el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral...” y que el hecho de que la normativa comunitaria, a través de su Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo haya entendido que esta materia es de seguridad y salud se debe posiblemente a la voluntad de acudir al procedimiento del art. 118.A.2 del Tratado CE (que permite la aprobación de la Directiva por mayoría cualificada) y evitar “caer bajo el peso del art. 100 y concordantes, esto es, en la necesidad de decisión unánime”¹⁸³, lo que hubiese ocurrido de entender que la Directiva era relativa a “los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena”.

Por último, en orden a rechazar que las normas estatutarias constituyan medidas de protección específica de la seguridad y salud de los menores, se debe tener en cuenta que el art. 1.3 de la Directiva 94/33/CE establece que los Estados miembros deberán velar “por la protección de los jóvenes contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda perjudicar su seguridad, su salud o su desarrollo físico, psicológico, *moral o social o poner en peligro su educación*”¹⁸⁴. Este ámbito de protección de la Directiva “excede de la seguridad y salud laborales de los jóvenes”¹⁸⁵ y entendemos que las normas estatutarias no se configuran como normas específicas de protección de su seguridad y salud sino que, tratándose de normas que establecen condiciones de trabajo, (que seguro afectarán a este bien jurídico del menor) pretenden fijar un marco de protección más amplio (desarrollo social o moral¹⁸⁶; educación del menor¹⁸⁷; “normal

¹⁷⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 529.

¹⁸⁰ ALONSO OLEA, M., “¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?”, *REDT*, n° 93, 1999, pág. 14.

¹⁸¹ ALONSO OLEA, M., op. cit., pág. 7.

¹⁸² ALONSO OLEA, M., op. cit., pág. 6.

¹⁸³ ALONSO OLEA, M., op. cit., pág. 14.

¹⁸⁴ El subrayado es nuestro.

¹⁸⁵ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 49.

¹⁸⁶ Aunque el art. 27.1 LPRL al regular la evaluación de riesgos que analizamos anteriormente establece que se habrá de tener en cuenta los riesgos específicos para “la seguridad, la salud, y el *desarrollo* de los jóvenes”, entendemos que, como defendían algunos autores (DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 298; GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 49), la protección del desarrollo del menor se integraría en la protección a su salud. Por tanto, la normativa de prevención (entre la que figura la relativa a evaluación de riesgos) no tendría como finalidad proteger el desarrollo social o la educación del menor (bienes jurídicos que vendrían protegidos por las normas estatutarias) sino evitar o disminuir la

modo de vida” del menor al que se refiere la citada STS de 9 de junio de 1999), por lo que su vulneración no sería constitutiva de la infracción del art. 13.2 TRLISOS, sino de la infracción en materia de relaciones laborales recogida en el art. 8.4 del mismo texto normativo.

En definitiva y aun admitiendo que la situación es confusa¹⁸⁸, el hecho es que en el actual texto sancionador coexisten la infracción muy grave en materia de relaciones laborales del art. 8.4 (“transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral”) y la infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales del art. 13.2, por lo que entendemos que el respeto al principio de tipicidad implica defender que el incumplimiento empresarial de las normas estatutarias reguladoras del trabajo de menores, con la excepción, obviamente, del art. 6.2 en cuanto a la prohibición de emplear a los menores en trabajos con riesgos específicos, será constitutivo de la infracción muy grave en materia de relaciones laborales prevista en el art. 8.4 TRLISOS ya que, tradicionalmente, nuestra legislación ha diferenciado entre medidas de seguridad e higiene y limitación de la jornada y el ámbito de protección de las normas estatutarias no es específicamente la seguridad y salud del menor.

Por último, destacar que alguna resolución judicial se ha pronunciado en este sentido tras la entrada en vigor de la LPRL: STSJ de Murcia de 6 de abril de 2001¹⁸⁹, que confirma la sanción por infracción administrativa muy grave del art. 96.4 ET (actual art. 8.4 TRLISOS) por realización por parte del menor de horas extraordinarias.

III. ADSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES A PUESTOS DE TRABAJO INCOMPATIBLES CON SU ESTADO O CAPACIDAD.

1. Introducción.

El apartado cuarto del art. 13 TRLISOS recoge como infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la conducta empresarial consistente en la

posibilidad de que el menor sufra daños derivados del trabajo (“enfermedades, patologías o lesiones”: art. 4.3 LPRL). Además, y por lo que se refiere a las infracciones administrativas, el art. 13.2 TRLISOS no menciona el *desarrollo* del menor.

¹⁸⁷ RUANO ALBERTOS destaca cómo la propia Comisión en su Propuesta de Directiva estableció que la regulación de la duración del tiempo de trabajo respondía a la “necesidad de evitar que la asiduidad escolar de los jóvenes...se resienta a causa de un trabajo cotidiano de duración excesiva” y de “evitarles perjuicios en su facultad para beneficiarse de la instrucción que les es dada y que es necesario para su realización personal”: RUANO ALBERTOS, S., “Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo. Su reflejo en nuestra normativa”, *AS (V)*, 2001, pág. 1304; También en el debate parlamentario sobre el ET podemos observar que la enmienda que propuso suprimir la posibilidad de que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, pudiese autorizar que el menor realizase horas extraordinarias en determinados sectores de actividad o zonas territoriales, no se basaba en motivos de seguridad y salud sino en la incongruencia que suponía “reducir la jornada laboral del menor en beneficio de su *formación*, si luego se le obliga a realizar horas extraordinarias”: *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, SAGARDOY, J. A. (Dir.), Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981.

¹⁸⁸ En este sentido, CASAS BAAMONDE, para quien “parece conveniente (o, mejor, inevitable) dejar en manos de las autoridades administrativas inspectoras y sancionadoras la decisión relativa a la calificación material de la normativa infringida, para posteriormente proceder en consecuencia, con el control ulterior, naturalmente, de los Tribunales contencioso-administrativos”: CASAS BAAMONDE, M.E., op. cit., pág. 157.

¹⁸⁹ RJCA 2001/171797.

“adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus condiciones personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

Como vemos, lo que se sanciona, a través de este tipo infractor, es la asignación, por parte de la empresa, a los trabajadores de trabajos cuya ejecución implica un riesgo grave e inminente para su seguridad o salud. Ahora bien, podemos distinguir dentro de este tipo dos conductas infractoras en función de cual sea la causa de la peligrosidad de la ejecución de las tareas laborales. Así, mientras que en la primera parte del tipo infractor el reproche administrativo cae sobre la conducta empresarial que asigna al trabajador un puesto de trabajo cuyo riesgo deriva de la incompatibilidad de dicho puesto con las características personales o con un estado o situación transitoria del trabajador, en la segunda parte del precepto que estamos comentando la peligrosidad de la actividad laboral deriva de que el empresario no ha tenido en cuenta los conocimientos del trabajador en materia de seguridad y salud al asignarle un determinado trabajo.

Esta distinción de conductas empresariales subsumibles en el art. 13.4 TRLISOS se debe al hecho de que, a través del mismo, se sanciona el incumplimiento de dos obligaciones sustantivas en materia preventiva claramente diferenciables. La primera parte del tipo –la que tipifica como infracción muy grave la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajos incompatibles con características personales o estados transitorios– sanciona administrativamente el incumplimiento empresarial de la obligación sustantiva prevista en el art. 25.1 LPRL que regula la protección de trabajadores que son especialmente sensibles a determinados riesgos. La segunda parte del art. 13.4 TRLISOS –la que prevé como conducta punible la dedicación de los trabajadores a la realización de tareas sin tener en cuenta sus capacidades en materia de prevención de riesgos laborales– tipifica la inobservancia por parte del empresario del art. 15.2 de la ley prevencionista que establece que el “empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas”.

Pese a sancionar el incumplimiento de las obligaciones preventivas previstas en los arts. 25.1 y 15.2 LPRL, cuando del mismo se derive un riesgo grave e inminente, el art. 13.4 TRLISOS no remite expresamente a estos preceptos sustantivos sino que lleva a cabo una tipificación reduplicativa, esto es, “reproduce el mandato o prohibición contenido en la norma primaria para advertir de manera expresa que su incumplimiento constituye una infracción y lleva aparejada una sanción”¹⁹⁰.

En el catálogo de infracciones en materia de seguridad e higiene y salud laborales previsto en la LISOS ya se tipificaba como infracción grave el dar “ocupación a trabajadores en máquinas o actividades peligrosas cuando sufran dolencias o defectos físicos declarados o se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”

¹⁹⁰ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 312.

(art. 10.5). Esta conducta empresarial no aparecía descrita en el catálogo de infracciones muy graves del citado texto sancionador.

Posteriormente, la LPRL al tipificar como infracción la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o situaciones o estados transitorios graduó su calificación en función de si dicha conducta ocasionaba un riesgo grave (infracción grave del art. 47.7) o un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (infracción muy grave prevista en el art. 48.4). Estos tipos infractores sancionan también (algo que no preveía el tipo infractor del art. 10.5 LISOS) la asignación empresarial a los trabajadores de tareas laborales sin tener en cuenta sus conocimientos en materia de seguridad y salud. Estas infracciones pasarían posteriormente con idéntica redacción a estar recogidas en los arts. 12.7 y 13.4 TRLISOS.

El análisis de la infracción administrativa del art. 13.4 TRLISOS exige el previo estudio de las obligaciones sustantivas en materia preventiva cuyos incumplimientos son constitutivos de dicha infracción. Analizaremos, de manera separada, por un lado, las obligaciones empresariales de protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos prevista en el art. 25.1 LPRL y, por otro, la obligación de toma en consideración de las capacidades de los trabajadores en materia preventiva a la hora de asignarles tareas recogida en el apartado segundo del art. 15 LPRL. En ambos casos, se hará referencia para cada un de ellas a los incumplimientos empresariales que serían subsumibles en el tipo infractor del art. 13.4 TRLISOS.

2. Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos.

A. Antecedentes normativos de la obligación empresarial de protección de trabajadores especialmente sensibles.

El apartado primero del art. 25 LPRL, establece, en su primer párrafo que el “empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias”.

Además, en orden a proteger la seguridad y salud de estos trabajadores, se prohíbe al empresario emplear a los mismos en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de su situación puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro (segundo párrafo del art. 25.1 LPRL).

Tampoco podrán ser empleados los trabajadores en general, “cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo” (segundo párrafo del art. 25.1 LPRL).

Las obligaciones preventivas previstas en el art. 25.1 LPRL “no son nuevas en nuestro ordenamiento jurídico, existiendo diversos antecedentes”¹⁹¹. Así, la OGSHT (art. 7.6) preveía entre las obligaciones generales del empresario en materia de seguridad y salud

¹⁹¹ STSJ de Castilla la Mancha de 21 de marzo de 2002 (AS 2002/1636).

la de impedir la ocupación de trabajadores en máquinas o actividades peligrosas cuando los mismos sufran dolencias o defectos físicos o se encuentren en estados o situaciones que no respondan a las exigencias psicofísicas de sus respectivos puestos de trabajo. Entre las dolencias o defectos físicos de los trabajadores que activaban la obligación empresarial se citaban, a modo de ejemplo, la epilepsia, calambres, vértigos sordera, anomalías de visión u otros análogos. Por su parte, el art. 10.4 de la citada Ordenanza incluía, entre las obligaciones del personal directivo, técnico y de los mandos intermedios, la de impedir el trabajo de “aquellos trabajadores en los que se advierta estados o situaciones de los que pudieran derivarse graves peligros para su vida o salud o la de sus compañeros de trabajo”.

Posteriormente, el art. 189 LGSS-74 introdujo, entre las disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo, la regulación de las “categorías especiales de trabajadores”, estableciendo la prohibición de emplear a las personas que sufran defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos en máquinas o trabajos en los cuales a causa de dichos defectos o dolencias pudiesen ellos o sus compañeros de trabajos ponerse en especial peligro.

Podemos establecer dos importantes diferencias entre la regulación de la normativa anterior a la LPRL y el art. 25.1 de esta Ley:

1. El art. 7.6 OGSHT recoge el supuesto de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos que además trabajan en máquinas o actividades peligrosas por lo que la situación de riesgo regulada surge de una combinación de una situación de carácter subjetivo (propias características del trabajador que lo hacen más susceptible de sufrir accidentes o enfermedades) y otra de carácter objetivo (trabajo en tareas que son peligrosas de por sí). Por el contrario, el supuesto de hecho regulado en el art. 25.1 (también en el art. 189 LGSS-74) “hace referencia a situaciones de especial riesgo derivadas de circunstancias personales de un trabajador y no a situaciones de riesgo ordinario que pueda sufrir cualquier persona en condiciones normales por el desempeño del puesto” (STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001¹⁹²), riesgo este último que afectará a cualquier trabajador que trabaje en máquinas o actividades peligrosas. Por tanto, para que se accione la protección de los trabajadores especialmente sensibles prevista en el art. 25.1 LPRL no es necesario que éstos desempeñen sus tareas en “máquinas o actividades peligrosas”, tal y como por el contrario si exigía el art. 7.6 OGSHT.
2. El art. 25.1 LPRL prevé la obligación de la empresa de adoptar medidas preventivas para combatir la situación de riesgo, no limitándose a prohibir el trabajo de estos trabajadores. Así, cuando el art. 25.1 en su segundo párrafo “establece que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que , a causa de sus características personales o estado biológico puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro, es indudable que no está excluyendo la posibilidad de otras medidas precautorias tales como la no realización de trabajo

¹⁹² AS 2001/4273.

nocturno o de trabajo a turnos, posibilidad prevista en la propia Ley” (STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006).

B. El art. 25.1 LPRL como transposición de la Directiva Marco y como expresión de la exigencia general de “adaptación del trabajo a la persona”.

El art. 25.1 LPRL supone la transposición a nuestro ordenamiento interno del art. 15 de la Directiva Marco¹⁹³ y es expresión de la exigencia general de “adaptación del trabajo a la persona” que aparece recogida en el art. 15.1 d) LPRL¹⁹⁴.

Respecto a la traslación de la norma comunitaria a la LPRL, ha señalado la doctrina que ésta se produce de un modo peculiar en tanto mientras que el art. 15 de la Directiva Marco se refiere a grupos y alude a la especificidad de los riesgos, el art. 25.1 LPRL se refiere a individuos y alude a la especificidad de los trabajadores¹⁹⁵. No nos parece clara esta distinción¹⁹⁶ norma comunitaria-norma interna basada en el carácter subjetivo de la protección articulada a través del art. 25 LPRL –por hablar de trabajadores especialmente sensibles–, frente al carácter objetivo de la protección de la norma comunitaria –que habla de riesgos especialmente sensibles– en tanto la especificidad de los riesgos, a los que se refiere la norma comunitaria, puede derivar de las características especiales de los trabajadores que cita nuestra ley prevencionista. Así, como vimos anteriormente, la Directiva 94/33/CE relativa a la protección de los jóvenes, destaca que éstos constituyen uno de los grupos expuesto a riesgos especialmente sensibles de los que habla el art. 15 de la Directiva-Marco al estar sometidos a riesgos específicos derivados de su falta de experiencia, falta de consciencia de los riesgos existentes y desarrollo incompleto.

Por lo que se refiere a la configuración del art. 25.1 LPRL como concreta expresión del principio general de la acción preventiva, consistente en adaptar el trabajo a la persona entendemos que esto es predicable fundamentalmente respecto al primer párrafo del apartado primero del art. 25 ya que, como veremos más adelante, la prohibición de emplear a estos trabajadores en puestos de trabajo incompatibles con su estado establecida en el segundo párrafo, puede comportar el cambio de puesto de trabajo e incluso la extinción de sus contratos por causas objetivas, lo que obviamente no supone adaptar el trabajo a la persona.

C. Ámbito subjetivo de la regulación del art. 25.1 LPRL.

a. La especial sensibilidad de los trabajadores a los riesgos laborales.

¹⁹³ Establece el art. 15 de la Directiva Marco que los “grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”.

¹⁹⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 168. Esta concepción del art. 25.1 LPRL también se recoge en sede judicial: STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002 (AS 2002/1636).

¹⁹⁵ DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 279.

¹⁹⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN valora positivamente el que la norma interna haya enfatizado el carácter “subjetivo” de la protección (al referirse a “trabajadores especialmente sensibles”) frente al carácter “objetivo” de la protección de la norma comunitaria (que se refiere a “riesgos especialmente sensibles”): GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 37.

El ámbito subjetivo de protección del art. 25.1 LPRL se extiende a trabajadores que son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, lo que hace que “estén especialmente predispuestos a sufrir accidentes de trabajo o contraer enfermedades de trabajo”¹⁹⁷.

Esta especial sensibilidad se deriva de las propias características personales o estado biológico de los trabajadores, incluida la situación de discapacidad. Igualmente esta especial sensibilidad se puede dar en los trabajadores “en general” (esto es, que no presentan las anteriores características), cuando éstos se “encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

La especial sensibilidad al riesgo a la que acabamos de hacer referencia hace que estos trabajadores presenten “factores sobreañadidos de riesgo por sus condiciones personales”, no bastando “con la adopción de medidas dirigidas a la salvaguarda de la salud de los trabajadores que ordinariamente sufren el mismo” (STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001¹⁹⁸).

Para activar la protección del art. 25.1 LPRL no se precisa que las características del trabajador que lo hacen especialmente vulnerable a los riesgos tengan un origen laboral, puesto que como se señala en la STSJ de Castilla y León de 3 de enero de 2001¹⁹⁹, el ámbito de aplicación del citado precepto “no se limita a los supuestos de dolencias provenientes de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo (...) sino que se extiende a la protección de la salud en sentido amplio, incluyendo la prevención de riesgos personales derivados de las dolencias comunes...” que puedan sufrir los trabajadores pues, en definitiva, los agravamientos que pueda sufrir el trabajador “por la prestación de sus servicios, serán dolencias producidas con motivo u ocasión del trabajo”.

Por último, destacar que el ámbito subjetivo del art. 25 LPRL abarca tanto los supuestos en los que la especial sensibilidad es conocida en el momento de contratar los servicios del trabajador como los supuestos en los que la especial sensibilidad sobreviene con posterioridad (STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002²⁰⁰).

Analicemos a continuación cada una de las causas que hacen especialmente sensibles a los trabajadores.

b. Especial sensibilidad derivada de las propias características personales del trabajador.

Por lo que se refiere a las “características personales”, nos encontramos con un concepto de amplio alcance²⁰¹, en el que se pueden incluir las situaciones descritas por el art. 189

¹⁹⁷ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 123.

¹⁹⁸ AS 2001/4273.

¹⁹⁹ AS 2001/1213.

²⁰⁰ AS 2002/1636.

²⁰¹ BURGOS GINER y RUANO ALBERTOS destacan el amplio alcance del término “personal” (BURGOS GINER, M.A. y RUANO ALBERTOS, S., en GARCÍA NINET, J.I (Dir.), *Curso sobre prevención de riesgos laborales*, , Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 1998, pág. 265) y ya vimos, anteriormente, cómo la STSJ de Castilla y León de 3 de enero de 2001 establece que el art. 25 no es sólo aplicable “a los supuestos de dolencias provenientes de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo (...), sino que se extiende a la protección de la salud en sentido amplio, incluyendo la

LGSS-74²⁰², esto es “defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos”.

Además de aspectos físicos también serían incluibles en este concepto de “características personales” aspectos de carácter psíquico como la personalidad, el temperamento, el comportamiento²⁰³ o el estado de ánimo del trabajador que lo hagan especialmente sensible a los riesgos laborales. Lo anterior nos permite entender incluido dentro del ámbito de protección del art. 25.1 LPRL los supuestos de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos psicosociales como el estrés laboral²⁰⁴.

c. Especial sensibilidad derivada del estado biológico del trabajador.

La referencia al “estado biológico” de los trabajadores se refiere a la existencia de cualquier enfermedad o síntoma de la misma que sin ser invalidante provoca la especial sensibilidad del trabajador frente a los riesgos²⁰⁵.

Ahora bien, para que el empresario venga obligado, en virtud del art. 25.1 LPRL, a garantizar de manera específica la protección de estos trabajadores es necesario que las condiciones personales o estados biológicos que los hacen especialmente sensibles a los riesgos laborales sean conocidos por el empresario. Este conocimiento por parte del empresario puede ser consecuencia de reconocimientos o pruebas médicas practicadas²⁰⁶, de que el propio trabajador informe a la empresa acerca de su estado²⁰⁷,

prevención de *riesgos personales* derivados de las dolencias comunes que la trabajadora padezca” (el subrayado es nuestro).

²⁰² Para FERNÁNDEZ MARCOS, el art. 25 LPRL “no es, sino la traslación al ámbito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de este precepto de clara naturaleza preventiva”: FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 124.

²⁰³ En este sentido, DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 281.

²⁰⁴ En la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005 (AS 2005/2555) se define el riesgo psicosocial como “aquellos aspectos de la concepción, organización y gestión del trabajo así como de su contexto social y ambiental que tienen la potencialidad de causar daños físicos, sociales o psicológicos en los trabajadores”.

²⁰⁵ GONZÁLEZ DÍAZ destaca que, dentro del ámbito de protección del art. 25.1 LPRL, se debe incluir “a trabajadores que padecen enfermedades infectocontagiosas, tales como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida”: GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., op. cit., pág. 320. En el mismo sentido, CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F. destacan que “la referencia al estado biológico, el cual siempre, se podría subsumir dentro del concepto «características personales», resulta demostrativa de la preocupación del legislador respecto al síndrome de inmunodeficiencia adquirida”: CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares, Granada, 1998, pág. 146.

²⁰⁶ Respecto a la posibilidad de que el empresario conozca la situación del trabajador por la realización de previos reconocimientos médicos, la STSJ de Valencia, de 21 de septiembre de 2002 (RJCA 2003/119922) rechaza la alegación de la empresa de que desconocía la condición de especial sensibilidad a los riesgos laborales de una trabajadora que durante un contrato anterior con la misma empresa “había causado baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional ante la aparición de una dermatitis, que según dictamen facultativo se debía al contacto con el níquel, que, produce una hipersensibilidad de tipo alérgico, y cuyo metal formaba parte de los artículos que se manejaban” en la empresa, entendiéndose infringido por la misma el art. 25.1 LPRL al “contratar nuevamente a la misma trabajadora a sabiendas de la hipersensibilidad que padecía al contacto con artículos en los que intervenía dicho metal”, sin que quepa “aceptar la alegación de la demandante de que desconocía esa alergia de la trabajadora, cuando ya se había emitido un informe facultativo en ese sentido”. En la STSJ de Cantabria de 25 de octubre de 2001 (AS 2001/3981) se recoge un supuesto en el que la empresa es conocedora de la especial sensibilidad del trabajador por los informes que el médico de cabecera del trabajador remite al Servicio Médico de la empresa.

de la observación por parte del personal de mando o encargado de la seguridad y salud o de los testimonios de otros trabajadores en cumplimiento de lo establecido en el art. 29.2.4º LPRL.

Por último, destacar que, aunque la minoría de edad y la situación de embarazo, parto reciente y lactancia constituyen características personales o estados biológicos que hacen del trabajador o trabajadora un sujeto especialmente sensible a los riesgos derivados de la actividad laboral, dichas situaciones están reguladas, autónomamente, en los arts. 26 y 27 LPRL, lo que ha llevado a algún autor a referirse al art. 25 LPRL como una norma subsidiaria y “escoba”, en tanto “permite la protección de grupos expuestos a riesgos específicos no contemplados en otras normas”²⁰⁸. Por tanto, se puede afirmar que los arts. 26 y 27 se constituyen como una especificación y concreción del art. 25 LPRL²⁰⁹.

Pero, aunque todas estas normas establecen una protección reforzada en materia de prevención de riesgos laborales atendiendo a razones subjetivas de los trabajadores, podemos distinguir los grupos protegidos por las mismas ya que, como destaca DÍAZ MOLINER, mientras que los arts. 26 y 27 responden a circunstancias genéricas y transitorias (embarazo y minoría de edad), la protección que establece el art. 25 responde a “circunstancias en las que la vulnerabilidad deriva de condiciones estrictamente individuales y en principio permanentes”: situación de especial sensibilidad frente al riesgo²¹⁰. La anterior diferencia tendrá importancia a la hora de establecer las medidas de prevención a adoptar ya que, por ejemplo, a los sujetos especialmente sensibles no les sería de aplicación la medida preventiva recogida en el art. 26.3 LPRL para la mujer embarazada, esto es, la suspensión del contrato, debido al carácter permanente de su situación.

d. Especial sensibilidad derivada de la situación de discapacidad.

Específicamente se incluye en el ámbito de protección del art. 25 LPRL los trabajadores que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida. Como destaca GONZÁLEZ DÍAZ, al no establecerse un grado de minusvalía necesario para que el trabajador pueda ser objeto de la protección específica establecida en el art. 25 LPRL, podemos entender “que desde que al trabajador se le reconoce una minusvalía es susceptible de protección, intensificándose las medidas preventivas a medida que el grado de discapacidad aumente”²¹¹.

²⁰⁷ Supuesto recogido en la STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001 (AS 2001/4273), en el que el trabajador aporta informes médicos en los que consta la existencia de un factor sobreañadido de riesgo y se aconseja evitar el trabajo nocturno.

²⁰⁸ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 143. Este carácter subsidiario también se manifiesta en el art. 189 LGSS-74, cuando establece que: “Sin perjuicio de las normas específicas sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, las personas que sufran defectos o dolencias físicas,..”. Por su parte, el art. 7.6 OGSHT regulaba de manera conjunta la protección de mujeres, menores y personas con dolencias o defectos físicos.

²⁰⁹ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 38.

²¹⁰ DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 281. Nótese que aquí nos referimos a sujetos especialmente sensibles por sus características, estado biológico o discapacidad y no a los que se encuentran en situaciones transitorias de especial vulnerabilidad.

²¹¹ GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., op. cit., pág. 320. En cuanto a este colectivo, debe recordarse que la disposición adicional segunda de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, prescribe que las infracciones y sanciones en el Orden social

e. Especial sensibilidad derivada de estados o situaciones transitorias.

También se protege a través del art. 25.1 LPRL a los trabajadores en general que “se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo” (segundo párrafo del citado precepto). Se trataría de proteger a trabajadores que, pese a no tener características personales que lo hagan especialmente vulnerable a los riesgos, presentan en un momento determinado y de manera transitoria una insuficiencia psicofísica para desempeñar su puesto de trabajo ya sea debido a que el trabajador se halle “mareado, en estado de estupor, con dificultades transitorias de visión, con pérdida de control motriz, problemas de equilibrio, etcétera”²¹² o se encuentre en estados de embriaguez o intoxicación psicotrópica.

El conocimiento por parte del empresario de estas situaciones vendrá determinado por la “especial notoriedad de la situación de riesgo”²¹³ que parece exigir el art. 25.1 para activar su protección (se habla de trabajadores que se encuentren *manifiestamente* en estas situaciones).

D. Medidas preventivas a adoptar por la empresa.

a. Medidas preventivas previstas en el art. 25.1 LPRL.

i. *La evaluación de riesgos.*

Para que el empresario pueda garantizar de manera específica la protección de los trabajadores especialmente sensibles debido a sus características personales, estado biológico o discapacidad, “deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias” (art. 25.1 LPRL).

La evaluación a la que hace referencia el precepto que estamos analizando no tiene como finalidad detectar si los trabajadores tienen características que los hacen especialmente susceptibles de sufrir accidentes o enfermedades en el ámbito laboral, sino que parte del conocimiento por parte de la empresa de que un determinado trabajador es especialmente sensible a los riesgos y trata de determinar los riesgos que le afectan. Esta obligación aparece también recogida en el art. 4.2.c) RSP, que establece la obligación de evaluar los puestos de trabajo que se vean afectados por la “incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto”. En este sentido, el art. 37.3 RSP establece que el personal sanitario de los servicios de prevención, en cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores, deberá estudiar y valorar los riesgos que puedan afectar a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos y propondrá las medidas preventivas adecuadas. Como vemos, este último precepto parte de la consideración de que, en determinadas ocasiones, será necesario la realización de reconocimientos médicos para determinar de qué manera las

en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el TRLISOS.

²¹² DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 285.

²¹³ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 149.

características personales, estado biológico o discapacidad del trabajador afectan a su seguridad y salud en el trabajo. Estos reconocimientos serán obligatorios para los trabajadores en virtud del art. 22.1 LPRL que exceptúa del carácter voluntario de estos reconocimientos los supuestos en los que la realización de los mismos sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

ii. *La adopción de concretas medidas preventivas.*

Una vez que se han evaluado los riesgos, teniendo en cuenta las características del trabajador que lo hacen especialmente sensible, se procederá a adoptar las medidas preventivas necesarias. El art. 25.1 LPRL, a diferencia de lo que hace el art. 26 para la protección de la maternidad y de manera parecida al art. 27 LPRL (protección de los menores), no descende a establecer las medidas preventivas que el empresario debe adoptar, lo que como destaca IGARTUA MIRÓ, “hace seguramente necesario cierto desarrollo de esta materia, anunciado en la propia LPRL que considera entre las materias a tratar en futuros reglamentos las «condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas (...) cuando se presenten riesgos derivados de determinadas características o situaciones especiales de los trabajadores» [Art. 6.1 e)]”²¹⁴.

Ha criticado la doctrina²¹⁵ la inconcreción del art. 25.1 LPRL a la hora de establecer las medidas preventivas a adoptar, lo que implica que a falta del desarrollo reglamentario al que se acaba de hacer referencia, este precepto “plantea diversas cuestiones de gran interés en la aplicación práctica de la LPRL (...) que habrán de ser resueltas por los Tribunales Laborales” (STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002²¹⁶).

Algunas de las medidas preventivas a las que se puede acudir son la prohibición de tareas muy concretas y específicas del puesto de trabajo²¹⁷ y la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos (STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006²¹⁸).

Respecto de las dos últimas medidas citadas debemos tener en cuenta que su adopción por parte de la empresa supondrá la modificación sustancial del contrato de trabajo del trabajador especialmente sensible por lo que surge la cuestión de si, para acordar dicha medida la empresa, debe seguir el procedimiento previsto en el art. 41 ET.

Compartimos el criterio seguido por la citada STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006 que, respecto a la decisión empresarial de que el trabajador especialmente sensible no realice trabajo a turnos, ha declarado que no es necesario que la empresa siga los

²¹⁴ IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 181.

²¹⁵ Por todos, IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 181; FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 124.

²¹⁶ AS 2002/1636.

²¹⁷ Aparece en el supuesto recogido en la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002 (AS 2002/1636) como medida preventiva recomendada por el médico del servicio de prevención.

²¹⁸ Esta sentencia establece que la modificación de la jornada del trabajador, pasando de una jornada de turnos de mañana, tarde y noche, a una jornada fija de mañana está amparada en el art. 25 LPRL en tanto en cuanto es necesario “para permitir al trabajador un adecuado tratamiento de su enfermedad y evitar la aparición de enfermedades asociadas”.

trámites previstos en el art. 41 ET²¹⁹ basándose en que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo “pueden ser decididas por la empresa ajustándose o no a los trámites prevenidos en el art. 41 del ET. Deberá hacerlo en aquellos supuestos en los que pretenda amparar la modificación en razones económicas, organizativas, técnicas o de producción”, razones que en el supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia no concurrían al obedecer la decisión empresarial a razones de prevención de la salud del trabajador²²⁰.

Otra cuestión a dilucidar, una vez que se entiende que el empresario, en cumplimiento de su obligación preventiva prevista en el art. 25.1 LPRL, tiene la facultad para modificar sustancialmente el contrato de trabajo del trabajador especialmente sensible, es la de si la adopción de dicha modificación se constituye como obligación empresarial de forma que el trabajador tenga derecho a exigir que la empresa le exima de realizar el trabajo nocturno o a turnos.

En nuestra opinión, una interpretación del art. 25.1 LPRL, a la luz de lo establecido en el art. 14 LPRL, que obliga al empresario a que, en cumplimiento de su deber de protección adopte *cuantas medidas sean necesarias* para garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores, y de lo previsto en el art. 26.1 LPRL²²¹ que, al regular la protección de la maternidad, incluye expresamente entre las medidas preventivas que el empresario está obligado a adoptar la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos, permite defender que el empresario vendría obligado a la adopción de estas modificaciones sustanciales para preservar la seguridad y salud del trabajador especialmente sensible.

En contra de este criterio se muestra la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de julio de 2005, para la que una interpretación literal de este precepto nos lleva a que “el empresario estará obligado a cambiar a la trabajadora a otro puesto de trabajo en el que no concurren los elementos de riesgo para su salud (...) pero no puede ser interpretado como obligación de cambiar el turno de trabajo”. En el supuesto previsto en esta sentencia, la trabajadora a turnos solicita quedar excluida del turno de noche mientras se encuentre padeciendo fibromialgia (lo que supondrá modificar el régimen de trabajo a

²¹⁹ Por lo que la empresa no tendrá que respetar el plazo de preaviso de 30 días (establecido en el art. 41.3 ET) al notificar la decisión modificadora al trabajador y a sus representantes legales. Además, si entendemos que la modificación sustancial decidida en cumplimiento de la obligación preventiva prevista en el art. 25.1 LPRL no es encuadrable en el supuesto regulado por el art. 41 ET, habrá que concluir que el trabajador especialmente sensible afectado por la modificación que resulte perjudicado por la misma (por ejemplo porque deje de cobrar plus de turnicidad) no tendrá el derecho reconocido en el párrafo segundo del art. 41.3 ET a la rescisión indemnizada de su contrato.

²²⁰ No compartimos la opinión doctrinal de que la modificación sustancial decidida en estos “casos preventivos” tenga su cobertura legal dentro de las razones “organizativas” previstas en el art. 41ET (BURGOS GINER, M.A. y RUANO ALBERTOS, S., op. cit., pág. 268) en tanto el propio apartado primero del citado precepto establece, en su último párrafo, que se entenderán que concurren las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando la adopción de la modificación sustancial “contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”, sin que parezca posible que la modificación decidida para preservar la seguridad y salud del trabajador especialmente sensible pueda contribuir a la consecución de dichos objetivos.

²²¹ Ya vimos anteriormente la posibilidad de entender que los arts. 26 y 27 LPRL se constituye como una especificación del art. 25 LPRL, lo que implica que, tal y como destaca GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN “cada precepto puede servir, dicho sea con todas las cautelas y la prudencia debida, para interpretar los restantes, en base a una interpretación contextual y sistemática, pues no me parece dudoso que forman parte del mismo grupo normativo”: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 39.

turnos). Este derecho de la trabajadora se estima por el Juzgado de lo Social que condena a la empresa (IMSERSO) a cambiar el horario de trabajo de la demandante pero, posteriormente, el TSJ estima el recurso de suplicación y niega el derecho de la trabajadora a no ser incluida en el horario de trabajo nocturno por entender que del art. 25.1 LPRL no se deriva la obligación de la empresa de modificar el régimen de trabajo a turnos. No compartimos el criterio seguido por esta decisión judicial ya que, como venimos defendiendo, la obligación empresarial de protección de la seguridad y salud de los trabajadores especialmente sensibles implica, en su caso, la no realización de trabajo nocturno o trabajo a turnos.

La no realización de trabajo a turnos como medida de seguridad a la que viene obligada la empresa por aplicación del art. 25.1 LPRL se deduce de la citada STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2006 que, al desestimar la pretensión del trabajador demandante dirigida a mantener el turno rotatorio de trabajo de mañana, tarde y noche que venía realizando y, consecuentemente, a que se declare injustificada la decisión de la empresa de asignarle un turno fijo de mañana por motivos de salud (lo que le había ocasionado perjuicios económicos), destaca que un proceder distinto de la empresa hubiera podido generar para la misma, por no haber actuado preventivamente, “responsabilidades tales como la imposición de los recargos establecidos en el art. 123 de la LGSS por el *incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo*” (el subrayado es nuestro).

iii. *La prohibición de emplear a los trabajadores especialmente sensibles.*

El art. 25.1 LPRL, en su segundo párrafo, prohíbe el empleo de los trabajadores especialmente sensibles en puestos de trabajo que, debido a las condiciones del trabajador, puedan suponer un peligro para él mismo u otros trabajadores y personas relacionadas con la empresa.

Esta medida preventiva se aplica, a diferencia de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 25.1 LPRL, no sólo a los trabajadores cuya especial vulnerabilidad deriva de sus condiciones personales sino también a aquellos que son especialmente sensibles a los riesgos laborales por encontrarse manifiestamente en “estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”. La transitoriedad del estado o situación del trabajador impide “considerarlo en la evaluación de riesgos, y, en consecuencia, el empresario no queda obligado a adoptar medidas preventivas de carácter permanente”²²² (medidas previstas en el párrafo primero del art. 25.1 LPRL), debiendo simplemente separar al trabajador de su puesto de trabajo.

Como ha destacado un sector doctrinal, esta prohibición implica cierta contradicción con el principio de adaptación del trabajo a la persona recogido en el art. 15.1.d) LPRL y del cual el art. 25 LPRL supone una manifestación, ya que dicha prohibición supone una reformulación del principio de adecuación del trabajador al trabajo, que aparecía recogido en el art.189 LGSS-74 y que obligaba “a tomar en consideración la aptitud psicofísica del trabajador, de forma que se prohibía emplear a trabajadores con alteraciones psicofísicas en máquinas o trabajos cuando dicho empleo pudiera generar

²²² CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 148.

un peligro para ellos, otros trabajadores o terceros”²²³, por lo que no se actuaba “sobre el medio de trabajo para adaptarlo al trabajador, sino que es éste quien debe adecuarse al trabajo”²²⁴.

La expresión “no serán empleados” utilizada por el art. 25.1 LPRL “seguramente deba interpretarse tanto como una limitación a las posibilidades de contratar a estos sujetos, lo que impone apropiadas políticas de selección de personal (...), como la necesidad de cambiar al trabajador de ocupación”²²⁵.

La concepción de la medida prevista en el segundo párrafo del art. 25.1 LPRL como limitación a las posibilidades de contratación aparece recogida en la STSJ de Valencia de 21 de septiembre de 2002²²⁶ que interpreta el art. 25.1 LPRL en el sentido de que este precepto “prohíbe contratar a trabajadores en aquellos puestos de trabajo que, a causa de sus características personales o estado biológico, sean especialmente sensibles a riesgos derivados del trabajo”.

La necesidad de cambiar al trabajador de puesto de trabajo implica que la empresa podrá, en cumplimiento de su obligación preventiva, acudir a la movilidad funcional o geográfica del trabajador especialmente sensible como medida de prevención de riesgos laborales²²⁷.

La cuestión vuelve a ser, al igual que ocurría con las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, si el empresario tiene no sólo la facultad sino también la obligación de proceder al cambio de puesto del trabajador especialmente sensible. El precepto que estamos comentando, a diferencia del art. 26 LPRL, no contiene ninguna previsión expresa acerca de dicha obligación empresarial ni, por consiguiente, de su alcance o límites por lo que el decidir si la “obligación ambigua e incompleta”²²⁸ en que consiste el no emplear a los trabajadores especialmente sensibles implica la obligación del empresario de cambiar de puesto de trabajo a dichos trabajadores es una de las cuestiones de gran interés en la aplicación práctica de la LPRL que, tal y como destaca la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002²²⁹, habrá de ser resuelta por los Tribunales Laborales. De los pronunciamientos judiciales que se han producido acerca de esta cuestión cabe destacar:

1. El derecho del trabajador al cambio de puesto de trabajo en virtud del segundo párrafo del art. 25.1 LPRL ha sido reconocido por la STSJ de Castilla y León de 3 de enero de 2001²³⁰ que responde de manera favorable al interrogante de si

²²³ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M. op. cit., pág. 214.

²²⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO., op. cit., pág. 214.

²²⁵ IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 181.

²²⁶ RJCA 2003/119922.

²²⁷ En este sentido RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., y PÉREZ BORREGO, G., op. cit., pág. 412 y SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 109.

²²⁸ En opinión de SALA FRANCO, la expresión utilizada por el segundo párrafo del art. 25 LPRL (los trabajadores especialmente sensibles “no serán empleados...”) supone para el empresario una “obligación ambigua e incompleta”: SALA FRANCO, T., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 102.

²²⁹ AS 2002/1636.

²³⁰ AS 2001/1213.

dicho precepto regula o no un derecho al cambio de puesto de trabajo en supuestos de disminución de la capacidad física y establece que para los trabajadores a los que resulta aplicable el art. 25.1 LPRL, “tal precepto claramente viene a poner de manifiesto que en los supuestos de riesgo de que le suceda algún mal deberá el trabajador ser empleado en puesto compatible, aunque no se indique con la misma claridad que en el art. 26,...”. En este mismo sentido se pronuncian la STSJ de Cantabria de 25 de octubre de 2001²³¹, la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de septiembre de 2005²³² y la STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2004²³³.

2. De la configuración del cambio de puesto de trabajo como obligación empresarial se deriva que el correlativo derecho del trabajador especialmente sensible a ser empleado en un puesto de trabajo compatible con su situación no puede enervarse mediante el simple expediente de negar la existencia de dicho puesto de trabajo, pues la inexistencia de tal puesto es extremo cuya prueba incumbe a la empresa, “dado que se trata de un óbice al derecho de cambio de puesto de trabajo” (STSJ de Castilla y León de 3 de enero de 2001²³⁴; STSJ de Cantabria de 25 de octubre de 2001²³⁵).
3. En el supuesto de que la especial sensibilidad del trabajador tenga un carácter transitorio, habrá de entenderse que el trabajador una vez desaparecida dicha situación, “debe tener derecho a recuperar su puesto de trabajo habitual” (STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002²³⁶).
4. Que el trabajador tenga derecho a un cambio a puesto de trabajo que no implique riesgos para su seguridad y salud no supone el derecho a un traslado definitivo a un concreto puesto de trabajo exento de riesgos toda vez que el art. 25 LPRL no impone obligación alguna al empleador de adjudicar con carácter definitivo una plaza a un trabajador sino la obligación de garantizar a los trabajadores especialmente sensibles la protección de su seguridad y salud, sin que el hecho de estar adscrito a un determinado puesto de trabajo con carácter temporal o definitivo tenga incidencia alguna en la salud de aquéllos (STSJ de Castilla y León de 24 de abril de 2001²³⁷).

²³¹ AS 2001/3981. Esta sentencia confirma la de instancia que había condenado a la empresa a reasignar a un trabajador especialmente sensible (según informe del médico de cabecera padecía unas lesiones en el codo que podían empeorar en caso de realizar los movimientos repetitivos de extensión de codos que tenía que ejecutar en su puesto de trabajo de barrendero) a un puesto de trabajo (recogida de muebles y enseres) compatible con su estado de salud. Se mantiene en esta resolución que del art. 25 LPRL “cabe deducir el derecho del trabajador a un cambio de puesto de trabajo en los supuestos de disminución de su capacidad física, debiendo ser empleado en un puesto compatible. Cambio de puesto recogido con mayor claridad en el art. 26 respecto a la protección de la maternidad”

²³² AS 2005/2341. En esta sentencia se considera que del art. 25.1 LPRL se deriva el derecho del trabajador a ocupar un determinado puesto de trabajo “dada las limitaciones físicas que padece, porque (...) son lo suficientemente relevantes para aconsejar la ocupación laboral en un puesto de trabajo que no requiera grandes esfuerzos, coger pesos o estar mucho tiempo de pie (...), condiciones éstas que reúne el citado puesto de trabajo”.

²³³ AS 2004/2365. Esta resolución judicial declara expresamente que el derecho a la medida movilizadora por causa de salud derivado del art. 25.1 LPRL se trata de un “derecho irrenunciable del trabajador y una correlativa obligación del empresario”.

²³⁴ AS 2001/1213.

²³⁵ AS 2001/3981.

²³⁶ AS 2002/1636.

²³⁷ AS 2001/2119.

5. Determinadas resoluciones judiciales vienen denegando a los trabajadores el derecho al cambio de puesto por no concurrir los requisitos exigidos en convenio colectivo o no haber seguido el procedimiento previsto en norma convencional: STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de marzo de 2002²³⁸; STSJ de Galicia de 30 de octubre de 2003²³⁹; STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2005²⁴⁰.

Frente a esta doctrina judicial, es importante destacar que, tal y como señala la STSJ de Galicia de 25 de mayo de 2004²⁴¹, se ha de partir de la base de que los requisitos establecidos en norma convencional para reconocer el derecho de los trabajadores a ser adscritos a determinados puestos de trabajo por motivos de salud (en el supuesto previsto en esta resolución estos requisitos consistían en la ratificación del Médico de Empresa y el informe favorable de la Comisión Paritaria), “no podrían en ningún caso entenderse beneficiados con inmunidad frente a su posible fiscalización judicial, puesto que el ejercicio de un derecho (...) no puede quedar al injustificado arbitrio de un tercero, incluso aunque así se haya pactado en convenio colectivo”. Por tanto, teniendo en cuenta “que en la convivencia normativa entre la Ley y el convenio, éste ha de respetar las normas de derecho necesario...”, debe mantenerse la “inviabilidad de que el convenio colectivo establezca condicionantes para el traslado de puesto de trabajo por razones de salud...”, lo que significa que el derecho a la medida movilizadora por causa de salud, “en forma alguna puede quedar minorado por la regulación que al efecto pueda hacerse en el convenio colectivo, siendo nula toda prescripción que al efecto se haga en el mismo, atribuyéndole carácter discrecional o sujetándolo a cualesquiera condiciones²⁴²”, pues se trata de un

²³⁸ AS 2002/1636.

²³⁹ AS 2004/392.

²⁴⁰ AS 2005/1297.

²⁴¹ AS 2004/2365.

²⁴² Por esto nos parece sorprendente el criterio seguido por la posterior STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2005 (AS 2005/1297) que, tras asegurar que al trabajador se le ha reconocido el derecho a un cambio de puesto de trabajo compatible con sus posibilidades en base a la discapacidad que padece desde el momento en que está incluido en las listas de personal con capacidad disminuida (tal y como exige el convenio aplicable), supedita la ejecutividad de dicho cambio al hecho de que concurren requisitos adicionales establecidos en la norma convencional (que exista un puesto compatible en la empresa para lo que es necesario que ésta elabore una lista de puestos de trabajo, entre los existentes en cada momento, apropiados para personas con capacidad disminuida). Entendemos que el error de esta decisión estriba en que se aplica a un trabajador especialmente sensible el régimen previsto en convenio colectivo para cambiar el puesto de trabajo a trabajadores con capacidad disminuida, trabajadores estos últimos que son definidos por el art. 49 del propio convenio como aquellos “que hayan sufrido una limitación funcional o psíquica (...) que, sin que suponga una disminución invalidante total o absoluta, afecte a los trabajos de su profesión habitual e impida el desarrollo de los mismo en forma correcta y completa”. Nótese que para definir a estos trabajadores no se hace mención alguna al hecho de que su disminución implique que de seguir desarrollando las tareas propias de su puesto de trabajo se derivará un riesgo para su seguridad o salud, sino que se limita a tener en cuenta si la capacidad disminuida influye en su rendimiento laboral. Parece que en estos casos en que el trabajador no pueda desarrollar correctamente sus tareas laborales, el retraso en la ejecutividad del cambio de puesto de trabajo no afectará a su seguridad o salud, pero en el supuesto de que la capacidad disminuida del trabajador lo haga especialmente sensible a los riesgos de su puesto de trabajo, la empresa no se puede demorar en proceder al cambio de puesto de trabajo, de forma que si espera para hacer efectivo dicho cambio a que se cumplan los requisitos previstos en convenio (tal y como acepta la sentencia que estamos comentando) estará incumpliendo la obligación preventiva prevista en el párrafo segundo del art. 25.1 LPRL y, por tanto, cometiendo la infracción recogida en el art. 13.4 TRLISOS.

derecho irrenunciable del trabajador y una correlativa obligación del empresario”.

Ahora bien, el problema lo encontramos en el supuesto de que la empresa no pueda proceder a alguno de los cambios de las condiciones de trabajo a las que acabamos de hacer referencia por no ser “técnica u objetivamente posible”, o “no pueda razonablemente exigirse” la adopción de las mismas por motivos justificados²⁴³, debiendo entender que en este caso procedería la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas debido a la ineptitud del trabajador (art. 52.a) ET)²⁴⁴. Como veremos a continuación, la posibilidad de extinción del contrato de trabajo en el supuesto de que no sea posible la adopción de otras medidas está prevista en la normativa específica aplicable a determinados colectivos de trabajadores a los que se puede calificar de especialmente sensibles conforme al art. 25.1 LPRL.

Nótese que, a diferencia de lo previsto para el caso de la protección de la maternidad, no se recoge en el art. 25.1 LPRL como medida preventiva la suspensión del contrato del trabajador especialmente sensible seguramente debido a que las situaciones recogidas en el primer párrafo del citado precepto presentarán en muchas ocasiones un carácter permanente. No obstante, nada impide que, en el caso de entender que la especial sensibilidad va a tener un carácter temporal y ante la imposibilidad de adoptar algunas de las medidas vistas hasta ahora, se suspenda el contrato de trabajo por mutuo acuerdo de empresario y trabajador (art. 45.1.a) ET) como medida para prevenir el riesgo.

b. Medidas preventivas previstas en normativa específica.

Si bien, como hemos visto, el art. 25.1 LPRL no concreta expresamente las medidas preventivas a adoptar por parte de la empresa a la hora de proteger la seguridad y salud de los trabajadores especialmente sensibles, nos encontramos con la existencia de una normativa específica aplicable a determinados trabajadores que son encuadrables en el ámbito subjetivo de protección del precepto que estamos analizando y que sí descende a establecer concretas medidas para combatir los riesgos a los que puedan estar sometidos aquéllos.

Dicha normativa específica está constituida por: i) el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos; ii) el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo; iii) el Reglamento de Enfermedades Profesionales aprobado por

²⁴³ Términos utilizados por el art. 26.2 LPRL.

²⁴⁴ SALA FRANCO, T., op. cit., pág. 103; CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 146. En contra de esta posibilidad se pronuncia GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, para quien “no parece que la prohibición de empleo del trabajador en dichos puestos pueda conducir a la extinción de su contrato de trabajo vía art. 52.a) ET”: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., op. cit., pág. 40. En este último sentido también se pronuncian BURGOS GINER y RUANO ALBERTOS, al entender que, en estos casos, “la situación inhabilitante para realizar el trabajo devendría de los defectos originados por los medios de trabajo, imputables, por tanto, al empresario, por lo que la adopción de esta medida extintiva, en tal caso, supondría un uso incorrecto de la ineptitud por parte de aquél”. En opinión de estas autoras, “en último extremo y ante la imposibilidad de cambio de puesto –al no existir– o de su reclasificación profesional, se podría llegar a la extinción del contrato por fuerza mayor (art. 49.h LET), ante ese hecho imprevisible e inevitable, de carácter definitivo, que está impidiendo el cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia preventiva”: BURGOS GINER, M.A. y RUANO ALBERTOS, S., op. cit., págs. 275-276.

Orden de 9 de mayo de 1962 (REP); iv) art. 36.4 ET que regula las medidas preventivas para combatir los riesgos derivados del trabajo nocturno. Analizaremos a continuación esta normativa.

i. Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

El art. 1.1 de esta norma establece que el trabajador que ha sido declarado en situación de incapacidad permanente parcial tiene derecho a reincorporarse en la empresa en las condiciones siguientes:

“Si la incapacidad permanente parcial no afecta al rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantener el nivel retributivo correspondiente al mismo. En el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el rendimiento, deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa”.

En ocasiones, el hecho de que el trabajador no pueda desempeñar con el rendimiento habitual un determinado trabajo implicará que de realizarlo pondría en peligro su seguridad o salud, por lo que la empresa habrá de encomendarle tareas acordes a su capacidad y cuya ejecución no implique riesgo, procediendo de esta forma a una movilidad funcional o modificación sustancial de condiciones de trabajo (si el cambio de puesto es definitivo) de carácter preventivo. Este es el caso previsto en la STSJ de Murcia de 23 de abril de 1992²⁴⁵ que entiende incardinable en el art. 1.1 del RD 1451/1983 la situación de un trabajador al que se le ha declarado una invalidez permanente parcial y “no puede seguir realizando con rendimiento aceptable sin grave riesgo para sí mismo, para su compañero de turno y para las propias instalaciones” las tareas de su anterior puesto de trabajo, por lo que procede la modificación sustancial de condiciones de trabajo²⁴⁶ llevada a cabo por la empresa al cambiarle de puesto de trabajo, encomendándole tareas de limpieza (con la correspondiente pérdida de pluses de turnicidad, nocturnidad y actividad), ya que “la norma citada (...) autoriza al empresario a ocupar al trabajador en un puesto adecuado a su capacidad residual si lo hubiere”. Se trataría no “de una decisión por razones técnicas, organizativas o productivas de la patronal, sino impuesta por la declaración de invalidez parcial”²⁴⁷ y que no puede entenderse que “afecte a la dignidad personal del actor, cuando viene exigida por la Ley; o le impida conservar su destreza y experiencia en un puesto de trabajo que ya no puede desempeñar; o cause perjuicio para su formación profesional cuando su capacidad está claramente reducida...”.

En el caso de que la empresa no disponga de un puesto de trabajo adecuado a la capacidad residual del trabajador, el art. 1.1 RD 1541/1983 establece, como hemos

²⁴⁵ AS 1992/1818.

²⁴⁶ Nótese como en el supuesto sobre el que se pronuncia esta resolución judicial, el cambio de puesto no se ha llevado a cabo conforme a los criterios de la movilidad funcional, sino que dicho cambio ha supuesto una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

²⁴⁷ Por lo que entendemos que, al igual que se defendió al analizar el art. 25.1 LPRL, dicha modificación no ha de seguir el procedimiento previsto en el art. 41 ET.

visto, que el empresario podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que esta reducción supere el 25 por 100 ni los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional. Nótese que si el motivo de la movilidad funcional es la existencia de riesgos en el puesto de trabajo de origen dadas las condiciones personales del trabajador, no será posible, en cumplimiento del art. 25 LPRL, mantenerle en el puesto con reducción de sueldo pues se estaría adscribiendo al trabajador especialmente sensible a la realización de tareas que implican un riesgo para su seguridad o salud, por lo que cabe preguntarse si en este último supuesto sería posible que la empresa extinguiese la relación laboral por la causa objetiva prevista en el art. 52.a) ET. La STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2001 ha respondido a favor de la extinción del contrato de trabajo para el caso de un trabajador al que se le ha declarado una invalidez permanente parcial y que presenta una notoria incapacidad para desarrollar las funciones normales de su trabajo y no puede ser recolocado en otro puesto de trabajo de la empresa. Entendemos que, tal y como vimos al analizar el art. 25.1 LPRL, a la misma solución (extinción del contrato por causas objetivas) habríamos de llegar para el caso de que en la empresa no existiese ningún puesto de trabajo exento de riesgos para el trabajador inválido.

ii. Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo.

Establece el art. 8.3 de esta norma que en “los centros especiales de empleo será de aplicación con carácter general la normativa vigente en materia de salud y seguridad en el trabajo y en especial la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus disposiciones de desarrollo”²⁴⁸. A pesar de esta remisión, nos encontramos con que es el propio RD 1368/1985 el que regula unas medidas específicas de seguridad y salud para estos trabajadores que son encuadrables en el ámbito de protección del art. 25 LPRL. Así el art. 6.2 establece las siguientes medidas preventivas²⁴⁹:

1. La necesidad de que los Equipos Multiprofesionales sometan a revisión, al menos con una periodicidad de dos años, a los trabajadores minusválidos con el fin de garantizar la adecuación del trabajo a sus características personales y profesionales. Como vemos, esta norma especial al regular la evaluación de

²⁴⁸ A efectos de incluir dentro del ámbito aplicativo de la LPRL las relaciones laborales de carácter especial (entre las que se encuentran las de los minusválidos en los centros especiales de empleo), destaca IGARTUA MIRÓ que aun cuando el tenor literal del art. 3.1 LPRL “pudiera hacer pensar en su exclusión (no son relaciones reguladas en el propio ET, como es sabido), la exclusión expresa de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, a contrario sensu, nos hace inclinarnos por una interpretación consistente en su plena aplicación. Además a efectos prácticos, hemos de tener en cuenta que la normativa específica reguladora de tales relaciones se suele remitir en materia de seguridad y salud a la normativa de carácter general”: IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit. pág. 73. Como vemos, el art. 8.3 RD 1368/1985 (redactado por el RD 427/1999), hace esta remisión a la que se refiere la autora.

²⁴⁹ Debemos destacar que estas medidas preventivas también serán aplicables en los “enclaves laborales” regulados en el RD 290/2004, de 20 de febrero, ya que según el art. 1.3 de la citada norma, la “dirección y organización del trabajo en el enclave corresponde al centro especial de empleo, con el que el trabajador con discapacidad mantendrá plenamente, durante la vigencia del enclave, su relación laboral de carácter especial en los términos establecidos en el RD 1368/ 1985,...”. Por otra parte, el art. 9 RD 290/2004 que regula la prevención de riesgos laborales en el enclave, establece en su apartado primero, que la “empresa colaboradora y el centro especial de empleo deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores que formen el enclave, en los términos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales,...”.

riesgos también prevista en el párrafo primero del art. 25.1 LPRL, establece respecto a este específico colectivo una periodicidad mínima de esta medida preventiva.

2. Si como consecuencia de la revisión se observa que el trabajo que realiza el minusválido supone un grave riesgo para su salud se deberá declarar la inadecuación del mismo y cambiar al trabajador a otro puesto de trabajo dentro del propio centro que sea adecuado a sus características. Se prevé, por lo tanto, de forma expresa el cambio de puesto de trabajo como medida de seguridad.
3. De no ser posible el cambio de puesto, el trabajador cesará en la prestación de servicios ya que su contrato se extinguirá por causas objetivas (ineptitud del trabajador). Por tanto, la extinción del contrato de trabajo sólo procede si no es posible acudir a la medida movilizadora.

iii. Reglamento de Enfermedades Profesionales aprobado por Orden de 9 de mayo de 1962 (REP).

Esta normativa específica, cuya vigencia se derivaría en opinión de la doctrina, del art. 133.2 LGSS²⁵⁰ y ha sido reconocida por el TS²⁵¹, será aplicable a los trabajadores que presentan síntomas de enfermedad profesional²⁵². Al igual que la normativa que se acaba de analizar, se prevé como medida preventiva el cambio de puesto y cuando ésta no fuese posible, la extinción del contrato de trabajo.

Por lo que se refiere al cambio de puesto, establece el art. 45.1 REP que en los casos “en que como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo, se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa”.

Nos encontramos ante una medida preventiva que “pretende frenar el avance de la enfermedad, detectada en esa primera fase en la que todavía es fácil tratarla porque empieza a manifestar sus síntomas”²⁵³ y que será aplicable a aquellos trabajadores que

²⁵⁰ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 186; SÁNCHEZ NAVARRO, D.A., “El cambio de puesto de trabajo por enfermedad profesional: una zona gris dentro del ámbito competencial del INSS y del INSALUD u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas”, *AS (V)*, 2002, pág. 849. El art. 133.2 LGSS establece que lo dispuesto respecto a las situaciones de incapacidad temporal derivadas de períodos de observación por enfermedad profesional “se entenderá sin perjuicio de las obligaciones establecidas, o que puedan establecerse en lo sucesivo, a cargo de este Régimen General o de los empresarios, cuando por causa de enfermedad profesional se acuerde respecto de un trabajador el traslado de puesto de trabajo, su baja en la empresa u otras medidas análogas”.

²⁵¹ STS de 27 de junio de 1994 (RJ 1994/5490); STS de 22 de diciembre de 1994 (RJ 1994/ 10222).

²⁵² El RD 1299/2006, de 10 de noviembre, aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social. Como destaca MORENO CÁLIZ, “las especialidades protectoras, fundamentalmente en materia de prevención van a beneficiar únicamente a los sujetos que son víctimas de una verdadera Enfermedad Profesional, en los términos descritos por el art. 116 TRLGSS, discurrendo por otros cauces a los previstos en la normativa de prevención de riesgos laborales, más extensiva y general”: MORENO CÁLIZ, S., “La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos”, *AS (V)*, 2001, pág. 738.

²⁵³ MORENO CÁLIZ, S., “Medidas de prevención específica de la enfermedad profesional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 225, 2001, pág. 61.

presenten síntomas de enfermedad profesional cuya manifestación no es incapacitante²⁵⁴.

Respecto de esta movilidad preventiva debemos señalar los siguientes aspectos:

1. El art. 3.3 RD 2609/1982, de 24 de septiembre, atribuía competencia exclusiva al INSALUD²⁵⁵ para “determinar la existencia de síntomas de enfermedad profesional que, sin constituir incapacidad laboral transitoria, aconsejen el traslado del trabajador a otro puesto de trabajo exento de riesgo o su baja en la empresa cuando el traslado no sea posible”. Esta competencia del INSALUD se mantiene tras el RD 1300/1995, de 21 de julio, en virtud de su disposición derogatoria única c)²⁵⁶.
2. La doctrina²⁵⁷ entiende que este cambio de puesto de trabajo puede tener un carácter temporal o definitivo, ya que el derogado Decreto 792/1961, de 13 de abril, establecía en su art. 21.1 que los médicos además de informar a la empresa sobre los síntomas de enfermedad profesional debían especificar si el cambio era temporal o definitivo.
3. El art. 46.1 REP establece la obligación empresarial de cumplir los dictámenes médicos de traslado de los trabajadores afectos de síntomas de enfermedad profesional sin incapacidad temporal.
4. Respecto a la retribución, establece el art. 45.4 REP, que cuando “a consecuencia del traslado se asigne al trabajador un puesto compatible con su estado que tenga fijada menor retribución de la que venía disfrutando en su anterior trabajo, se le abonará el salario que anteriormente venía percibiendo, excepto las retribuciones ligadas directamente a la producción que fueran exclusivas del puesto de procedencia”²⁵⁸.
5. La movilidad se producirá dentro de la misma empresa, concepto más amplio que centro de trabajo²⁵⁹.

²⁵⁴ MORENO CÁLIZ, S., “Medidas de prevención...”, op. cit, pág. 61.

²⁵⁵ Conforme al art. 15 RD 840/2002, de 2 de agosto, el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria sustituye al Instituto Nacional de la Salud, conservando el régimen jurídico, económico, presupuestario y patrimonial y la misma personalidad jurídica y naturaleza de entidad gestora de la Seguridad Social de éste.

²⁵⁶ SÁNCHEZ NAVARRO entiende que esto va a suponer “la ruptura del principio de unicidad que informa los procedimientos de declaración y reconocimiento de incapacidades laborales proclamado en la Ley 42/1994, con independencia de lo irracional que resulta que la «existencia de síntomas de enfermedad profesional» esté atribuido competencialmente al INSALUD y la «determinación del carácter común o profesional de la enfermedad», al INSS”: SÁNCHEZ NAVARRO, D.A., op. cit., pág. 840.

²⁵⁷ MORENO CÁLIZ, S., “Medidas de prevención...”, op. cit, pág. 61; SÁNCHEZ NAVARRO, D.A., op. cit., pág. 850.

²⁵⁸ Esta regla conoce una excepción establecida por el propio art. 45.4 REP para el supuesto de que concurriendo circunstancias económicas especiales, la empresa solicite a la autoridad laboral la reducción del salario de estos trabajadores. La autoridad laboral “previo los informes que estime oportunos, resolverá según proceda, sin que en ningún caso el salario que fije pueda ser inferior al señalado para la nueva categoría de trabajo asignada al obrero”.

²⁵⁹ MORENO CÁLIZ, S., “Medidas de prevención...”, op. cit, pág. 61.

6. Respecto al tipo de movilidad que se debe aplicar, del art. 45.4 REP se deriva la posibilidad de que el empresario asigne al trabajador afectado un puesto de trabajo de una categoría profesional distinta a la suya –el citado precepto prevé el supuesto de una “nueva categoría de trabajo asignada al obrero” que “tenga fijada menor retribución”–. Entendemos que el empresario podría acudir incluso a una movilidad funcional extraordinaria –asignándole funciones no correspondientes al grupo profesional o categoría equivalente a la del trabajador–²⁶⁰, dado las gravosas consecuencias que para el empresario tiene la imposibilidad de asignar al trabajador un nuevo puesto de trabajo –la baja subsidiada que analizaremos posteriormente–.
7. Respecto a la frontera que separa la aplicación de la medida que estamos analizando y el reconocimiento de una incapacidad permanente, el TS ha establecido en su Sentencia de 27 de junio de 1994²⁶¹ que la aplicación de las medidas previstas en el REP (traslado de puesto de trabajo o baja en la empresa) será posible en el caso de que “el mal profesional sólo inhabilite para el desempeño de ciertos puestos de trabajo que por las circunstancias que le son propias perjudiquen la enfermedad, lo cual denota que pueden existir otros, correspondientes a la categoría profesional del trabajador, cuyo eventual desempeño no generaría las indicadas consecuencias. No es dudoso lo últimamente expuesto, pues el citado artículo 48 contiene previsión según la cual, si durante el tiempo en que ha de ser dispensada la referida protección se ofreciese «al trabajador un puesto adecuado a su categoría profesional», cesará dicha protección. Consiguientemente, cuando la enfermedad profesional padecida (...) presenta carácter irreversible, inhabilitando permanentemente para el desempeño de cualquier puesto de trabajo para la categoría profesional ostentada por el trabajador, resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total y el abono de la pensión correspondiente”.

Esto no se contradice con lo establecido anteriormente respecto a la posibilidad de la empresa de acudir como medida preventiva a la movilidad funcional extraordinaria. Esto es, para el caso de que no existan puestos de trabajo pertenecientes a la categoría profesional del trabajador exentos de riesgo, procederá, no el cambio de puesto de trabajo sino la declaración de incapacidad permanente total. Ahora bien, existiendo dichos puestos, es posible que el empresario no pueda destinar al trabajador que presenta síntomas de enfermedad profesional a uno de ellos –por no existir en esa concreta empresa–, pudiendo proceder en este caso a la movilidad funcional extraordinaria.

Para el caso de que no fuese posible el traslado, el art. 48 REP prevé que el trabajador será dado de baja en la empresa e inscrito con derecho preferente para ser empleado en el Instituto Nacional de Empleo. Respecto de esta baja cabe destacar:

1. La baja en la empresa deberá ir precedida de la “previa conformidad de la Inspección de Trabajo” (art. 48.1 REP) con el juicio de la empresa sobre la imposibilidad de proceder al traslado.

²⁶⁰ Que en caso de tener carácter definitivo constituiría una modificación sustancial del contrato de trabajo.

²⁶¹ RJ 1994/5490.

2. A tenor del art. 48 RSP, la baja en la empresa irá acompañada de un régimen de prestaciones que es calificado por la doctrina como “sorprendente”²⁶². Así, durante los primeros doce meses de baja el trabajador percibirá un subsidio con cargo a la empresa equivalente al salario íntegro²⁶³, transcurridos los cuales, si subsistiera el desempleo, el trabajador pasará a percibir, con cargo al Fondo Compensador (INSS), el indicado subsidio durante seis meses más.

El citado subsidio cesará antes de expirar los plazos que se acaban de describir si la Oficina de Colocación “ofrece al trabajador un puesto adecuado a su categoría profesional” (art. 48.2 REP).

3. Un sector doctrinal mantiene que la aplicación de esta baja subsidiada “debe ser rechazada por suponer la aplicación de un despido encubierto, al carecer de base legal que la ampare (arts. 49, 52 y 53 ET)”²⁶⁴.

En este sentido se pronuncia la STSJ del País Vasco de 18 de mayo de 1999²⁶⁵ que declara improcedente la rescisión de un contrato de trabajo al amparo del art. 48 REP por entender que “este precepto debe entenderse derogado y sustituido por lo que se dispone en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores”, destacándose que el “art. 49 del Estatuto de los Trabajadores fija la relación de causas de la extinción del contrato, sin que en la nómina de las mismas se encuentre las motivadas por enfermedad profesional”. A tenor de la sentencia que estamos comentando, en estos casos, la empresa podría efectuar el cese “por el motivo al que se refiere el art. 52 a) del ET, es decir, por ineptitud sobrevvenida”.

Por el contrario, otro sector doctrinal con el que nos alineamos, entiende que “no puede descartarse la aplicación de la baja, si concurren los condicionantes previstos en la norma”²⁶⁶, toda vez que el art. 133.2 LGSS se remite expresamente a la baja en la empresa con motivo del diagnóstico de la enfermedad profesional y que el Tribunal Supremo se ha pronunciado alguna vez sobre el particular y no ha rechazado la aplicación de la medida señalada (STS de 27 de junio de 1994²⁶⁷). Por tanto, y tal y como estableció la SCT de 4 de octubre de 1983²⁶⁸, debemos entender que “el art. 49 del ET no agota en su listado todas las causas de extinción del contrato de trabajo y por tanto no incluye aquellos supuestos (...), en que la baja en la empresa se produce por ministerio de la ley, como dispone el art. 48 de la O.M. de 9 de mayo 1962 que aprueba el Reglamento de Enfermedades profesionales,...”, por lo que en estos casos “ni es precisa la aplicación de los arts. 52 y 53 del ET relativo al despido

²⁶² MORENO CÁLIZ, S., “Medidas de prevención...”, op. cit., pág. 64.

²⁶³ MORENO CÁLIZ entiende que se trata de una “solución razonable, en tanto que es imputable al empresario la ausencia de una colocación compatible con su estado de salud en la empresa que ha generado el riesgo de Enfermedad Profesional” y que tiene un “carácter preventivo”, en la medida en que se pretende evitar la baja del trabajador y forzar al empresario a que le ofrezca un puesto adecuado a su categoría profesional y exento de riesgos: MORENO CÁLIZ, S., “Medidas de prevención...”, op. cit., pág. 75. Ya vimos como, en nuestra opinión, y basándonos en el art. 45.4 REP, no es necesario que el cambio se haga a un puesto de la misma categoría profesional, siendo posible el acudir a la movilidad funcional extraordinaria.

²⁶⁴ SÁNCHEZ NAVARRO, D.A., op. cit., pág. 853.

²⁶⁵ AS 1999/1928.

²⁶⁶ MORENO CÁLIZ, S., “La tutela de...”, op. cit., pág. 756.

²⁶⁷ RJ 1994/5490.

²⁶⁸ A. 1983/8116.

por causas objetivas, ya que en este caso, el cese no se produce por voluntad de la empresa, sino en cumplimiento de norma legal vigente”.

iv. El art. 36.4 ET.

Entendemos que tras la entrada en vigor de la LPRL, lo dispuesto en el art. 36.4 ET se constituye como una especificación del art. 25.1 LPRL para el caso de que las condiciones personales del trabajador lo hagan especialmente sensible al trabajo nocturno.

Este precepto estatutario reconoce el derecho del trabajador al que se le reconozca problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno a ser destinado a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa para el que sean profesionalmente aptos. Este cambio de puesto de trabajo se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en los arts. 39 y 41 ET²⁶⁹.

En este sentido, la STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001²⁷⁰ aplica, de manera conjunta, los arts. 36.4 ET y 25.1 LPRL para reconocer el derecho de un trabajador, cuyas particulares condiciones hacen que sufra en grado particularmente elevado el riesgo derivado del estrés y del trabajo nocturno, a un cambio de puesto de trabajo. En esta sentencia para defender que el art. 36.4 ET es, al igual que la LPRL, aplicable al personal estatutario de la Administración (art. 3 LPRL), se señala que dicho precepto estatutario se trata de una “norma que por su naturaleza preventiva ha de aplicarse dentro del ámbito dispuesto por la Ley 31/1995 y no limitadamente a los trabajadores por cuenta ajena”.

E. La infracción administrativa del art. 13.4 TRLISOS.

El incumplimiento empresarial de las obligaciones preventivas que acabamos de analizar –tanto las que se derivarían del art. 25.1 LPRL como de las establecidas expresamente en la normativa específica que hemos analizado y considerado como una concreción del citado precepto prevencionista para el caso de supuestos específicos de sujetos especialmente sensibles–, será constitutivo de la infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales prevista en el art. 13.4 TRLISOS que sanciona, en la primera parte de su redacción, la conducta empresarial consistente en la “adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, (...), cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

a. La adscripción de los trabajadores especialmente sensibles a puestos de trabajo incompatibles.

El tipo infractor sanciona el emplear a los trabajadores en puestos de trabajo que no son compatibles con sus características personales por lo que es claro que, conocido por la empresa que el estado del trabajador lo hace especialmente sensible a los riesgos

²⁶⁹ Reconociendo este derecho pero precisando que el puesto diurno no ha de ser necesariamente de igual categoría que el que venía desempeñando el trabajador, la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 1999 (AS 1999/3194).

²⁷⁰ AS 2001/4273.

derivados de su puesto de trabajo, la no adopción de alguna de las medidas preventivas que hemos comentado (cambio de turno; cambio de puesto de trabajo; destinar a un trabajador nocturno a un puesto de trabajo diurno) será encuadrable en el supuesto de hecho del art. 13.4 TRLISOS, en tanto implicará que el trabajador especialmente sensible sigue destinado a un trabajo incompatible con su estado. Así, la STSJ del País Vasco, de 21 de enero de 2000²⁷¹ confirma la sanción impuesta al empresario por incurrir en la infracción del art. 47.7 LPRL²⁷² al adscribir a dos trabajadores especialmente sensibles –presentaban alergias– a puestos de trabajo que implican un riesgo para su salud y no proceder al traslado de los mismos a puestos de trabajo en los que puedan prestar sus servicios sin posibilidad de trastornos en su salud pese a los requerimientos de la Inspección de Trabajo y a los informes médicos que sirvieron de base a los mismos, y de los que la empresa tenía conocimiento.

Igualmente será encuadrable en el tipo infractor que estamos comentando la contratación para un determinado puesto de trabajo de un trabajador cuyas condiciones personales conocidas lo hacen especialmente vulnerable frente a los riesgos de la actividad laboral que es propia de aquel puesto de trabajo. En este sentido, la ya citada STSJ de Valencia, de 21 de septiembre de 2002²⁷³, confirma la sanción impuesta a una empresa por contratar a una trabajadora a sabiendas de la hipersensibilidad que padecía al contacto con artículos que contenían níquel, contraviniendo lo establecido en el art. 25.1 LPRL.

Debido al carácter de obligación preventiva que, tal y como hemos mantenido en este trabajo, tiene para la empresa el llevar a cabo adaptaciones del puesto de trabajo o medidas movilizadoras para combatir los riesgos que puedan afectar a los trabajadores especialmente sensibles, entendemos que, existiendo la posibilidad de adoptar estas medidas, la decisión empresarial de extinguir directamente el contrato basándose en la ineptitud del trabajador (art. 52.a) ET) constituirá un incumplimiento de las obligaciones preventivas del art. 25.1 LPRL.

Sin embargo, el respeto al principio de tipicidad nos lleva a defender que dicho incumplimiento no es encuadrable en el tipo infractor que estamos comentando ya que la extinción del contrato significará, desde luego, que el trabajador especialmente sensible es alejado del puesto de trabajo incompatible con su situación²⁷⁴.

Tampoco sería encuadrable en el tipo infractor que estamos comentando el incumplimiento empresarial de la evaluación específica prevista en el art. 25.1 LPRL, debiendo reconducirse el mismo a los arts. 12.1.b)²⁷⁵ o 12.2 TRLISOS²⁷⁶

²⁷¹ RJCA 2000/230601.

²⁷² Actual art. 12.7 TRLISOS. Como veremos a continuación, la única diferencia de esta infracción grave con respecto a la muy grave que estamos comentando es que, en esta última, es necesario que de la conducta empresarial se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores especialmente sensibles. Por tanto, la conducta infractora sancionada a través de estos tipos es la misma diferenciándose los mismos por la gravedad del riesgo derivado de la misma.

²⁷³ RJCA 2003/119922.

²⁷⁴ En contra, entendiendo que esta conducta empresarial puede ser sancionada administrativamente por infracción grave o muy grave en virtud de los arts. 12.7 y 13.4 TRLISOS, respectivamente, VALLEJO DACOSTA, R., *Riesgos Psico-Sociales: Prevención, Reparación y Tutela Sancionadora*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 68.

²⁷⁵ Tipifica como infracción grave el no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos.

²⁷⁶ Tipifica como infracción grave el no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de la salud de los trabajadores.

b. La omisión del tipo infractor de los sujetos especialmente sensibles por su estado biológico conocido o su reconocida situación de discapacidad física, psíquica o sensorial.

Es de señalar que, aunque el tipo infractor se limita a mencionar a los trabajadores cuya especial sensibilidad a los riesgos deriva de sus características personales conocidas o estados transitorios sin referirse a los supuestos en que aquélla se debe al estado biológico conocido o reconocida situación de discapacidad física, psíquica o sensorial del trabajador, habrá de entenderse que la adscripción de estos últimos a puestos incompatibles con su estado es constitutiva de la infracción del art. 13.4 TRLISOS (siempre que, como vamos a ver, se derive de la misma un riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de estos trabajadores) ya que el concepto de “características personales” expresamente citado en el tipo es lo suficientemente amplio para incluir en el mismo el estado biológico del trabajador o sus situación de discapacidad a los que también se refiere la norma sustantiva.

c. El riesgo grave e inminente como resultado necesario del incumplimiento empresarial.

La infracción del art. 13.4 TRLISOS se diferencia de las infracciones recogidas en los apartados primero y segundo (relativas a mujeres embarazadas, de parto reciente o lactantes y a menores), en que, como destaca DÍAZ MOLINER²⁷⁷, esta infracción no se basa únicamente en circunstancias subjetivas sino que incluye también un criterio objetivo determinado por la necesidad de que del incumplimiento empresarial se derive un riesgo grave e inminente.

En caso de no derivarse del incumplimiento empresarial un riesgo de tal entidad para la seguridad y salud de los trabajadores especialmente sensibles, la conducta empresarial sería constitutiva de la infracción grave prevista en el art. 12.7 TRLISOS²⁷⁸.

3. El deber empresarial de tomar en consideración las capacidades del trabajador en materia de seguridad y salud al asignarle la realización de tareas.

A. La obligación sustantiva del art. 15.2 LPRL.

El apartado segundo del art. 15 LPRL establece el deber empresarial de tomar en consideración “las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarle las tareas”. Supone este precepto la transposición, casi literal, a nuestro ordenamiento interno del art. 6.3.b) de la Directiva Marco.

El art. 15 LPRL recoge una serie de “principios de la acción preventiva” entre los que podemos distinguir unos principios generales (art. 15.1) que servirían “para concretar la obligación de seguridad y que constituyen importantes criterios interpretativos en la

²⁷⁷ DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 549.

²⁷⁸ Como se destacó en la Introducción, ya el art. 10.5 LISOS recogía como infracción grave en materia de seguridad e higiene y salud laborales el dar “ocupación a trabajadores en máquinas o actividades peligrosas cuando sufran dolencias o defectos físicos declarados o se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

materia”²⁷⁹ y unos principios particulares y singulares entre los que se encuentra el deber empresarial establecido en el art. 15.2 LPRL²⁸⁰.

Este deber empresarial supone que el empresario no podrá adscribir a un trabajador a un puesto de trabajo si carece de la formación e información en materia de seguridad y salud (que conformaran su “capacidad profesional” en esta materia) adecuada a dicho puesto. Si careciese de la capacidad necesaria en materia de prevención de riesgos, la encomienda al trabajador de las tareas de ese puesto de trabajo no será correcta pues, si bien es posible que pueda “realizarla en su aspecto laboral, carece de la cualificación suficiente en el ámbito de la seguridad misma”²⁸¹. De esta forma, el deber del art. 15.2 LPRL se configura como un límite a la movilidad funcional ya que, tal y como destaca la STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2003²⁸², cuando la empresa contrata a un trabajador con una determinada categoría profesional, “debe asignarle funciones propias de esa calificación, sin poder asignarle otras superiores para las que no tiene capacidad profesional y de las que se deriva un riesgo grave e inminente para la seguridad del trabajador”.

B. La infracción administrativa del art. 13.4 TRLISOS.

En la segunda parte de la redacción del art. 13.4 TRLISOS se tipifica como infracción muy grave el incumplimiento empresarial del art. 15.2 LPRL cuando del mismo se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud del trabajador –si no se derivase un riesgo de tal entidad la conducta sería subsumible en el tipo infractor del art. 12.7 TRLISOS–. La citada STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2003 establece que la empresa incurre en la infracción del art. 13.4 TRLISOS al encomendar a un trabajador cuya categoría profesional es la “peón ordinario” la realización de trabajos en altura que no se corresponden en absoluto con las funciones propias de su puesto de trabajo y para las que no tiene capacidad profesional (sin que se pueda valorar la posible experiencia en escalada fuera del ámbito laboral por tener el trabajador conocimientos de alpinismo-montañismo), por lo que resulta temerario dicha asignación de tareas de la que se derivó un alto riesgo para el trabajador, sin que pueda la empresa eximirse de su responsabilidad por el hecho de que el trabajador haya desarrollado dichas tareas voluntariamente (lo que, no obstante, la sentencia no considera acreditado) ya que “aunque así fuera, la empresa tendría obligación de no dejar a trabajadores sin capacitación profesional realizar tareas no correspondientes a su puesto de trabajo que impliquen riesgo para su seguridad o salud”.

²⁷⁹ IGARTUA MIRÓ, M.T, op. cit., pág. 120.

²⁸⁰ Esta distinción entre principios generales y particulares aparece recogida en GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., en GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), op. cit., pág. 181. Por su parte, GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR entienden que los “apartados 2, 3 y 4 del art. 15 contienen unos concretos deberes empresariales tendentes a garantizar la eficacia de las medidas de seguridad adoptadas o previstas, teniendo en cuenta el papel central que los trabajadores tienen en el cumplimiento de las mismas”: GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 115.

²⁸¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 115.

²⁸² RJCA 2004/1091.

CAPÍTULO III: INFRACCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN SITUACIONES DE RIESGO GRAVE E INMINENTE.

I. INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN INSPECTORA DE PARALIZACIÓN.

1. Introducción.

Tipifica el apartado tercero del art. 13 TRLISOS como infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la conducta empresarial de no “paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización”.

Se trata de una infracción que, con una parecida dicción, ya aparecía recogida en la OGSHT como la única falta muy grave de carácter específico (art. 157.c)) y en la LISOS como una de las cuatro faltas que en materia de seguridad e higiene merecían la calificación de muy grave (art. 11.3). Posteriormente la LPRL tipificó esta infracción en su art. 48.3, pasando finalmente a estar recogida en el citado art. 13.3 TRLISOS. Como vemos, esta infracción no es incorporada a nuestro ordenamiento, a partir de la ampliación del listado de infracciones que en materia de seguridad y salud se llevó a cabo a través de la LPRL, sino que tiene una larga tradición en nuestro ordenamiento. Lo anterior se debe a que este tipo infractor sanciona la desobediencia empresarial ante una actuación inspectora que viene siendo contemplada desde las primeras normas reguladoras de nuestro sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La orden inspectora de paralización viene regulada en la actualidad fundamentalmente en el art. 44 LPRL. Sin embargo, el art. 13.3 TRLISOS no establece una remisión expresa a este precepto sustantivo sino que lleva a cabo una tipificación reduplicativa y por tanto “reproduce el mandato o prohibición contenido en la norma primaria para advertir de manera expresa que su incumplimiento constituye una infracción y lleva aparejada una sanción”¹. Así, de la redacción del art. 44 LPRL se derivan las obligaciones empresariales de cumplir la orden inspectora de paralización y de no levantar la misma –reanudando los trabajos–, hasta que se hayan subsanado las causas que motivaron aquélla y el precepto sancionador que estamos analizando se encarga de tipificar la inobservancia de estas obligaciones como infracción muy grave. Aunque la técnica reduplicativa de tipificación ha sido calificada de inútil en tanto sólo consigue alargar desmesuradamente la extensión de las normas sin aumento alguno de la garantía jurídica, ya que los ciudadanos pueden conocer sus obligaciones (en la descripción realizada en la norma sustantiva) sin necesidad de que se reiteren en el tipo, necesitando únicamente que se les precise las consecuencias punitivas de su incumplimiento², entendemos que, en este caso, su utilización es apropiada puesto que de la regulación sustantiva que de la orden de paralización se realiza a través del art. 44 LPRL surgen más obligaciones empresariales que las ya referidas (así, como veremos, la obligación

¹ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 312.

² NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 313.

de comunicar dicha orden a los trabajadores afectados , al Comité de seguridad y salud, a los Delegados de prevención o, en ausencia de estos últimos a los representantes del personal o la obligación de, una vez levantada la paralización por el empresario, comunicarlo inmediatamente a la Inspección), por lo que no era posible una remisión en bloque al art. 44 LPRL salvo que se quisiera hacer el mismo reproche a todos los incumplimientos empresariales relacionados con la orden inspectora, lo que queda claro, no ha sido la voluntad del legislador.

Para determinar qué conductas empresariales son subsumibles en el tipo infractor que estamos comentando, es necesario conocer la regulación sustantiva de la medida inspectora de paralización de los trabajos. Tras referirnos, en primer lugar, al papel de la Inspección en materia de seguridad y salud laboral y a la orden de paralización como una de las posibles actuaciones inspectoras en esta materia, determinaremos qué concretos órganos dentro del sistema de Inspección tienen competencia para emitir la orden de paralización de trabajos cuya desobediencia es constitutiva de la infracción que estamos analizando. Posteriormente, se analizarán la inobservancia de la normativa en materia de seguridad y salud laboral y la existencia de un riesgo grave e inminente en la empresa como presupuestos necesarios para la emisión de la referida orden. A continuación, examinaremos el procedimiento que se sigue para la adopción y cumplimiento de esta medida cautelar, destacando para cada una de sus fases sus implicaciones en la configuración de la infracción del art. 13.3 TRLISOS. Por último, trataremos el régimen de levantamiento de la orden de paralización y la posibilidad de que la reanudación de los trabajos decidida por la empresa sin cumplir los requisitos exigidos por la norma sustantiva sea constitutiva de la infracción que nos ocupa.

2. La Inspección de Trabajo y la prevención de riesgos laborales: la orden de paralización de los trabajos.

A. Normativa reguladora de la orden de paralización.

La ITSS es el instrumento administrativo más importante con el que cuenta el Ministerio de Trabajo para llevar a cabo la política de prevención de riesgos laborales³, esto es, para conseguir la mejora de las condiciones de trabajo dirigidas a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo (art. 5.1 LPRL)⁴ ya que es esta institución la que dota de efectividad al sistema normativo preventivo⁵. Corresponde a la ITSS la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, en cuyo cumplimiento el Inspector de Trabajo podrá ordenar la paralización de trabajos cuando a su juicio exista en la empresa un riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores (art. 9.1.f) LPRL).

Esta medida inspectora de paralización ha venido siendo recogida por las diferentes normas que han regulado nuestro sistema de inspección: art. 13.1.e) Ley 13/1962, sobre

³ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 60.

⁴ Respecto de la prevención de riesgos laborales como política sociolaboral, debe tenerse en cuenta que el art. 40.2 CE establece como principio rector de la política social y económica la obligación de los poderes públicos de “velar por la seguridad e higiene en el trabajo”.

⁵ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 247, quien señala que “es indiscutible el primordial papel que la Inspección de Trabajo ha desempeñado y sigue desempeñando para dotar de efectividad al Ordenamiento laboral; hasta tal punto el Derecho del Trabajo debe su coactividad –es decir, su carácter de verdadero orden jurídico– a la creación de la Inspección de Trabajo que, como se ha dicho repetidamente, la historia de la legislación laboral es la historia de la Inspección de Trabajo”.

ordenación de la Inspección de Trabajo; art. 23.2 Decreto 2122/71, de 23 de julio, que aprueba el reglamento de la Inspección de Trabajo; art. 4.9 OGSHT; art. 188 LGSS-74; art. 4 Decreto 1860/1975, de 10 de julio, que aprueba el procedimiento administrativo especial de imposición de sanciones por infracción de leyes sociales y para liquidación de cuotas de la Seguridad Social; art. 18 del derogado RD 396/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones en el Orden social.

En la actualidad esta tradicional función inspectora aparece regulada en las siguientes disposiciones: arts 9.1.f) y 44 LPRL; art. 7.10 LITSS; art.11.3 y 4 RPS.

B. Carácter cautelar y provisional de la orden de paralización.

La orden de paralización es una medida preventiva que el Inspector podrá imponer al empresario, como resultado de las actuaciones previas al procedimiento sancionador si, tras el conjunto de actuaciones realizadas por el Inspector destinadas a comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas en materia de prevención de riesgos laborales, entendiéndose que las infracciones en dicha materia implican un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. Se trata de una medida cautelar, aunque técnicamente no pueda recibir esta calificación jurídica⁶, ya que las “medidas cautelares” a las que se refieren los arts. 5.4 LITSS y 7.7 y 19 RD 138/2000, de 4 de febrero, que aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tratan de asegurar la eficacia de un acto administrativo futuro mientras que la “cautela” que es propia de la orden de paralización “se refiere, más bien, a la finalidad que la ampara de evitar la producción de riesgos o accidentes para los trabajadores”⁷.

La orden de paralización regulada en el art. 44 LPRL se configura, además, como una “medida provisional” que tiene como finalidad inmediata al igual que las medidas provisionales a las que se refiere el art. 14 RPS, “evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción” pero que se diferencia de éstas en su momento de adopción. Así, mientras que las medidas del art. 14.2 RPS se adoptan una vez iniciado el procedimiento sancionador y, por tanto, presuponen un procedimiento sancionador ya abierto⁸, la medida de paralización, como acabamos de ver, es previa al procedimiento sancionador (procedimiento que, como habremos de ver, no le ha de seguir en todo caso).

⁶ IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 297; en el mismo sentido: GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La Inspección de Trabajo y el Control de la Aplicación de la Norma Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 235.

⁷ GONZÁLEZ BIEDMA, E., op. cit., pág. 235. La doctrina mayoritariamente rechaza el carácter sancionador de la orden de paralización: por todos, GARCÍA RUBIO, M.A., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 392.; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 277. En contra, defendiendo el carácter sancionador de la medida de paralización, FERNÁNDEZ MARCOS, para quien la orden de paralización constituye una “medida extrema y sanción atípica y excepcional”: FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 211. El art. 18 del derogado RD 396/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones en el Orden social, se refería a la orden de paralización como “medida de suspensión cautelar”. La STS de 4 de noviembre de 1988 (RJ 1998/9591) se refiere a la paralización de los trabajos como “Orden Cautelar adoptada por el Inspector de Trabajo”.

⁸ GONZÁLEZ BIEDMA, E., op. cit., pág. 229.

C. Compatibilidad de la orden de paralización con respecto a otras medidas inspectoras.

Respecto a la compatibilidad de la orden de paralización con otras medidas derivadas de la actuación inspectora, de la redacción del art. 43.1 LPRL se deduce la incompatibilidad con la formulación de un “requerimiento” ya que este último procede cuando el Inspector comprobase la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales “salvo que por la gravedad e inminencia de los riesgos procediese acordar la paralización prevista en el art. 44”. No obstante, hay que destacar que a través de la orden de paralización también se persigue la finalidad propia del requerimiento, esto es, lograr la subsanación de las deficiencias observadas con ocasión de la actuación inspectora, toda vez que, como veremos, la orden de paralización habrá de hacer referencia a esas deficiencias que son causa del riesgo grave e inminente y no se levantará hasta que se subsanen las mismas. Por tanto, tal y como señala GÁMEZ OREA, “la orden de paralización de trabajos conlleva explícita o implícitamente el efecto conminatorio del requerimiento”⁹.

Por el contrario, del citado precepto sí se deriva la posibilidad de que, junto con la orden de paralización, el Inspector decida levantar simultáneamente acta de infracción con el objeto de sancionar las infracciones que han dado lugar al riesgo grave e inminente. En este sentido, el art. 43.1 LPRL, al establecer la posibilidad de la Inspección de, ante incumplimientos empresariales de la normativa preventiva, proceder a requerir o a ordenar la paralización de trabajos, indica que “todo ello” será, “sin perjuicio de la propuesta de sanción correspondiente, en su caso”, debiendo entender que con la expresión “todo ello”, el precepto se refiere a los dos tipos de medidas que le anteceden en el texto¹⁰ –requerimientos y órdenes de paralización–.

Estamos ante una facultad discrecional del Inspector, quien deberá decidir si, junto con la paralización y dada la gravedad de la conducta infractora (que será en todo caso encuadrable en la infracción administrativa muy grave recogida en el art. 13.10 TRLISOS), lleva también a cabo la incoación del expediente sancionador. En el caso de que así lo hiciese no se corre el peligro (que la doctrina¹¹ ha destacado para los supuestos de extensión conjunta de un requerimiento y un acta de infracción) de que el empresario se limite a pagar la multa administrativa y desatienda la medida preventiva (paralización) en el entendimiento de que esa desatención no le puede producir ningún perjuicio adicional, ya que la misma sería constitutiva de una nueva infracción administrativa autónoma: la del art. 13.3 TRLISOS.

⁹ GÁMEZ OREA, M., “La fiscalización administrativa no sancionadora de las condiciones de seguridad y salud laborales”, *AL*, 1998, pág. 243.

¹⁰ GARCÍA RUBIO, M.A., op. cit., pág. 397. Debe tenerse en cuenta que el compatibilizar la orden de paralización con una futura sanción administrativa (resultado del previo levantamiento del acta de infracción por parte del Inspector) no vulnerará el principio *non bis in idem* en tanto, como vimos anteriormente, la interrupción de los trabajos por orden inspectora tiene un carácter cautelar y no sancionador.

¹¹ GARCÍA RUBIO, M.A., op. cit., pág. 387. Señala la autora que ni siquiera el hecho de que la inobservancia de los requerimientos previos de la Inspección actúe como criterio agravante de la sanción ejerce efectos conminatorios pues este riesgo a una mayor sanción sólo se presenta en los casos de actas de infracción futuras.

3. Órgano competente para emitir la orden de paralización.

El tipo infractor que estamos analizando recoge como conducta empresarial constitutiva de ilícito administrativo la desatención empresarial de la orden de paralización adoptada por la “Inspección de Trabajo”. A tenor de la regulación que de esta medida inspectora hace el art. 44 LPRL, la orden de paralización podrá ser adoptada por cada Inspector de Trabajo, “lo cual es comprensible desde lo *inminente* del riesgo que se percibe, que no admite la dilación, la remisión a otra instancia con mayor autoridad: ni el superior jerárquico del Inspector ni el representante de la Autoridad Laboral”¹².

Por lo que se refiere a la posibilidad de que otros órganos que colaboran con la Inspección de Trabajo, en la comprobación del cumplimiento de las normas laborales, puedan ordenar la paralización de trabajos debemos destacar que ni los subinspectores de Empleo y Seguridad Social ni los funcionarios técnicos en materia de prevención de riesgos laborales detentan dicha facultad de paralización.

Entre las funciones de los subinspectores de Empleo y Seguridad Social¹³ recogidas en el art. 8.2 LITSS no se incluye la de actuar en materia de prevención de riesgos laborales por lo que, como consecuencia de sus actuaciones inspectoras, no procederá, en ningún caso, la formulación de requerimientos u órdenes de paralización tal y como se deduce de la remisión contenida en el art. 8.4 LITSS, “que entre otras de las medidas contenidas en el art. 7 que excluye están la de los apartados 3 y 10”¹⁴.

En cuanto a los funcionarios técnicos dependientes de las diferentes CCAA¹⁵, que colaboran con la ITSS en su función de vigilancia y control de la normativa de

¹² GONZÁLEZ BIEDMA, E., op. cit., pág. 238, quien destaca el carácter excepcional de la orden inspectora de paralización ya que “el inspector solo suele adoptar decisiones de trámite que, antes de transformarse en una decisión definitiva con efectos sobre terceros están subordinadas a sus superiores o a la autoridad laboral en sentido estricto” mientras que la medida inspectora regulada en el art. 44 LPRL supone que “es el mismo inspector quien deberá apreciar las circunstancias concurrentes y adoptar, a la vista de las mismas, la decisión que considere oportuna, lo que (...) se justifica por las circunstancias de gravedad e inminencia en la que se envuelve esta decisión”.

¹³ La LITSS (disposición adicional segunda) llevó a cabo la reconversión de la figura del Controlador Laboral en la nueva de Subinspector de Empleo y Seguridad Social respondiendo así a la necesidad (tal y como pone de relieve la Exposición de Motivos LITSS) de dar cobertura legal a los cometidos del anterior Cuerpo de Controladores Laborales (este Cuerpo fue creado por la disposición adicional novena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública pero la concreción posterior en lo referente a sus funciones y fines se llevó a cabo por una norma reglamentaria: el Decreto 1667/1986) ya que, tal y como señala MERCADER UGUINA, “la exigencia contenida en el art. 39.1 LRJPAC, que establece una reserva formal de ley en relación con la incidencia sobre la esfera de los ciudadanos de las labores de inspección (...) constituía un presupuesto de singular relevancia a la hora de diseñar un sistema de Inspección de Trabajo concorde con la definición constitucional del Estado de Derecho”: MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C., *Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 280. En todo caso, el régimen que establece la LITSS constituye una total sucesión formal y funcional entre los Controladores laborales y los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social: GONZÁLEZ BIEDMA, E., op. cit. pág. 214.

¹⁴ CARDENAL CARRO, M., “La nueva Ley de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la prevención de los riesgos laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 184, 1998, pág. 84.

¹⁵ Al ser nuestra Inspección de Trabajo de tipo generalista, con competencias en todas las áreas del ordenamiento laboral, predomina su formación jurídica sobre la técnica, careciendo en ocasiones de los conocimientos técnicos necesarios para realizar las funciones de vigilancia y control en materia de seguridad e higiene, resultando por ello primordial la existencia de una eficaz colaboración pericial (GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 90; BERNARDO JIMÉNEZ, I., “La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales”,

prevención de riesgos laborales prestándole la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesario, debemos destacar que, si bien tienen reconocida, tras la reforma operada por la Ley 54/2003, la capacidad de requerimiento¹⁶ a que se refiere el art. 43 LPRL cuando de sus funciones comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo se deduzca la existencia de infracciones a la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 9.2 LPRL), sin embargo, no vienen facultados para ordenar la paralización de trabajos cuando de dichas infracciones se derive la existencia de un riesgo grave e inminente.

El art. 62.1.b) RD 138 /2000¹⁷, regula el procedimiento a seguir para el caso de que en el curso de la visita a un centro de trabajo, en el ejercicio de su función de comprobación y control de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud, estos funcionarios técnicos en materia preventiva aprecien la existencia de un riesgo grave e inminente. En este caso, el técnico habilitado¹⁸ “deberá practicar el requerimiento pertinente para su cumplimiento inmediato por el empresario y, en el caso de que no se adopten o puedan adoptarse puntualmente por el empresario las medidas para su pronta subsanación a lo largo de la visita deberá ponerse tal circunstancia urgentemente en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que por ésta se adopten las medidas de paralización o cautelares correspondientes”. Respecto a este procedimiento debemos destacar los siguientes aspectos:

1. El requerimiento al que hace referencia este precepto se diferencia de los requerimientos regulados en el art. 43 LPRL y que el técnico habilitado puede efectuar cuando las infracciones empresariales no supongan un riesgo grave e inminente (art. 62.1.a) RD 138/2000). La diferencia estribaría en que en estos últimos se habrá de señalar las anomalías o deficiencias apreciadas y el plazo que el empresario tiene para la subsanación de las mismas mientras que el requerimiento

AL (I), 1996, pág. 471; MERCADER UGUINA, J.R. y SÁNCHEZ GRANDE, A. “La Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Consideraciones en torno a la Ley 42/1997, de 14 de noviembre)”, *RL (I)*, 1998, pág. 895). Esta colaboración pericial es competencia del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo que como “órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado” (art. 8.1 LPRL) tiene entre sus funciones la de apoyo técnico y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el cumplimiento de su función de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 8.1.c) LPRL). Esta función ha resultado transferida a las distintas CCAA, con amparo en el art. 149.1.7 CE. La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales establece, como uno de sus objetivos básicos, el de mejorar el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales para lo cual esta Ley actualiza la colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por parte de los funcionarios técnicos de dependencia autonómica, dotando a éstos con la capacidad de requerimiento a que se refiere el art. 43 LPRL. Posteriormente, a través del RD 689/2005, de 10 de junio, se modificó el RD 138/2000, para regular este nuevo régimen de colaboración de los técnicos habilitados con la Inspección de Trabajo.

¹⁶ Estos funcionarios técnicos no están facultados para levantar actas de infracción pero la desobediencia empresarial de sus requerimientos les permite iniciar un procedimiento (regulado en el art. 9.3 LPRL y art. 64 RD 138/2000) que puede dar lugar a la práctica de actas de infracción por parte de la Inspección de Trabajo.

¹⁷ El Título IV del RD 138/2000 en el que se incardina este precepto ha sido añadido por el art. 1 del RD 689/2005.

¹⁸ El art. 59.2 RD 138/2000 al regular el régimen de habilitación de estos funcionarios públicos dependientes de las CCAA y técnicos en prevención de riesgos laborales señala que, en el documento oficial que las autoridades autonómicas competentes expedirán para acreditar dicha habilitación, figurará la denominación de “técnico habilitado”.

que el funcionario técnico formula, en caso de que exista un riesgo grave e inminente, no existe tal plazo ya que se ha de cumplir inmediatamente: el empresario ha de adoptar *puntualmente* las medidas necesarias de manera que las deficiencias que son origen del riesgo grave e inminente se puedan subsanar *a lo largo de la visita* del funcionario.

2. De la diferencia anterior se deriva que en caso de incumplimiento empresarial del requerimiento no se podrá remitir por parte del funcionario actuante informe a la Inspección de Trabajo a efectos de que se levante la correspondiente acta de infracción pues en dicho informe habría de hacerse constar necesariamente “la fecha de la segunda o ulterior visita en que haya comprobado el incumplimiento” del requerimiento (art. 64.2.c) RD 138/2000) y el procedimiento previsto para el supuesto de que exista riesgo grave e inminente no posibilita que el técnico habilitado lleve a cabo esta segunda visita comprobatoria.

Si no fuese posible el cumplimiento inmediato al que se refiere el art. 62.1.b) RD 138/2000 del requerimiento, tal circunstancia debe ponerse urgentemente en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que ésta adopte la medida de paralización pertinente, sin que en ningún caso, basándose exclusivamente en la comunicación del técnico habilitado, pueda extender acta de infracción ya que para esto es necesario, tal y como se deriva del art. 9.3 LPRL y art. 64 RD 138/2000, el previo informe del funcionario técnico que, como acabamos de ver, no existe en estos supuestos de riesgo grave e inminente.

3. El Inspector a quien se asigne el servicio correspondiente podrá, basándose en esta comunicación¹⁹, ordenar la paralización conforme al art. 44 LPRL. De acuerdo con el art. 62.1.b) RD 138/2000, será necesario que a través de esta comunicación del funcionario técnico se ponga en conocimiento de la Inspección la existencia de un riesgo grave e inminente, la práctica del requerimiento pertinente por parte del funcionario técnico (en el que se reflejarán las deficiencias observadas que han motivado la situación de riesgo), así como la no adopción puntual por parte del empresario de las medidas necesarias para eliminar dicha situación de riesgo. Con estos datos, el Inspector puede adoptar la orden de paralización señalando, tal y como exige el art. 11.3 RPS, “el alcance y causa de la medida”. No obstante, el art. 62.1.b) RD 138/2000 señala que en estos casos el Inspector “podrá recabar del técnico habilitado actuante el asesoramiento técnico y la colaboración pericial a que se refiere el art. 63.3, el cual deberá acompañar al inspector actuante en las visitas o comprobaciones posteriores que se realicen, cuando así se requiera”. El art. 63.3 del citado texto reglamentario señala que dicho asesoramiento y colaboración se llevará a cabo “mediante la emisión de informes técnicos sobre los asuntos y actuaciones concretas que los inspectores tengan señalados” y que en estos casos la dirección técnica y funcional de las actuaciones y la práctica de requerimientos, en su caso, o la adopción de otras medidas (entre las que se encuentra la orden de paralización) corresponderá al Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante. En nuestra opinión, teniendo en cuenta la gravedad e inminencia del riesgo, el Inspector podrá

¹⁹ Nótese que el art. 62.1.b) RD 138/2000 no determina de qué forma haya de llevarse a cabo esta comunicación (a diferencia de lo que ocurre respecto a los informes que pueden dar lugar a la práctica de actas de infracción, para los que el art. 64.4 prevé la “vía telemática”), limitándose a exigir que la existencia de la situación de riesgo grave e inminente y la no adopción puntual por parte del empresario de las medidas necesarias se pongan urgentemente en conocimiento de la Inspección.

ordenar la paralización sin recabar estos informes técnicos y sin necesidad de visita previa al centro de trabajo.

4. La desobediencia empresarial de la orden inspectora de paralización adoptada como consecuencia de la previa actuación de los funcionarios técnicos será constitutiva de la infracción del art. 13.3 TRLISOS.
5. Por último, señalar que dado el riesgo que para la integridad física de los trabajadores implican estas situaciones de riesgo grave e inminente y la alta cualificación que han de acreditar los técnicos habilitados²⁰, tal vez hubiese sido deseable el reconocer a estos funcionarios técnicos dependientes de las CCAA una facultad de paralización inmediata de los trabajos²¹ –sometida a una posterior “convalidación” por parte de la ITSS– cuando las deficiencias que son causa del riesgo grave e inminente afecten a condiciones de trabajo materiales o técnicas correspondientes al ámbito funcional de sus actuaciones comprobatorias²². No obstante, no será necesario en todo caso esperar la actuación de la Inspección para acordar la paralización de los trabajos ya que la adopción de tal medida pueden decidirla, conforme a los arts. 21.3 y 36.2.g) LPRL, mayoritariamente los representantes de los trabajadores a propuesta de los delegados de prevención (estos últimos conocerán necesariamente que, a juicio del técnico habilitado, existe una situación de riesgo grave e inminente pues éste tiene la obligación de informarles sobre los resultados de su visita: art. 62.2.c) RD 138/2000) o estos últimos directamente en el caso de que no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal. Por otra parte, la paralización de trabajos también puede ser decidida por el empresario en cumplimiento de la obligación preventiva prevista en el art. 21.1. b) LPRL.

4. La inobservancia de la normativa en materia de prevención y la existencia de riesgo grave e inminente como presupuestos de la orden inspectora de paralización.

Para que la conducta empresarial sea encuadrable en el tipo infractor que estamos analizando es necesario que la orden inspectora de paralización se refiriera a trabajos

²⁰ Estos técnicos habilitados han de contar con la titulación universitaria y la formación mínima prevista en el art. 37.2 y 3 RSP para poder ejercer las funciones de nivel superior en las especialidades y disciplinas preventivas en que estén acreditados o haber sido convalidados para el ejercicio de tales funciones de nivel superior, conforme a la disposición adicional quinta del mismo Reglamento (art. 58.bis RD 138/2000).

²¹ En este sentido, ÁLVAREZ MONTERO y GARCÍA JIMÉNEZ señalan que “junto a la facultad de requerimiento y a la atribución de presunción de certeza se debería atribuir la facultad de paralización como mecanismo expedito para alejar al trabajador del riesgo y forzar su subsanación sin dilación”: ÁLVAREZ MONTERO, A. y GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 251, 2004, pág. 132.

²² El art. 60.1 RD 138/2000 establece que dichas condiciones serán las siguientes: a) las características de los locales e instalaciones, así como la de los equipos, herramientas, productos o sustancias existentes en el centro de trabajo; b) la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia; c) los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de riesgos; d) las características y utilización de los equipos de protección, tanto colectiva como individual; e) la realización de los reconocimientos médicos y su adecuación y su adecuación a los protocolos sanitarios específicos de vigilancia de la salud; f) la adaptación de los puestos de trabajo a las exigencias de naturaleza ergonómica.

que se realizan en la empresa “sin observar la normativa de prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores...” (art. 13.3 TRLISOS).

A. Inobservancia de la normativa preventiva.

Respecto a la exigencia de que la situación de riesgo grave e inminente motivadora de la orden inspectora deba derivar de una inobservancia empresarial de la normativa prevencionista debemos destacar que un sector doctrinal había venido defendiendo –al amparo de normativa anterior–, la posibilidad de que la orden de paralización se acordase por la Inspección a pesar de que la situación de riesgo no tuviese como causa un incumplimiento empresarial. Entendían estos autores²³ que, en virtud del art. 13.3 Ley 39/1962 –este precepto autoriza a los Inspectores de Trabajo para “proponer y tomar medidas a fin de eliminar los defectos observados en la instalación, en el montaje o en los métodos de trabajo que a su entender, constituyan razonablemente un peligro para la salud o seguridad de los trabajadores”–, la Inspección de Trabajo estaba facultada para prescribir “órdenes administrativas”, esto es, para ordenar al empresario la adopción de medidas preventivas no expresamente previstas en la normativa de seguridad y salud, entre las que se incluiría la posibilidad de dictar órdenes de paralización.

Nótese que en estos casos nos encontramos ante una situación de peligro a pesar de que el empresario ha cumplido con sus obligaciones en materia de prevención (la normativa no prevé una medida preventiva que de haberse adoptado hubiese conjurado el riesgo) frente a la cual el Inspector puede responder dictando una orden que crea una obligación nueva²⁴. Pero, aun admitiendo esta interpretación acerca de las facultades que el art. 13.3 Ley 39/1962 otorgaba a la Inspección de Trabajo, debemos destacar que el incumplimiento empresarial de la orden de paralización basada en dicho precepto no sería constitutiva de la infracción que estamos analizando pues, tanto el art. 157.c) OGSHT como, posteriormente, el art. 11.3 LISOS, tipificaban como infracción administrativa muy grave el incumplimiento de las órdenes de paralización que afectan a trabajos o tareas que se realizan “sin observar las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo aplicables”²⁵.

²³ GÁMEZ OREA, M., “Actas de advertencia-requerimientos y órdenes de la Inspección de Trabajo”, *AL*, n° 43, 1993, pág. 789; CALVENTE MENÉNDEZ, J., “Prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995): las responsabilidades administrativas y penales en materia de seguridad e higiene. Infracciones y sanciones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 154, 1996, pág. 92.

²⁴ Señala GÁMEZ OREA, citando a GARCÍA DE ENTERRÍA, que la orden “crea una nueva obligación que opera porque hay una norma que el legislador ha dejado en blanco, llamando para su integración al órgano encargado de su vigilancia. La orden concreta, pues, un deber cuyo título es la Ley, pero que antes de esa concreción no era exigible aún”: GÁMEZ OREA, M., “Actas de...”, op. cit., pág. 788.

²⁵ Por el contrario, GÁMEZ OREA entiende que la orden de paralización puede servir como una respuesta sancionatoria indirecta frente a la inobservancia empresarial de la orden administrativa impuesta. Esto es, como la medida preventiva impuesta al empresario no se encuentra recogida en la normativa preventiva, la inobservancia de la misma no sería constitutiva de infracción administrativa, al faltar los requisitos de legalidad y tipicidad. La respuesta frente a esta conducta empresarial podría llevarse a cabo de manera indirecta “a través de otra orden: la de paralización de trabajos por un riesgo grave, cuyo incumplimiento haría incurrir al empresario en la infracción muy grave del art. 11.3 LISOS, no porque haya existido violación de una norma sustantiva previa, sino por la falta de atención al requerimiento”: GÁMEZ OREA, M., “Actas de...”, op. cit., pág. 789. En nuestra opinión esta respuesta sancionatoria indirecta no sería posible puesto que, como hemos visto, el art. 11.3 LISOS exige para que la conducta empresarial sea constitutiva de infracción que la orden de paralización no atendida afecte a

Bajo la normativa vigente es claro que la orden de paralización procederá únicamente en situaciones en las que se produce un incumplimiento empresarial de normas de seguridad y salud. Tanto el art. 44 LPRL (que debemos recordar está incluido en el Capítulo VII LPRL, relativo a “Responsabilidades y Sanciones”) como el art. 7.10 LITSS exigen que la orden inspectora venga precedida de una “inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales”. Por otra parte, no se recoge en estos textos la posibilidad de una medida inspectora como a la que acabamos de hacer referencia (órdenes administrativas)²⁶.

Sin embargo, el hecho de que el art. 9.1.f) LPRL no supedita expresamente la orden de paralización a un previo incumplimiento empresarial de la normativa de prevención ha sido interpretado en el sentido de que nos encontramos ante dos supuestos de hecho distintos, de forma que, conforme a este precepto, el Inspector puede ordenar la paralización de los trabajos cuando se encuentre ante un riesgo grave e inminente aun cuando el empresario haya cumplido con todas sus obligaciones preventivas, mientras que conforme al art. 44 LPRL la orden solo procede previo incumplimiento empresarial²⁷. No compartimos esta opinión en tanto entendemos que no nos encontramos ante presupuestos distintos –el art. 44 LPRL desarrolla precisamente la función inspectora recogida con carácter general en el art. 9.1.f) de la misma norma prevencionista– ya que la facultad a la que se refiere el art. 9.1 f) la podrá ejercer el Inspector, tal y como señala el primer párrafo del apartado primero del propio art. 9, en cumplimiento de su función de “vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales”, por lo que la paralización procederá cuando exista inobservancia de ésta.

Si entendemos que la orden de paralización solo procede frente a incumplimientos empresariales de la normativa preventiva podría entonces surgir el problema de qué ocurre si el Inspector se encuentra con un riesgo grave e inminente debido a razones ajenas a la conducta empresarial. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que, tal y como señala GARCÍA RUBIO, la amplia obligación de seguridad, que el art. 14 LPRL impone a los empresarios, “reduce en gran medida la posibilidad de que la presencia del riesgo grave e inminente se deba a razones ajenas a la conducta y diligencia del responsable de la empresa”²⁸. Pero, aun en el caso de que cumpliéndose la normativa preventiva existiese en la empresa una situación de riesgo grave e inminente²⁹, entendemos que el Inspector podrá ordenar la paralización conforme al art. 44 LPRL ya que el art. 21.1.b) LPRL obliga al empresario a dar las instrucciones necesarias para que en dichas situaciones “los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera

trabajos que se realizan sin observar la normativa preventiva y en este caso (como el propio autor señala), no ha existido “violación de una norma sustantiva previa”

²⁶ El art. 7.3 LITSS recoge como posible medida derivada de la actividad inspectora la de “requerir al empresario a fin de que, en un plazo determinado, lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen *el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores*” (el subrayado es nuestro).

²⁷ OJEDA AVILÉS, A., “Los conflictos en la paralización de actividades por riesgo grave e inminente”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (Coords.), op. cit., pág. 336.

²⁸ GARCÍA RUBIO, M.A., op. cit., pág. 395.

²⁹ La doctrina señala la posibilidad de que la causa del riesgo sea una “fuerza mayor”, un caso “puramente fortuito” como, por ejemplo, fallos accidentales de las instalaciones: OJEDA AVILÉS, A., op. cit., pág. 321; DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 351.

necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo”. De esta forma, siempre que el Inspector detecte un riesgo de la gravedad que estamos comentando, se encontrará simultáneamente con el incumplimiento por parte del empresario de la obligación que para él viene prevista en el citado precepto y, si bien es cierto que el incumplimiento empresarial de tal obligación no es la causa de la aparición en la empresa del riesgo grave e inminente sino que tal incumplimiento es forzosamente posterior a la aparición del mismo, también lo es que esta inobservancia del art. 21.1.b) LPRL “implica” (tal y como exige la dicción de los arts. 44 LPRL y 13.3 TRLISOS) tal riesgo para los trabajadores pues, de haberse cumplido, éstos hubiesen interrumpido la actividad generadora del riesgo o abandonado de inmediato el lugar de trabajo.

B. Existencia de riesgo grave e inminente.

Respecto a la exigencia de que los trabajos paralizados hayan de implicar un “riesgo grave e inminente” debemos destacar que tradicionalmente nuestra legislación ha utilizado diferente terminología a la hora de regular esta facultad inspectora de paralización refiriéndose indistintamente a “peligros graves e inminentes” (art. 13.1.e) Ley 13/1962), “grave riesgo” (art. 23.2 Decreto 2122/1971; art. 157.2.c) OGSHT; art. 188 Decreto 2065/1974; art. 4 Decreto 1860/1975), “peligro grave” (art. 4.9 OHSST), “probabilidad seria y grave de accidente” (art. 11.3 LISOS). Entendemos que en la actualidad la diferente calificación de la gravedad del riesgo servirá para diferenciar la procedencia de distintos procesos administrativos de paralización. Así, frente a los riesgos que se puedan calificar conforme a la definición prevista en el art. 4.4 LPRL de graves e inminentes procederá la paralización de trabajos por orden inspectora, mientras que si los riesgos existentes en la empresa son graves pero no inminentes la paralización se deberá llevar a cabo conforme al procedimiento previsto en el art. 19.5 ET. Tal y como señalan SEMPERE NAVARRO y MARTÍNEZ JIMÉNEZ, “la apreciación de la gravedad e inminencia del riesgo corresponde al Inspector de Trabajo, lo que implica asumir como cierto el criterio del Inspector, dada su alta cualificación técnica”³⁰.

Es, por tanto, la especial gravedad de los riesgos a los que puedan estar sometidos los trabajadores lo que motivará la posibilidad de que sea el Inspector de Trabajo, y no la autoridad laboral, quien adopte la excepcional decisión de paralización pues la inminencia del riesgo no admite la dilación que implican los trámites propios del procedimiento regulado en el texto estatutario y que pasamos a analizar.

Según el art. 19.5 ET, en el supuesto de que los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad (en la actualidad, el Comité de seguridad y salud regulado en los arts. 38 y 39 LPRL) o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo, aprecien una “probabilidad seria y grave de accidente”³¹ por la inobservancia de la legislación aplicable a la materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo; en el caso de que esta petición no fuese atendida en un plazo de cuatro días, se dirigirán a la autoridad competente que podrá ordenar, con los informes técnicos

³⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 178.

³¹ Señale el profesor MONTOYA que “en verdad lo que se debe querer decir es que haya probabilidad seria de accidente grave”: MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 388. En todo caso, esta situación se distingue de la de riesgo inminente a la que el art. 19.5 ET dedica su segundo párrafo.

precisos (“básicamente, el insustituible de la Inspección de Trabajo”³²), la paralización inmediata del trabajo si estima la existencia de un riesgo grave de accidente.

Ahora bien, a los efectos del tipo infractor que estamos analizando, debemos recordar que la actuación empresarial encuadrable en el mismo es la de no atender la orden inspectora de paralización, por lo que el incumplimiento de la orden de paralización de los trabajos instada por la autoridad laboral conforme al procedimiento previsto en el art. 19.5 ET “se sitúa fuera del ilícito administrativo conforme a una interpretación literal (y no extensiva o analógica) de las normas sancionadoras”³³.

5. Procedimiento para la adopción y cumplimiento de la orden de paralización.

La regulación del procedimiento a seguir para la adopción de la orden de paralización viene recogida en los arts. 44.1 LPRL y 11.3 RPS. Analizaremos a continuación los diferentes aspectos de este procedimiento y su relevancia para la configuración del tipo infractor recogido en el art. 13.3 TRLISOS:

A. Comunicación de la orden de paralización.

Una vez que el Inspector de Trabajo comprueba que la inobservancia de la normativa de prevención implica un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores ordenará la paralización de los trabajos debiendo comunicar dicha medida a la empresa responsable y a la autoridad laboral (art. 44.1 LPRL).

Por lo que se refiere a la comunicación que el Inspector ha de hacer llegar a la empresa, el art. 11.3 RSP especifica que la misma se hará “por escrito mediante notificación formal o diligencia en el Libro de Visitas, señalando el alcance y causa de la medida”³⁴.

Respecto a la *forma* de esta comunicación, señala GONZÁLEZ BIEDMA³⁵ que las distintas formas de comunicación parecen estar pensadas para las dos distintas circunstancias en las que el Inspector puede fraguar su decisión, como son desde la sede del propio órgano inspector –en este caso, remitirá a la empresa una notificación formal³⁶–, o durante la visita al centro de trabajo –caso en el que la comunicación de la orden se hará mediante anotación en el Libro de Visitas –.

El *destinatario* de esta comunicación será la “empresa responsable” (art. 44.1 LPRL). Nótese que el Inspector no comunica la orden a los trabajadores afectados por el riesgo (como veremos, será la empresa quien lo haga), por lo que se puede presentar el problema de qué ocurre cuando la empresa no tiene ningún responsable o encargado en el centro de trabajo. Este es el supuesto recogido en la STSJ de Galicia de 24 de mayo

³² MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, op. cit., 1989, pág. 389.

³³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 178.

³⁴ También el 4.1 Decreto 1860/75 exigía que la medida de paralización se comunicase a la empresa responsable “mediante notificación formal o diligencia en el Libro de Visitas, dando traslado a su vez de tal medida a la autoridad laboral”.

³⁵ GONZÁLEZ BIEDMA, E., op. cit., pág. 239.

³⁶ Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de que el Inspector decida ordenar la paralización tras tener conocimiento de la existencia de una situación de riesgo grave e inminente por habérselo comunicado un técnico habilitado dependiente de la CCAA conforme al procedimiento previsto en el art. 62.1.b) RD 138/2000.

de 2000³⁷ en el que tres trabajadores de una empresa subcontratista realizan trabajos en altura con grave riesgo de caída (los trabajadores no utilizaban el cinturón de seguridad y el andamio carecía de barandillado seguro y firmemente clavado) bajo la supervisión del encargado de la empresa contratista. El Inspector ordena que se paralizen todos los trabajos en el andamio y cuando una hora más tarde vuelve por la obra comprueba que el andamio paralizado seguía en las mismas circunstancias y en él estaban trabajando los trabajadores por lo que imputa a la empresa subcontratista la infracción recogida en el art. 11.3 LISOS. La sentencia estima el recurso presentado por la empresa sancionada al entender que no es posible imputarle la infracción “al impedirlo el principio de personalidad que inspira el elemento de la culpabilidad” ya que además de que “el poder de dirección de la empresa subcontratista demandante sobre los tres trabajadores desplazados al centro de trabajo de la empresa contratista estaba solapado por el poder de dirección de esta última (...), el requerimiento de paralización o suspensión de la actividad se dirige exclusivamente a los trabajadores, al margen de que se hubiera realizado también al encargado de la empresa contratista, pero no al personal directivo o mandos intermedios de la empresa demandante, y el desconocimiento de la orden de paralización tiene su origen exclusivamente en la actitud desobediente y rebelde de los trabajadores requeridos”. Lo anterior implica aceptar que en este caso la empresa subcontratista no podría recibir la orden de paralización de manera inmediata al no tener ningún responsable en la obra y, por tanto, no puede cometer la infracción del art. 11.3 LISOS.

Frente a esta interpretación, entendemos más correcta la mantenida por la STSJ de Castilla y León de 25 de febrero de 2000³⁸ que desestima el recurso presentado por una empresa frente a la Resolución de la autoridad laboral por la que se le sancionaba por, entre otras infracciones, la omisión de una orden de paralización inspectora. Alega la recurrente la vulneración del principio de culpabilidad o de responsabilidad de la empresa sancionada por no haber conocido ésta la orden de paralización de los trabajos. La sentencia desestima el recurso en este punto al entender que la orden de paralización “se acordó mediante oficio escrito entregado en mano a los trabajadores de la empresa por lo que el hecho de que no estuviera presente ningún representante o administrador de la empresa, no implica vulneración alguna del principio de culpabilidad, por cuanto (...) la facultad organizadora de la empresa impone el deber de tener en la obra persona responsable que se haga cargo del cumplimiento de las medidas de seguridad y por su omisión de las órdenes que se den al respecto, ya que si se entendiera la postura de la empresa, no podría acordarse ninguna orden de paralización, cuando se tratara de una persona jurídica, si solo pudiera entenderse realizada con su representante legal, por lo que ninguna vulneración del principio de culpabilidad se ha producido”.

Por lo que se refiere al *contenido* de la comunicación inspectora, el art. 11.3 RPS establece que la misma deberá señalar “el alcance y causa de la medida” y la Resolución de 11 de abril de 2006, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre el Libro de Visitas, establece en su art. 7 que la diligencia mediante la cual se documente la decisión de paralización habrá de contener “los datos suficientes para la determinación del alcance y condiciones de la paralización decretada, así como las necesarias para el ejercicio del derecho a impugnarla”.

³⁷ RJCA 2000/2065.

³⁸ RJCA 2000/166.

Podemos entender que con este contenido, la actuación inspectora resultaría conforme a las exigencias de la legislación administrativa³⁹ (arts. 54.1 y 58.2 LRJAP⁴⁰) ya que respecto a “alcance y condiciones” de la medida de paralización el Inspector deberá hacer constar en su comunicación cuáles son los trabajos que de modo concreto se paralizan, la inmediata ejecutividad de la medida y las consecuencias legales de su eventual incumplimiento; en cuanto a la “causa” de la orden de paralización la comunicación deberá precisar cuáles son las deficiencias concretas que determinan la situación de riesgo grave e inminente y el fundamento legal de la orden; finalmente, para que el empresario pueda ejercer su “derecho a impugnar” la orden inspectora, la comunicación determinará el órgano ante el que se ha de presentar el recurso y el plazo para hacerlo⁴¹.

B. Obligaciones empresariales de comunicación de la orden de paralización y cumplimiento de la misma.

Recibida la comunicación de la orden de paralización, surgen para el empresario obligaciones de tipo formal (de comunicación) y material (de cumplimiento de la orden), cuyo incumplimiento genera distintas infracciones administrativas⁴².

a. Comunicación por parte de la empresa de la orden inspectora a los trabajadores afectados y a los órganos de representación.

Conforme a los arts. 44.1 LPRL y 11.3 RPS, comunicada la orden inspectora a la empresa responsable, ésta deberá ponerla en conocimiento inmediato de los trabajadores afectados, del Comité de seguridad y salud, del Delegado de prevención o, en su ausencia, de los representantes del personal, debiendo dar cuenta al Inspector de Trabajo y Seguridad Social del cumplimiento de esta notificación.

Nada dice la normativa acerca del contenido y la forma de esta comunicación. En cuanto a lo primero entendemos que la comunicación a través de la cual el empresario da a conocer la orden inspectora a los destinatarios citados deberá precisar cuales son las deficiencias que han originado el riesgo grave e inminente ya que esta información será relevante para un posible futuro ejercicio por parte de los trabajadores o sus

³⁹ Respecto a las diferentes indicaciones que se citan a continuación, *vid* CALVENTE MENÉNDEZ, J., *op. cit.*, pág. 83.

⁴⁰ Exige el art. 54.1.a) LRJAP que los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos sean motivados, “con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho”. El art. 58.2 del mismo texto normativo prescribe que la notificación de los anteriores actos administrativos “deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos...”.

⁴¹ Difieren de esta interpretación GARCÍA RUBIO por entender que el contenido (“alcance y causa”) de la comunicación exigido por el art. 11.3 RPS no incluye las diferentes indicaciones que conforme a la normativa administrativa serían exigibles (GARCÍA RUBIO, M.A., *op. cit.*, pág. 398) y SEMPERE NAVARRO y MARTÍN JIMÉNEZ para quienes “la rapidez con que el proceso de paralización debe llevarse a cabo unido al carácter cautelar o interdictal de la orden justifica que ésta no contenga todos los elementos propios de la debida fundamentación exigible a todo resolución administrativa (SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 179).

⁴² Como señalan GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. (*op. cit.*, pág. 279) junto con estas “nuevas obligaciones” que genera la orden de paralización también se deriva de la misma la obligación (que ya existía con anterioridad a la orden) de cumplir las prescripciones contenidas en las normas violadas.

representantes del derecho de paralización que tienen reconocido conforme al art. 21 LPRL.

Respecto al modo en que esta comunicación deba efectuarse parece conveniente admitir que, dada la urgencia de estas situaciones, los trabajadores y sus representantes tomen conocimiento de la medida tanto de forma oral como escrita⁴³.

Es claro que el incumplimiento empresarial de este deber de comunicación no será constitutivo de la infracción administrativa recogida en el art. 13.3 TRLISOS.

Entendemos que este incumplimiento será encuadrable en diferentes tipos infractores según haya sido el comportamiento empresarial respecto al cumplimiento de la orden inspectora. Debemos tener en cuenta que estas notificaciones han de ponerse en relación con el precepto de la LPRL que posibilita la paralización de los trabajos decidida por los trabajadores o sus representantes en caso de riesgo grave e inminente (art. 21)⁴⁴, de forma que suponen “un mecanismo de refuerzo para que la interrupción de las tareas se lleve efectivamente a cabo”⁴⁵. Así, si el empresario no ha adoptado las medidas necesarias para hacer efectiva la orden de paralización, la falta de la comunicación de la decisión administrativa a los trabajadores afectados y/o a los Delegados de prevención⁴⁶ (o, en su ausencia, a los representantes del personal) puede suponer un impedimento para el ejercicio del derecho de paralización (individual o colectivo) reconocido en el art. 21 LPRL, por lo que tal conducta empresarial sería constitutiva de la infracción administrativa muy grave prevista en el art. 13.9 TRLISOS.

Si, por el contrario, el empresario ha llevado a cabo la paralización de la actividad productiva pero ha omitido su obligación de comunicación, nos encontraríamos ante el tipo infractor del art. 12.11 TRLISOS (que tipifica como infracción administrativa grave el “incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”), toda vez que dicha omisión no puede suponer un impedimento al derecho de paralización pues ésta ya se ha producido mediante el cumplimiento empresarial de la orden inspectora.

Respecto a estos derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, el incumplimiento del deber de comunicación previsto en el art. 44 LPRL sería subsumible en el tipo infractor anteriormente referido ya que esta comunicación supondría una concreción para estos casos del cumplimiento de la obligación de información que con carácter genérico establece el art. 18 LPRL (en el apartado primero de este precepto se establece la obligación del empresario de informar “directamente a

⁴³ GARCÍA RUBIO, M.A., op. cit., pág. 399.

⁴⁴ GONZÁLEZ BIEDMA, E., op. cit., pág. 240. DÍEZ MOLINER destaca en este sentido que “la finalidad última de esta comunicación es posibilitar un ejercicio del derecho a la resistencia por parte de los trabajadores”: DÍAZ MOLINER, op. cit. (Vol. II), pág. 353.

⁴⁵ GARCÍA RUBIO, M.A., op. cit., pág. 398.

⁴⁶ No obstante, debe tenerse que en cuenta que en el caso de que la orden de paralización se adopte durante una visita del Inspector al centro de trabajo los Delegados de prevención tendrán conocimiento de la misma ya que, en cumplimiento del art. 40.3 LPRL, la Inspección informará a aquéllos sobre los resultados de las visitas “y sobre las medidas adoptadas como consecuencia de las mismas” (entre las que puede estar la orden de paralización). En este sentido, afirma la doctrina que en estos casos de paralización de trabajos por orden inspectora, “la representación especializada en materia de prevención tiene garantizada la información mediante un doble canal de comunicación”: SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 206.

cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a sus puestos de trabajo”⁴⁷) y de la facultad que el art. 36.2.d) de la ley prevencionista reconoce a los Delegados de prevención como manifestación de los derechos de consulta y participación de los trabajadores regulados en el Capítulo V (el recibir del empresario las informaciones obtenidas por éste procedentes de los organismos competentes para la seguridad y salud de los trabajadores –entre los que se encuentra la Inspección de Trabajo–⁴⁸).

b. Obligación empresarial de hacer efectiva la orden de paralización.

El empresario, junto con el anterior deber de comunicación, tiene la obligación de cumplir inmediatamente la orden inspectora⁴⁹, debiendo adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva la paralización ordenada (art. 44.1 LPRL y art. 11.3 RPS). Si el empresario no hace efectiva de manera inmediata la orden inspectora su conducta será constitutiva de la infracción tipificada en el art. 13.3 (“no paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen...”) ⁵⁰. Respecto a la inmediatez en el cumplimiento de la orden se pronuncia la ya citada STSJ de Castilla y León de 25 de febrero de 2000 que rechaza el recurso de una empresa sancionada conforme al art. 48.3 LPRL⁵¹. Alega la empresa que la continuación de los trabajos tras la orden de paralización (los trabajadores de la empresa se encontraban trabajando a una altura aproximada de 8 metros sin ningún tipo de protección colectiva o individual frente al grave riesgo de caída de altura y así continuaron pese a la orden de paralización inmediata) se debió a la concurrencia de la circunstancia del estado de necesidad ya que los mismos se limitaron “a la sujeción de las placas previamente depositadas en la cubierta para evitar que constituyeran un grave peligro para las personas por el grave peligro de deslizamiento que ello suponía”. La sentencia rechaza el recurso en este punto al entender que “fuera cual fuera la finalidad de los trabajos que se realizaron pese a dicha orden, lo cierto es que se ejecutaron en idénticas condiciones de falta de medidas de seguridad” y que aunque “nadie discute que debieran sujetarse las placas, la cuestión es que ello no podía verificarse continuando los trabajadores sin ningún tipo de medida de seguridad, individual o colectiva”.

Este carácter ejecutivo⁵² de la orden inspectora supone que el empresario deba cumplirla de manera inmediata, sin perjuicio de que pueda impugnarla ante la autoridad laboral. Como vemos, el ordenamiento no reconoce al empresario un *ius resistendae* a la orden

⁴⁷ También supone una concreción del art. 21.1.a) LPRL que establece la obligación del empresario para los casos de riesgo grave e inminente de “informar lo antes posible a todos los trabajadores afectados acerca de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materias de protección”

⁴⁸ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 177.

⁴⁹ Mientras dure la paralización de los trabajos, los trabajadores afectados conservan su derecho al salario (art. 44.2 LPRL).

⁵⁰ En el campo de la Seguridad Social, el art. 195 LGSS –al igual de lo que ya establecía el art. 188.4 LGSS-74– establece que este incumplimiento de la orden de paralización “se equiparará, respecto de los accidentes de trabajo que en tal caso pudieran producirse, a falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados”, lo que supondrá, conforme al art. 126.2 LGSS, que el empresario deba responder directamente del pago de las prestaciones.

⁵¹ Actual art. 13.3 TRLISOS.

⁵² El art. 4.3 Decreto 1860/75 establecía expresamente que el acuerdo de suspensión de trabajos de la Inspección era inmediatamente ejecutivo.

de paralización⁵³ por lo que su desobediencia sería constitutiva de la infracción muy grave prevista en el art. 13.3 TRLISOS aunque, posteriormente, la autoridad laboral estimase el recurso del empresario. Nótese que el citado tipo infractor no exige para que la falta de paralización sea constitutiva de la infracción la existencia objetiva de un riesgo grave e inminente sino que es suficiente con que “a juicio de la Inspección” tal riesgo exista.

Por último señalar que el carácter ejecutivo de la orden inspectora tampoco se verá afectado en el caso de que, siguiendo lo establecido en el art. 3.2 TRLISOS, la Administración⁵⁴, al entender que las infracciones que motivan la orden de paralización pudieran ser constitutivas de ilícito penal, pasara el tanto de culpa al Ministerio Fiscal⁵⁵ ya que, según el apartado cuarto del citado artículo, la comunicación del tanto de culpa “no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador”.

C. Posibilidad empresarial de impugnar la orden inspectora.

Como acabamos de ver, la empresa, sin perjuicio del cumplimiento inmediato de la orden de paralización, podrá impugnarla ante la autoridad laboral en el plazo de tres días hábiles, debiendo resolverse tal impugnación en el plazo máximo de veinticuatro horas⁵⁶. La resolución de la autoridad laboral será inmediatamente ejecutiva, sin perjuicio de los recursos que procedan (arts. 44.1 LPRL y 11.3 RPS). Respecto de este sistema de recursos cabe destacar:

1. La posibilidad de que el empresario impugne la orden inspectora ante la autoridad laboral implica que para estos supuestos de paralización de trabajos se prevea un procedimiento administrativo especial breve y sumario ante la autoridad laboral que se regula en los citados preceptos⁵⁷ y cuya finalidad sería ofrecer, dado el carácter ejecutivo de la decisión de paralización y los importantes perjuicios económicos que puede ocasionar a la empresa, una oportunidad sumárisima –los plazos del recurso de alzada resultarían excesivos–

⁵³ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 179.

⁵⁴ Según el art. 5.1 RPS cuando el Inspector actuante entienda que las infracciones pueden ser constitutivas de delito, lo comunicará al Jefe de la Inspección provincial de Trabajo y Seguridad Social, siendo dicho Jefe quien, si estimase la eventual concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al Ministerio Fiscal.

⁵⁵ Lo que conforme al citado precepto supone que la Administración “se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones”.

⁵⁶ En el RD 1860/75 el plazo con el que contaba la autoridad laboral para resolver la impugnación del empresario era de cinco días hábiles (art. 4.3).

⁵⁷ FERNÁNDEZ MARCOS, L., op. cit., pág. 212. GÁMEZ OREA señala que mediante esta impugnación se evita provocar la indefensión del empresario y que la misma dará lugar a “un expediente triangular en el que habrán de ser parte también los trabajadores y sus representantes en cuanto portadores de derechos e intereses legítimos en relación con el mantenimiento de unas condiciones seguras de trabajo que, sin duda resultarán afectados por la resolución que le ponga fin (art. 31.1, b y c LRJPAC)”: GÁMEZ OREA, M., “La fiscalización...”, op. cit., pág. 247.

de revisar la decisión inspectora y reconducir a la autoridad laboral en sentido estricto la adopción de la decisión⁵⁸.

2. Debemos entender que en el caso de que la autoridad laboral desestimase el recurso y el empresario incumpliese esta resolución, reanudando los trabajos paralizados, tal actitud empresarial sería constitutiva de la infracción del art. 13.3 TRLISOS pues aun cuando el tipo infractor sólo se refiere a la desobediencia de la orden inspectora, la resolución de la autoridad laboral no hace sino confirmar la interrupción de los trabajos decidida por el Inspector y “reiterar la nota de ejecutividad inmediata que ya acompaña a las órdenes inspectoras desde el mismo instante de su emisión”⁵⁹. No obstante, hubiese sido deseable que el tipo infractor que estamos comentando hubiese recogido una referencia a las resoluciones de la autoridad laboral en estos supuestos de paralización, tal y como para las responsabilidades en el ámbito de la Seguridad Social hace el art. 195 LGSS.

6. Levantamiento de la orden inspectora.

El art. 13.3 TRLISOS tipifica como infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales no sólo la desobediencia por parte del empresario de la orden inspectora de paralización sino también el que tras un cumplimiento inicial de la misma la empresa lleve a cabo una reanudación de los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización.

La posibilidad de esta conducta infractora deriva del régimen del levantamiento de la orden de paralización previsto en la normativa preventiva. Así, el art. 44.1 LPRL⁶⁰ establece en su párrafo tercero que “la paralización de los trabajos se levantará por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁶¹ que la hubiera decretado, o por el empresario tan pronto se subsanen las causas que la motivaron, debiendo en este último caso, comunicarlo inmediatamente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

De lo anterior se deriva la obligación empresarial de no reiniciar la actividad laboral hasta no haber subsanado las causas que motivaron la orden inspectora. El incumplimiento de dicha obligación se tipifica, como acabamos de ver, como infracción muy grave en el art. 13.3 TRLISOS.

⁵⁸ GONZÁLEZ BIEDMA, E., op. cit., pág. 242. Destaca este autor que (dado que la resolución de la autoridad laboral es impugnabile a través del recurso de alzada), en estos casos existe un doble recurso en vía administrativa (“una doble impugnación para agotar la vía administrativa y, eventualmente, acudir más tarde al recurso contencioso-administrativo”) pero sin que quepa entender que la impugnación regulada en los arts. 44 LPRL y 11.3 RPS es preceptiva por lo que si el empresario no impugna en el plazo de tres días ante la autoridad laboral “no parece que haya obstáculo para acudir al recurso administrativo ordinario”: op. cit., pág. 243.

⁵⁹ GARCÍA RUBIO, M.A., op. cit., pág. 402.

⁶⁰ Este régimen del levantamiento de la orden inspectora también aparece recogido en el art. 11.4 RPS. A estas formas de levantamiento de la orden habría que añadir la posibilidad de que sea la autoridad laboral quien ponga fin a la paralización de los trabajos al estimar la impugnación empresarial de la orden inspectora.

⁶¹ Señala GARCÍA RUBIO que unas Orientaciones de 13 de febrero de 1996 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo han confirmado que del tenor del precepto no se deriva la necesidad de que el levantamiento de la medida preventiva sea decidido por el mismo Inspector de Trabajo que la impuso, pudiendo levantar la orden de paralización un miembro cualquiera de la Inspección Provincial a la que pertenece el Inspector emisor de la orden: GARCÍA RUBIO, M.A., op. cit., pág. 403.

Esta posibilidad de que sea el propio empresario afectado por la orden de paralización quien decida poner fin a dicha situación no existía con anterioridad a la LPRL ya que conforme al art. 4.4 del Decreto 1860/75 la paralización de los trabajos acordada por la Inspección de Trabajo debía cesar tan pronto como se subsanasen las causas que las motivaron, para lo cual se debía formalizar “la correspondiente diligencia en el Libro de Visitas”, de lo que podía deducirse la necesidad de que el Inspector constataste, personalmente, que se habían subsanado las causas que motivaron la paralización y extendiese, conforme a ello, una diligencia en el Libro de Visitas⁶². Debido a lo anterior, ni el art. 157.c) OGSHT ni, posteriormente, el art. 11.3 LISOS preveían como conducta infractora empresarial relacionada con la orden de paralización el reanudar los trabajos sin haber subsanado la situación de riesgo grave e inminente.

Frente a quienes defienden, basándose en el carácter excepcional de la medida y en los perjuicios económicos derivados de la misma, la conveniencia de que el empresario afectado por la orden de paralización pueda levantar dicha medida preventiva⁶³, nos alineamos con el sector doctrinal (GARCÍA RUBIO; CALVENTE MENÉNDEZ) que entiende que son mucho mayores los riesgos que se derivan de esta facultad empresarial que las ventajas que reporta. Así, dada la entidad de los riesgos que motivaron la paralización de los trabajos no parece lógico que el reinicio de la actividad laboral se deje en manos del empresario⁶⁴ cuyo incumplimiento de la normativa preventiva dio lugar a aquéllos y que, al ser parte interesada en el levantamiento de la orden, puede precipitarse en su decisión⁶⁵. Por otra parte, también es criticable que no se prevea en estos supuestos, de levantamiento empresarial de la orden inspectora, la necesaria intervención de los representantes de los trabajadores⁶⁶ ni el “deber de los Inspectores de verificar *a posteriori* la subsanación efectuada por la empresa”⁶⁷. En definitiva, como señala CALVENTE MENÉNDEZ, parecía más prudente la práctica seguida con anterioridad a la LPRL, conforme a la cual, “el empresario comunicaba al Inspector actuante la subsanación de las deficiencias, éste lo comprobaba inmediatamente en el lugar de trabajo afectado, y procedía a levantar, en su caso, la orden de paralización”⁶⁸.

Por último, destacar que la conducta empresarial consistente en reanudar los trabajos tras subsanar las deficiencias que motivaron el riesgo grave e inminente sin comunicar a la Inspección el levantamiento de la orden de paralización, no será constitutiva de la infracción del art. 13.3 TRLISOS pero sí será encuadrable en el tipo infractor recogido

⁶² LÓPEZ, A.R.; SUQUÍA, F.J.; VELÁZQUEZ, M.P. (Coords.), *Cómo es y cómo actúa la Inspección de Trabajo*, Deusto, Bilbao, 1991, pág. 67.

⁶³ Una valoración positiva de esta facultad empresarial en GONZÁLEZ BIEDMA, E., op. cit., pág. 243; DOMÍNGUEZ PEREJÓN, C., “La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”, *TL*, n° 40, 1996, pág. 221.

⁶⁴ Critican GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR que esto supone permitir “que un particular disponga de una decisión de alguien investido de autoridad como es el Inspector de Trabajo”: op. cit., pág. 279.

⁶⁵ GARCÍA RUBIO, M.A., op. cit., pág. 404.

⁶⁶ En este sentido CALVENTE MENÉNDEZ, J., op. cit., pág. 84.

⁶⁷ GARCÍA RUBIO, M.A., op. cit., pág. 404.

⁶⁸ CALVENTE MENÉNDEZ, J., op. cit., pág. 84. Señala este autor que este procedimiento satisfacía la necesidad de una “máxima agilidad” en el levantamiento de la orden de paralización y critica que la inclusión en la LPRL de la posibilidad de que la reanudación de los trabajos sea decidida por el empresario tal vez se deba a una “infundada y lamentable desconfianza respecto de la celeridad de las actuaciones inspectoras de seguimiento de la orden, que son realmente impecables en estos supuestos”.

en el art. 11.5 TRLISOS conforme al cual serán constitutivas de infracción leve cualquier incumplimiento que afecte a obligaciones de carácter formal o documental exigidas en la normativa de prevención y que no estén tipificadas como graves o muy graves.

II. ACCIONES U OMISIONES QUE IMPIDEN EL EJERCICIO A LOS TRABAJADORES DE SU DERECHO A PARALIZAR LA ACTIVIDAD LABORAL.

1. Introducción.

Tipifica el art. 13 TRLISOS, en su apartado noveno, como infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones del empresario “que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el art. 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

Se trata de un tipo infractor que aparece recogido, por primera vez, en el art. 48.7 LPRL y en el que se contiene una remisión explícita a la regulación sustantiva del derecho de paralización de los trabajadores contenida en el art. 21 de la ley prevencionista. Por ello, para conocer qué conductas empresariales son subsumibles en el art. 13.9 TRLISOS debemos analizar de qué forma la normativa sustantiva de referencia regula este derecho de interrupción de la actividad laboral. Las acciones u omisiones del empresario, que impidan el ejercicio de este derecho en los términos previstos en el art. 21 LPRL, serán constitutivas de la infracción que estamos analizando.

Recoge el apartado primero art. 21 LPRL una serie de obligaciones empresariales que habrán de cumplirse cuando los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo. Como tendremos ocasión de analizar posteriormente, el cumplimiento empresarial de las obligaciones previstas en las letras a) y c) del citado precepto resultará en ocasiones necesario para que el trabajador pueda ejercer correctamente su derecho de paralización por lo que la inobservancia de aquéllas por parte del empresario constituiría un impedimento para dicho ejercicio y sería encuadrable en el tipo infractor del art. 13.9 TRLISOS.

El segundo apartado del art. 21 reconoce el derecho de cada trabajador a decidir la interrupción de su actividad laboral y, en su caso, el abandono del lugar de trabajo cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud.

El derecho de los representantes de los trabajadores a paralizar la actividad laboral aparece previsto en el art. 21.3 LPRL.

Por último, el apartado cuarto del art. 21 establece la garantía de que del ejercicio, ya sea individual o colectivo, del derecho de paralización, no podrá derivarse perjuicio alguno para los trabajadores salvo en el caso de que hubiesen obrado de mala fe o cometido negligencia grave.

A continuación se analizarán por separado el derecho individual y colectivo de paralización haciendo referencia para cada uno de ellos en primer lugar a la regulación

sustantiva del derecho recogida en el art. 21 LPRL para después analizar las conductas empresariales que pueden ser encuadrables en el art. 13.9 TRLISOS por constituir un impedimento al ejercicio de estos derechos.

2. El derecho individual de paralización de la actividad laboral y tipo infractor del art. 13.9 TRLISOS.

A. Regulación sustantiva del derecho individual de paralización.

Como acaba de señalarse, el art. 21.2 LPRL reconoce el derecho individual del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo “cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud”.

Tal y como señala el citado precepto, este derecho de paralización forma parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo reconocido en el art. 14.1 LPRL.

Ha señalado la doctrina⁶⁹ que, desde una perspectiva constitucional, el derecho de cada trabajador a interrumpir su actividad laboral en casos de riesgo grave e inminente constituiría una manifestación legal de autotutela del trabajador en defensa de su derecho constitucional –laboral inespecífico⁷⁰– a la vida y a la integridad física y moral reconocido en el art. 15 CE. Este derecho constitucional se especificaría, en estos casos, como un *ius resistentiae*⁷¹ del trabajador frente al ejercicio irregular por parte del empresario de su poder de dirección o como una reacción del trabajador –consistente en negar la prestación de su trabajo–, frente al incumplimiento empresarial del deber de

⁶⁹ Destaca PALOMEQUE LÓPEZ que el derecho del trabajador a la seguridad en la realización del trabajo “es objeto de tutela por el ordenamiento constitucional a través de una doble contemplación del supuesto (arts. 15 y 40.2 CE)”: PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, *AL*, nº 4, 1992, pág. 38. Por su parte, SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 201, señalan que “a pesar de que la LPRL parece rehuir del derecho a la vida e integridad física para evitar cualquier fundamentación que no sea la prevista en el art. 40.2 de la Constitución, es lo cierto que la única mención a la vida está recogida en el art. 21.2 LPRL (...), circunstancia que permite dar entrada al juego de los derechos fundamentales en el seno de la relación laboral”. También entienden el derecho de paralización como manifestación del derecho fundamental del art. 15 CE: IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 161; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 142; OJEDA AVILÉS, A., op. cit., pág. 23.

⁷⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., op. cit., pág. 39, quien distingue entre derechos constitucionales específicamente laborales que serían aquellos que tienen “su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales” (derecho de huelga, de negociación colectiva) y derechos constitucionales laborales *inespecíficos* que serían derechos pensados constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición personal o profesional y que, por tanto, pueden ser ejercitados por los trabajadores en el ámbito de las relaciones de trabajo, adquiriendo en tal caso un contenido o dimensión laborales sobrevenidos. Entre estos últimos se encuentra el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE).

⁷¹ En este sentido el art. 21.2 LPRL habría positivado un derecho (que ya venía siendo reconocido por la jurisprudencia, como veremos más adelante) del trabajador a desobedecer lícitamente las órdenes empresariales cuyo cumplimiento pongan en peligro su vida o integridad física, entre las que se encontraría la orden de proseguir trabajando (orden que, como señalan GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 142, “es implícita si no se ha producido manifestación alguna” por parte del empresario) en situaciones de riesgo grave e inminente. El derecho a interrumpir la actividad laboral como manifestación de un *ius resistentiae* del trabajador frente al ejercicio irregular del empresario de su poder de dirección en SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., op. cit., pág. 100; SÁNCHEZ CUBEL, D., *Todo sobre la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Praxis, Barcelona, 1996, pág. 85.

seguridad por aplicación del art. 1124 CC⁷², según se analice desde el punto de vista del derecho del empresario a recibir la prestación de trabajo –posición de débito del trabajador–, o del derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo –posición de crédito del trabajador–⁷³.

a. Antecedentes normativos y jurisprudenciales del derecho de paralización.

El derecho del trabajador a interrumpir su actividad laboral, por suponer la ejecución de la misma un riesgo grave e inminente para su vida o salud, tiene antecedentes en normas internacionales, comunitarias e internas.

Por lo que se refiere a la normativa internacional, el art. 13 del Convenio OIT núm. 155 dispone que “deberá protegerse de consecuencias injustificadas a todo trabajador que juzgue necesario interrumpir una situación de trabajo por creer, por motivos razonables, que ésta entraña un peligro inminente y grave para su vida o su salud”.

En el ámbito europeo, el art. 8.4 de la Directiva Marco establece que cuando en caso de peligro grave, inminente y que no pueda evitarse, un trabajador se aleje de su puesto de trabajo y/o de una zona peligrosa, “no podrá sufrir por ello perjuicio alguno y deberá estar protegido contra cualesquiera consecuencias perjudiciales e injustificadas, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales”.

Entre la regulación de estas normas supranacionales y la del art. 21.2 LPRL podemos destacar las siguientes diferencias:

1. En estas normas supranacionales no se reconoce directamente un derecho de los trabajadores a interrumpir su actividad sino que se establece una garantía⁷⁴ en favor de éstos de forma que, en el caso de que en situaciones de riesgo grave e inminente decidan interrumpir su trabajo, se les protege frente a posibles consecuencias perjudiciales. Por tanto, en virtud de esta garantía, “el empresario

⁷² FERNÁNDEZ MARCOS, para quien, el fundamento del derecho del trabajador reconocido en el art. 21.2 LPRL “se desplaza del deber de obediencia, para descansar sobre la estricta reciprocidad de obligaciones de las dos partes de la relación laboral, y no deja de ser la aplicación laboral del art. 1124 del Código Civil”: FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Derechos y obligaciones derivados de la situación de riesgo grave e inminente”, *AS*, nº 44, 1996, pág. 853. Debe tenerse en cuenta que siempre que nos encontremos con una situación de riesgo grave e inminente en la empresa nos encontraremos ante un incumplimiento empresarial de su deber de seguridad pues aunque es posible que tal situación no sea imputable a la empresa (piénsese en peligros externos), la empresa estará incumpliendo “las medidas exigidas por la Ley a partir de esa situación ya inevitable y que en concreto se centran en la orden de abandono del trabajo”: GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 142.

⁷³ Esta doble posición del trabajador de débito y crédito a partir de la cual el derecho a interrumpir la actividad laboral en caso de riesgo grave e inminente se configura como *ius resistentiae* o como reacción del trabajador frente a incumplimiento empresarial en CÁMARA BOTÍA, A., “El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida o salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales”, *AS* (I), 1996, pág. 2769. Una interpretación “integradora” acerca del carácter del derecho individual de paralización la encontramos en GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 142, para quienes se trata de un derecho a rehusar la prestación laboral, negándose a obedecer el orden del empresario de proseguir el trabajo y que tendría un doble fundamento: de un lado, en la tutela del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y de otro lado, en el propio incumplimiento del deber de seguridad que supone la orden empresarial de mantener la actividad productiva pese a la situación de riesgo extremo.

⁷⁴ GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 425.

no podrá reducir el salario ni sancionar al trabajador que incumpla su obligación de permanencia en el puesto o zona de trabajo cuando ello suponga grave e inminente peligro”⁷⁵.

2. Tanto la exigencia de “motivos razonables”, a la que se refiere el Convenio OIT núm. 155⁷⁶, como la ausencia de referencias a criterios subjetivos, en el precepto comunitario⁷⁷, parecen exigir la realidad objetiva del riesgo para que se pueda accionar la protección de estas normas frente a consecuencias perjudiciales. De esta forma, si el trabajador interrumpiese su actividad laboral y, posteriormente se comprobase que no existía la situación de riesgo grave e inminente, podría derivarse de su conducta una respuesta sancionadora por parte de la empresa. Sin embargo, la referencia que el apartado segundo del art. 21 LPRL hace a la “consideración” del trabajador así como la prohibición de que los trabajadores sufran perjuicio alguno derivado de la interrupción de su actividad salvo que hubiesen obrado de mala fe o cometido negligencia grave (art. 21.4 LPRL), hacen que el derecho no descansa sobre la existencia objetiva del riesgo grave e inminente sino sobre la apreciación personal del propio trabajador. Así, la concurrencia de la gravedad e inminencia del riesgo sufre “una mutación significativa por efecto del criterio subjetivo”⁷⁸ de aquél. De esta forma, la inexistencia del riesgo grave e inminente no excluye el ejercicio legítimo por parte del trabajador de su derecho de paralización, ya que al supeditarse éste a la consideración del trabajador de la existencia del riesgo se están amparando posibles errores de apreciación por parte de los trabajadores. Errores que no pueden ser sancionados por el empresario pues, al exigir el art. 21.4 LPRL la mala fe o negligencia grave del trabajador para poder activarse el poder disciplinario frente a la paralización, se entiende que la “simple imprudencia, o la apresurada apreciación no maliciosa de la situación de «riesgo grave e inminente», en el ejercicio de este derecho excluye, al parecer toda clase de medida disciplinaria”⁷⁹
3. Por lo que se refiere a la Directiva Marco, se exige que el riesgo al que esté sometido el trabajador sea no sólo grave e inminente sino también inevitable. El art. 21.2 LPRL no añade esta última caracterización del riesgo al reconocer el derecho del trabajador. No obstante, debe entenderse que la interrupción de la actividad no es el único comportamiento posible del trabajador frente a situaciones de riesgo grave e inminente ya que conforme al art. 21.1.c) LPRL, el empresario ha de disponer lo necesario para que el trabajador pueda, ante estas situaciones y habida cuenta de sus conocimientos y medios técnicos puestos a su

⁷⁵ MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 223.

⁷⁶ MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 223, quienes al comentar el art. 13 del citado Convenio señalan que “es evidente que la creencia del trabajador habrá de basarse en una realidad objetiva o al menos en una fuerte apariencia de peligro; en otro caso su resistencia a continuar la prestación carecería de la motivación razonable que el precepto exige”.

⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 197.

⁷⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 199.

⁷⁹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Derechos y obligaciones...”, op. cit., pág. 857. En este mismo sentido, destaca IGARTUA MIRÓ que “el mero error en la apreciación o incluso la imprudencia leve a la hora de decidir la paralización no puede conllevar perjuicios para el trabajador, no dejando entrada, por tanto, a la utilización empresarial de su potestad disciplinaria”: IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 168.

disposición, “adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias” de la situación de peligro. Se trata por tanto de que, conforme a la formación recibida por el empresario en materia de prevención y en uso de los medios técnicos puestos a su disposición, el trabajador pueda hacer frente por sí mismo a esta situación⁸⁰, evitando la situación de peligro sin necesidad de paralizar su actividad y/o abandonar su lugar de trabajo.

Ahora bien, esta posibilidad de evitar el riesgo debe entenderse, tal y como destaca OJEDA AVILÉS, en un sentido “compaginable con los valores fundamentales de la vida e integridad del trabajador, no exponiéndolo innecesariamente al riesgo por mor de una nebulosa solución alternativa; ha de estar muy clara la forma de suprimir o aplazar el riesgo –apretar el botón de parada o desconexión, retirar los elementos o evitar los contactos que desencadenarían el siniestro–”⁸¹. En definitiva, en los casos en los que la forma de suprimir el riesgo sea clara y el trabajador cuente con la formación y medios técnicos necesarios para hacerlo, entendemos que el requisito de inevitabilidad es exigible y que, por tanto, se podrá considerar que el trabajador que en estos casos ha interrumpido su actividad y abandonado su lugar de trabajo comete negligencia grave, pudiendo ser sancionado por la empresa.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento interno, el art. 11 OGSHT facultaba a los trabajadores a demorar la ejecución de su trabajo en tanto no se les facilitase los medios de protección personal de carácter preceptivo. El ámbito de protección de esta normativa era, como vemos, mucho más reducido que el del art. 21.2 LPRL al contemplar, exclusivamente, situaciones de riesgo derivadas de la falta de equipos de protección personal. No parece lógica esta limitación –superada por la actual regulación del derecho de paralización–, toda vez que las situaciones de riesgo se pueden presentar con independencia de la tenencia por parte de los trabajadores de estos equipos.

Más ambiciosa en cuanto a las posibles situaciones de riesgo ante las cuales el trabajador puede interrumpir su actividad laboral, pero de limitado alcance sectorial, es la regulación contemplada en el art. 30 del Estatuto Minero, aprobado por Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, según la cual el trabajador “que hubiera interrumpido su trabajo por considerar, por motivos razonables que el mismo entrañaba un peligro inminente y grave para su vida o salud, no podrá, demostrada la razonabilidad de la decisión, ser sancionado por dicha paralización, ni perder el correspondiente salario”⁸².

Al margen de estos antecedentes normativos, el derecho del trabajador a interrumpir su actividad laboral, cuando la ejecución de la misma implica un riesgo grave e inminente para su seguridad y salud, venía siendo reconocido por nuestros Tribunales antes de su positivación por la LPRL. Este reconocimiento se producía en pronunciamientos acerca de la procedencia de despidos basados en la desobediencia del trabajador. Entendía la jurisprudencia del TS que, si bien “el trabajador debe obedecer las decisiones del empresario que se encuentren dentro del marco del ejercicio regular de sus facultades

⁸⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 201.

⁸¹ OJEDA AVILÉS, A., op.cit., pág. 312

⁸² Nótese que, al igual que la normativa internacional que se acaba de analizar, esta norma interna reconoce indirectamente el derecho de paralización mediante el establecimiento de una garantía (no ser sancionado) en caso de su ejercicio y exige para la activación de dicha garantía la realidad objetiva del riesgo ya que el trabajador ha de demostrar la razonabilidad de su decisión.

directivas, e incluso debe cumplirlas en el supuesto de que las considere desacertadas o incorrectas, pues las ha de acatar para no incurrir en indisciplina o desobediencia sancionable con el despido, sin perjuicio de que pueda utilizar los medios legales procedentes contra ellas ante los órganos y por el cauce que corresponda”, quedarán exceptuadas de este deber de obediencia las órdenes del empresario “si concurren circunstancias de peligrosidad” (STS de 7 de marzo de 1986⁸³). Por tanto, se establecía que en los casos en que obedecer una orden empresarial representaba “correr peligro inminente y grave, la negativa del trabajador está justificada” (STS de 2 de octubre de 1973⁸⁴), configurándose de este modo “el doctrinalmente denominado *ius resistentiae*, como derecho del trabajador a negar la prestación de sus servicios en el supuesto indicado” (STCT de 28 de junio de 1978⁸⁵).

Podemos establecer, no obstante, importantes diferencias entre el derecho que se venía reconociendo por vía judicial y el ahora positivado en la normativa prevencionista.

1. Como señala CÁMARA BOTÍA, moviéndose estas sentencias dentro del terreno de la justificación de la desobediencia, pesaba sobre el trabajador la carga de la prueba de los hechos exoneradores de la sanción⁸⁶. Por el contrario, a tenor de la regulación del derecho de paralización contenida en el art. 21 LPRL será el empresario, que se proponga sancionar al trabajador, quien deba probar la mala fe o negligencia grave del trabajador que ha ejercitado su derecho de paralización. Así, al establecer el apartado cuarto del art. 21 LPRL que los trabajadores “no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave”, se está recogiendo una presunción legal *iuris tantum* de que el ejercicio del derecho es correcto, correspondiendo al empresario que pretende responder disciplinariamente frente a la interrupción del trabajador la pertinente prueba en contrario⁸⁷.
2. Al igual que ocurre con la normativa supranacional, las sentencias que venían reconociendo el derecho de paralización exigían como condición precisa para el legítimo ejercicio del *ius resistentiae* “la existencia objetiva del riesgo, de forma tal que no basta la creencia subjetiva del trabajador, no refrendada por la realidad del riesgo –sentencias del TS de 24 de septiembre y 25 de octubre 1962–” (STCT de 28 de junio de 1978⁸⁸). Por el contrario, como vimos

⁸³ RJ 1986/1277.

⁸⁴ RJ 1973/3591. En este sentido también y entre otras, STS de 28 de octubre de 1966 (RJ 1966/4637); STS de 14 de junio de 1988 (RJ 1988/5293).

⁸⁵ RTCT 1978/4547.

⁸⁶ CÁMARA BOTÍA, A., op. cit., pág. 2766. Cita el autor en este sentido la STS de 26 de junio de 1972 (RJ 1972/3576) que considera injustificada la desobediencia “máxime cuando el interesado (el trabajador) no ha alegado en ningún momento ni tratado de probar la concurrencia de ninguna circunstancia, razón o motivo justificativo de su negativa”.

⁸⁷ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Derechos y obligaciones...”, op. cit., pág. 857; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 202.

⁸⁸ RTCT 1978/4547. Este requisito de existencia objetiva del riesgo para el válido ejercicio del *ius resistentiae* también se pone de manifiesto cuando las sentencias hacen referencia a la “razonabilidad” de la decisión del trabajador de desobedecer la orden empresarial (STS de 5 de julio de 1983 –RJ 1983/3718–; STS de 7 de marzo de 1986 –RJ 1986/1277–). Una excepción a esta línea jurisprudencial la constituyó la STS de 15 de junio de 1988 –RJ 1988/5293–, en la que se justifica la desobediencia de una trabajadora (la cual, por certificado médico no debía realizar trabajos que le fatigasen) que se niega a

anteriormente, la referencia que el art. 21.2 LPRL hace a la “consideración” del trabajador así como la imposibilidad del empresario de sancionar al trabajador que ejercite su derecho de interrupción de la actividad laboral salvo que éste haya actuado con mala fe o negligencia grave suponen que el ejercicio legítimo de este derecho no depende de la realidad del riesgo.

b Requisitos para el válido ejercicio del derecho individual de paralización y consecuencias derivadas del mismo.

Por lo que se refiere a los requisitos que han de concurrir para el válido ejercicio por parte del trabajador de su derecho de paralización, una primera cuestión a dilucidar es la de si es necesario el previo incumplimiento empresarial de su deber de seguridad para que el trabajador pueda interrumpir su actividad laboral. A diferencia de lo que hace el apartado tercero del art. 21 LPRL para el supuesto en el que la paralización haya de ser decidida por los representantes de los trabajadores, el apartado segundo, al reconocer el derecho de cada trabajador a decidir individualmente la paralización no supedita su ejercicio al hecho de que el empresario no haya adoptado las medidas necesarias para garantizar la seguridad y salud del trabajador. Ahora bien, teniendo en cuenta la obligación empresarial prevista en el art. 21.1.b) LPRL⁸⁹ podemos concluir que, en el caso de que realmente exista⁹⁰ una situación de riesgo grave e inminente, la decisión del trabajador de paralizar su actividad laboral irá precedida en todo caso de un incumplimiento empresarial de su deber de seguridad, no en el sentido de que la situación de riesgo le sea imputable sino en el de que el empresario no ha adoptado las medidas exigidas por la normativa prevencionista para esa situación y que, en concreto, se centran en la orden de interrupción y abandono del trabajo⁹¹.

Como vimos anteriormente, la existencia objetiva de un riesgo grave inminente, no se configura como requisito necesario para el válido ejercicio del derecho de paralización, al depender el mismo de la consideración del trabajador acerca de la existencia de dicho riesgo, lo que supone amparar posibles errores de aquél en la apreciación de éste. Lo anterior se completa con la limitación del poder disciplinario empresarial establecida en el apartado cuarto del art. 21 LPRL, que impide sancionar los anteriores errores.

Aunque nada diga el art. 21.2 LPRL, el trabajador que interrumpe su actividad laboral por existencia de un riesgo grave e inminente tiene la obligación, siempre que las

ocupar un determinado puesto de trabajo y ello a pesar de que la empresa antes de proceder al despido había recabado un certificado de la Inspección de Trabajo en el que se acreditaba que el trabajo encomendado no era perjudicial para la salud de la trabajadora. Para justificar dicha desobediencia, el Tribunal se basó en que el “estado de aprehensión de los enfermos que padecen dolencias cardiacas” es difícil de vencer y que, por lo tanto, la conducta de la trabajadora no era “plenamente responsable”. La doctrina establecida en esta sentencia anticipó la actual regulación del derecho de paralización al no exigir para su válido ejercicio la realidad objetiva del riesgo (que no existía en este caso según la Inspección de Trabajo) y amparando errores de apreciación y conductas no razonables.

⁸⁹ Según este precepto, el empresario debe adoptar “las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo”.

⁹⁰ Debemos tener en cuenta que, como se ha dicho anteriormente, al supeditar el art. 21.2 LPRL el ejercicio del derecho a la consideración del trabajador de que existe un riesgo grave inminente, se ampara por la norma los errores del trabajador en la apreciación del riesgo. Estos errores se pueden dar también respecto al hecho de si el empresario ha cumplido con su deber de seguridad.

⁹¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Derechos y obligaciones...”, op. cit., pág. 853; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 142.

circunstancia del caso lo permitan y en virtud del art. 29.1.4º LPRL, de informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de Prevención acerca de la existencia en la empresa de dicha situación de riesgo.

Por otra parte, el ejercicio del trabajador de su derecho a interrumpir la actividad laboral no enerva totalmente la puesta a disposición del trabajador, que deberá estar disponible para reanudar el trabajo tan pronto como se levante la situación de riesgo⁹². A este respecto, debemos tener en cuenta que de los términos en que se reconoce el derecho de interrupción de la actividad laboral en el apartado segundo del art. 21 LPRL se deriva que la paralización no va a suponer en todo caso el abandono del centro de trabajo⁹³, por lo que el empresario podrá asignar “las mismas u otras tareas en zonas seguras al trabajador desplazado mientras los equipos de salvamento o seguridad eliminan el riesgo”⁹⁴.

Pasando a analizar las consecuencias que se derivan del ejercicio por parte del trabajador de su derecho de paralización, se ha entendido por la doctrina que el derecho del trabajador al salario⁹⁵ se derivaría de la aplicación, a estos supuestos, del art. 30 ET en tanto la interrupción de la actividad ha de imputarse al empresario que tiene el deber de seguridad⁹⁶.

Ahora bien, si la situación de riesgo grave e inminente no existe no cabrá imputar al empresario la imposibilidad de que el trabajador preste su actividad laboral en condiciones de seguridad y, por tanto, no será de aplicación el art. 30 ET para establecer el derecho del trabajador al salario. En estos casos entendemos que sería aplicable el apartado cuarto del art. 21 LPRL. Como ya se ha señalado anteriormente la garantía que establece este precepto supone limitar el poder disciplinario del empresario reconociendo una inmunidad del trabajador que ejercita este derecho de paralización al no poder sufrir ningún perjuicio salvo que haya obrado de mala fe o cometido negligencia grave. De lo anterior se deriva que, aun no existiendo el riesgo grave e inminente, el trabajador que interrumpió su actividad obrando de buena fe, aunque erradamente, mantendrá su derecho al salario. Sólo en el caso de que el empresario

⁹² OJEDA AVILÉS, A., op. cit., pág. 315.

⁹³ Lo que solo se producirá en caso necesario, esto es, cuando el riesgo grave e inminente no afecte exclusivamente a su concreto puesto de trabajo o a una zona limitada de la empresa sino que se extienda a todas las dependencias de la misma.

⁹⁴ OJEDA AVILÉS, A., op.cit., pág. 316.

⁹⁵ Es de destacar que otros preceptos de la ley prevencionista que regulan supuestos distintos de paralización de actividades por incumplimiento de las normas de seguridad y salud sí reconocen expresamente el derecho del trabajador a percibir el salario: arts. 44.2 y 53 LPRL

⁹⁶ IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 168; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 203; OJEDA AVILÉS, A., op. cit., pág. 321. Este criterio ya había sido mantenido en sede judicial, y así la STCT de 28 de junio de 1978 (RTCT 1978/ 4547) establecía que el ejercicio por parte del trabajador de su *ius resistentiae* no afectaba a la subsistencia activa de la relación laboral, “ni al deber de la empresa de abonar los salarios y cotizar a la Seguridad Social”, deduciendo tales consecuencias de lo prevenido en el art. 11 OGHST así como del art. 47 de la L.C.T. “igualmente aplicable al equipararse el tan repetido riesgo a las circunstancias imputables al empleador a que se refiere tal precepto”.

pruebe la mala fe o negligencia grave del trabajador podrá descontarle el salario por el tiempo que haya durado la interrupción de la actividad⁹⁷.

B. Comportamientos empresariales encuadrables en el tipo infractor del art. 13.9 TRLISOS.

Una vez analizada la regulación sustantiva del derecho individual de paralización procede cuestionarnos qué conductas empresariales pueden impedir el ejercicio de este derecho y ser, por tanto, constitutivas de la infracción prevista en el apartado noveno del art. 13 TRLISOS.

Frente a alguna opinión doctrinal que defiende que el ejercicio del derecho de paralización está concebido de tal forma que puede ser llevado a cabo con las simples fuerzas de los trabajadores, no precisando de ningún acto de colaboración del empresario, lo que implica que “no puede existir una omisión no solamente que impida, sino que simplemente obstaculice, el ejercicio de este derecho”⁹⁸, entendemos que la interpretación del art. 21 LPRL a la que se remite el tipo infractor que estamos comentando, debe integrar unitariamente los dos aspectos de su contenido: las obligaciones del empresario recogidas en el apartado primero y los derechos individuales y colectivos del trabajador que se reconocen en los apartados segundo y tercero⁹⁹.

La anterior interpretación unitaria implica que el cumplimiento por parte del empresario de las obligaciones que el apartado primero del art. 21 LPRL le impone, para los casos en que en la empresa se presente o se pueda presentar un riesgo grave e inminente, será necesario para que el trabajador pueda en determinados casos ejercer su derecho de paralización por lo que el incumplimiento empresarial de dichas obligaciones será constitutivo de la infracción que estamos analizando al suponer un impedimento a dicho ejercicio.

Así, cuando se presenta en la empresa una situación de riesgo grave e inminente, el que el trabajador decida la paralización de su actividad laboral va a requerir, obviamente,

⁹⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág 204. El hecho de que incluso la negligencia leve del trabajador a la hora de decidir la paralización de trabajos sea amparada por el apartado cuarto del art. 21 lleva a MONTOYA y PIZÁ a criticar la “lenidad de la LPRL hacia la adopción de medidas poco diligentes que pueden tener gravísimas e irreparables consecuencias sobre la empresa y su continuidad”: MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 223.

⁹⁸ DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), pág. 552. Sin embargo, el hecho de que no exista una acción u omisión empresarial capaz de impedir el ejercicio del derecho de paralización no lleva al autor a mantener que nos encontramos ante un tipo infractor de imposible comisión sino que se entiende que “no siendo aplicable el art. 48.7 LPRL a los apartados 2º y 3º del art. 21 LPRL, es evidente que la invocación se refiere al primero de los apartados de dicho artículo”, por lo que será constitutivo de la infracción el incumplimiento empresarial de las obligaciones previstas en el art. 21.1 LPRL aunque el mismo no pueda suponer en ningún caso un impedimento al ejercicio del derecho de paralización por parte del trabajador (pág. 553). Entendemos que esta interpretación no respeta el tenor literal de la norma definidora de la infracción y supone la creación de una nueva infracción al subsumir en el tipo conductas empresariales no previstas en el mismo. Como veremos a continuación, en este trabajo también se entiende que el incumplimiento de alguna de las obligaciones empresariales recogidas en el apartado primero del art. 21 LPRL es constitutivo de la infracción del art. 13.9 TRLISOS pero este encuadramiento en el tipo infractor se justifica precisamente por entender que dicho incumplimiento va a impedir el ejercicio por parte de los trabajadores de su derecho de paralización.

⁹⁹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Derechos y obligaciones...”, op. cit., pág. 849.

que conozca la existencia de ese riesgo y las medidas que la empresa ha adoptado en materia de protección cuya insuficiencia para combatir el riesgo puede ser la causa de la decisión del trabajador de paralizar su actividad laboral. Será el empresario quien, en cumplimiento de la obligación preventiva prevista en el art. 21.1 a) LPRL, tendrá que informar al trabajador afectado acerca de la existencia del riesgo grave e inminente y de las medidas que se han adoptado. Por tanto, resulta esencial esta información al trabajador, pues éste tiene derecho, en todos los supuestos, a conocer la existencia del riesgo y las medidas preventivas adoptadas para combatirlo lo que le permitirá hacer efectivos los derechos que el artículo le reconoce en el caso de entender que dichas medidas son insuficientes¹⁰⁰. De lo anterior se deriva, que el incumplimiento empresarial de esta obligación puede ser constitutiva de la infracción que estamos analizando.

Ya vimos anteriormente que el art. 21.1.c) LPRL imponía a la empresa la obligación de disponer lo necesario para que el trabajador ante una posible futura situación de riesgo grave e inminente sea capaz, “habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro”. Entendemos que, entre estas medidas necesarias puede estar la de paralizar la actividad laboral como única forma de evitar la exposición al riesgo¹⁰¹, por lo que es deber del empresario formar al trabajador para que sea capaz de identificar cuándo la situación requiere el ejercicio del derecho de paralización. En el caso de que la falta de esta formación haya impedido que el trabajador decida la paralización de trabajos ante una situación de riesgo grave e inminente nos encontraremos ante la infracción prevista en el art. 13.9 TRLISOS.

Ahora bien, nótese que para que la falta de formación pueda ser constitutiva del citado tipo infractor es necesario que haya impedido el ejercicio del derecho de paralización por lo que si la situación de riesgo grave e inminente no se ha presentado en la empresa, el incumplimiento de la obligación preventiva prevista en el art. 21.1.c) de la ley prevencionista sería sancionable conforme a la infracción grave recogida en el art. 12.8 TRLISOS que tipifica como infracción grave en materia de prevención de riesgos laborales el “incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente”.

En realidad, las obligaciones recogidas en las letras a) y c) del apartado primero del art. 21 LPRL suponen una concreción para el caso de que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente de las obligaciones de información y formación previstas en los arts. 18 y 19 respectivamente, por lo que si el incumplimiento de aquéllas no supone un impedimento del ejercicio del derecho de paralización no será constitutivo de la infracción del art. 13.9 TRLISOS pero si será encuadrable en el art. 12.8 TRLISOS.

A diferencia de lo que ocurre con el incumplimiento de estas obligaciones en materia de información y formación en casos de riesgo grave e inminente, entendemos que, en ningún caso, será encuadrable en el art. 13.9 TRLISOS la inobservancia por parte del

¹⁰⁰ IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 160.

¹⁰¹ GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 430.

empresario de sus obligaciones de, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, decidir la paralización de trabajos y no exigir a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro (art. 21.1.b) LPRL), ya que dicha inobservancia no puede impedir por sí sola el ejercicio por parte de los trabajadores de su derecho de paralización, que consiste precisamente en desobedecer las órdenes del empresario –en este caso, la orden implícita de seguir trabajando en caso de riesgo grave e inminente–. El incumplimiento empresarial del art. 21.1.b) LPRL será constitutivo de la infracción prevista en el art. 13.10 TRLISOS, que, como veremos, se configura como cláusula general de cierre que sanciona la no adopción de cualquier medida preventiva –en este caso, la paralización de trabajos– aplicable a las condiciones de trabajo, en ejecución de la normativa de prevención de riesgos laborales –art. 21.1.b) LPRL–, de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

Tampoco sería constitutiva de la infracción del art. 13.9 TRLISOS la decisión empresarial de sancionar al trabajador que, sin mediar dolo o negligencia grave, ha ejercido su derecho de paralización. Esta vulneración de la garantía establecida en el art. 21.4 LPRL se produce precisamente con posterioridad a la interrupción por parte del trabajador de su actividad laboral (por lo que, obviamente, no puede suponer su impedimento) y aunque puede condicionar las actuaciones del trabajador frente a futuras situaciones de riesgo, al temer éste una sanción disciplinaria como respuesta al ejercicio de su derecho de paralización, no creemos que pueda considerarse un impedimento para dicho ejercicio.

Por último, es de destacar que el art. 8.7 LETA, ha reconocido el derecho del trabajador autónomo “a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud”. La principal consecuencia práctica de ese reconocimiento es, tal y como señala MOLINA NAVARRETE, “que tal abandono no puede ser considerado en ningún caso como incumplimiento, a efectos de una eventual acción resolutoria por iniciativa de la contraparte”¹⁰².

Ahora bien, el reconocimiento de esta garantía por la LETA no va acompañado de una extensión del ámbito subjetivo de aplicación de las medidas preventivas previstas en el art. 21.1 LPRL ni de una modificación del tipo infractor que estamos analizando (que se siguen refiriendo exclusivamente a los trabajadores que tienen una relación laboral con el empresario), por lo que no es posible entender que un hipotético impedimento del empresario que contrate al autónomo del ejercicio por parte de éste de su derecho de paralización de la actividad pueda encuadrarse en el art. 13.9 TRLISOS.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como veremos posteriormente en este trabajo¹⁰³, en los supuestos de concurrencia de empresarios en un mismo centro de trabajo, las obligaciones de coordinación recogidas en el art. 24.1 LPRL y desarrolladas reglamentariamente en el RDCA, son de aplicación a los trabajadores autónomos (art. 24.5 LPRL) y que, de la regulación prevista en los tres primeros apartados del art. 4 RDCA, se deriva que el trabajador autónomo no sólo tiene obligaciones sino que

¹⁰² MOLINA NAVARRETE, C., “Trabajadores en la frontera; comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 295, 2007, pág. 98, quien destaca que esta consecuencia está prevista expresamente en el art. 16.1.c) LETA para el concreto supuesto de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y que, en realidad esta garantía no hace sino “formalizar una regla jurídica general, derivada tanto de los principios de la contratación como del derecho fundamental a la vida e integridad física: nadie está obligado a hacer nada que vaya en contra de su vida –derecho a la legítima defensa–, aunque medie una relación obligatoria”

¹⁰³ En el Capítulo V de esta I Parte.

también tiene el derecho a que los empresarios concurrentes le informen acerca de los riesgos específicos de sus actividades empresariales y le comuniquen las situaciones de emergencia. La falta de comunicación de estas situaciones de emergencia puede impedir que el trabajador por cuenta propia ejercite su derecho de paralización y aunque no sea posible, conforme a lo que se acaba de decir, subsumir esta conducta en el tipo infractor que estamos analizando, si sería sancionable conforme a lo previsto en el art. 13.7 TRLISOS, que tipifica como infracción administrativa muy grave la no adopción por parte de los empresarios de las medidas de cooperación necesarias para evitar los riesgos, siempre que nos encontremos en actividades consideradas reglamentariamente como peligrosas,

2. Derecho colectivo de paralización laboral y tipo infractor del art. 13.9 TRLISOS.

A. Regulación sustantiva del derecho colectivo de paralización.

El apartado tercero del art. 21 LPRL establece que, cuando en los supuestos de riesgo grave e inminente el empresario no adopte o no permita la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, “los representantes legales de éstos podrán acordar, por mayoría de sus miembros, la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por dicho riesgo”. En el caso de que no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal, prevé el citado precepto que el acuerdo de paralización pueda ser adoptado por decisión mayoritaria de los Delegados de prevención. Respecto a este derecho colectivo de paralización analizaremos las siguientes cuestiones: a. Delimitación del art. 21.3 LPRL respecto al art. 19.5 ET; b. Naturaleza jurídica de este derecho; c. Requisitos para la válida adopción del acuerdo.

a. Delimitación respecto al art. 19.5 ET.

El art. 19.5 ET en su párrafo segundo prevé que si en una empresa el riesgo de accidente fuera inminente se podrá acordar la paralización de los trabajos por decisión de los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad o por el 75 por 100 de los representantes de los trabajadores en empresas con procesos discontinuos y de la totalidad de los mismos en aquellas cuyo proceso sea continuo. Este acuerdo de paralización deberá ser comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada.

Las diferencias entre esta regulación estatutaria y la prevista en el apartado tercero del art. 21 LPRL se dan respecto a los órganos habilitados para proceder a la interrupción del trabajo y en cuanto a los requisitos necesarios para adoptar esta medida preventiva. Así, mientras que el art. 19.5 ET faculta para adoptar la decisión de paralización de los trabajos indistintamente a los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad¹⁰⁴ y a los representantes de los trabajadores, el art. 21.3 atribuye esta facultad exclusivamente a estos últimos.

¹⁰⁴ Por estos órganos había de entenderse a los Comités de seguridad e higiene en el trabajo (creados por una OM, de 21 de septiembre de 1944 y regulados posteriormente por un RD 432/1971, de 11 de marzo, por el que se regulan dichos Comités y por el art. 8 OGSHT) o el Vigilante de seguridad que el empresario debía designar en empresa de 5 o más trabajadores no obligadas a constituir Comités de seguridad e higiene y cuyas funciones venían previstas en el art. 9 OGSHT.

Por lo que se refiere a los requisitos para adoptar dicha medida, el art. 19.5 ET exige a los representantes del personal la adopción del acuerdo de paralización mediante mayorías cualificadas (conformidad del 75 por 100 de los mismos en empresas con proceso discontinuos y de la totalidad en aquellas empresas cuyo proceso sea continuo). Por su parte, el art. 21.3 LPRL rebaja estas exigencias al requerir que el acuerdo de paralización se adopte por decisión mayoritaria de los miembros del órgano de representación.

La doctrina entiende de manera unánime¹⁰⁵ que la regulación prevista en el art. 21.3 LPRL supone una derogación implícita del citado texto estatutario toda vez que regulan un mismo supuesto de hecho (riesgo grave e inminente) de manera diferente. Esta colisión de normas se vence a favor de la posterior y más especial, la LPRL, cuya disposición derogatoria única no deroga expresamente el art. 19.5 ET, pero sí a “cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley”¹⁰⁶.

Frente a esta posición doctrinal que mantiene la derogación del precepto estatutario cabría alegar la vigencia simultánea del art. 19.5 ET y el art. 21.3 LPRL acudiendo a una interpretación literal de los mismos y concluyendo que al hacer referencia el precepto prevencionista a la situación de “riesgo grave e inminente” y regulando el precepto estatutario la situación de riesgo inminente (el texto estatutario nada dice acerca de la gravedad del riesgo, refiriéndose a un supuesto en el que “el riesgo de accidente fuera inminente”), nos encontramos ante dos supuestos de hecho distintos con su correspondiente regulación. Sin embargo entendemos que el párrafo segundo del art. 19.5 ET se debe interpretar a la luz del lo establecido en el primero ya que la situación de aquél ha de ser necesariamente más grave que la de este último dada la diferente relevancia de las competencias que en cada supuesto se atribuye a la representación de los trabajadores.

En el párrafo primero del art. 19.5 ET se regula la situación de “probabilidad seria y grave de accidente” en la cual los representantes de los trabajadores tienen reconocida, de manera subsidiaria respecto de los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad, la competencia de requerir al empresario la adopción de las medidas necesarias para hacer desaparecer la situación de riesgo y dirigirse a la autoridad competente en el caso de que su petición no fuese atendida en un plazo de cuatro días. En el segundo párrafo del citado precepto estatutario el riesgo de accidente es ya “inminente” y los representantes pueden acordar directamente (no sólo en defecto de la posible actuación de los órganos competentes en materia de seguridad) una medida tan relevante como la paralización de actividades.

¹⁰⁵ Por todos, MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 230; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit. pág. 205; THIBAUT ARANDA, “La paralización colectiva de la actividad productiva como medida de seguridad e higiene: el art.21.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *AL*, nº 6, 1997, pág. 182

¹⁰⁶ OJEDA AVILÉS, A., op. cit., pág. 312; en el mismo sentido, PURCALLA BONILLA, quien destaca la prevalencia de la LPRL sobre el ET conforme a los principios de “ley especial (la de Prevención de Riesgos Laborales lo es respecto al Estatuto de los Trabajadores), de modernidad (la Ley de Prevención es posterior en el tiempo y, por consiguiente, su art. 21.3 abroga o deroga tácitamente a la anterior, el art. 19.5 ET) y jerarquía normativa (ambas normas son leyes ordinarias, no orgánicas, gozando del mismo rango normativo)”: PURCALLA BONILLA, M.A., “Autonomía preventiva y prevención de riesgos profesionales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núms. 161-162, 1996, pág. 30.

Interpretando de manera conjunta los dos párrafos del art. 19.5 ET y a la luz de la relevancia de las posibles actuaciones de los representantes en cada una de las situaciones previstas podemos establecer que mientras que el párrafo primero regula la situación de “probabilidad seria y grave de accidente” (lo que, como vimos, ha de interpretarse como probabilidad seria de accidente grave, “ya que la gravedad es predicable del accidente no de su probabilidad”¹⁰⁷), el segundo párrafo prevé la posibilidad de paralizar la actividad empresarial cuando el peligro de accidente *grave* no sólo fuera serio sino inminente¹⁰⁸.

En definitiva, tal y como establece OJEDA AVILÉS, no hay manera de “distribuir” ambos preceptos (art. 19.5 ET y art. 21.3 LPRL), ya que “uno y otro se refieren por igual al riesgo grave e inminente”¹⁰⁹ por lo que habrá de entenderse que el precepto de la ley prevencionista deroga al estatutario.

b. Naturaleza jurídica del acuerdo de paralización.

La posibilidad que los representantes de los trabajadores tienen de paralizar la actividad laboral en el caso de que ésta implique la exposición de los trabajadores a un riesgo grave e inminente se configura, tal y como señala GONZÁLEZ ORTEGA¹¹⁰, como una facultad excepcional de origen legal que es expresión máxima de una competencia de control sobre las condiciones de seguridad e higiene de la empresa.

Siguiendo el esquema del art. 36 LPRL que, a la hora de regular la actuación de los Delegados de prevención, diferencia entre competencias –que delimitan la actuación de los mismos en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, con funciones y poderes propios de su condición¹¹¹–, y facultades –que tienen carácter instrumental y son medios y actuaciones que se les reconoce y de las que pueden o no hacer uso para el pleno ejercicio de sus competencias¹¹²–, podemos decir que el acuerdo de paralización del art. 21.3 LPRL supone una facultad de los representantes de los trabajadores que éstos pueden actuar en el ejercicio de su competencia de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa preventiva (art. 64.1. 9º.b) ET); facultad y competencia que suponen una manifestación de la “canalización” que del derecho de los trabajadores, a participar en la empresa en cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo, se produce a través de sus representantes (art. 34.1 LPRL).

Esta facultad de paralización sería encajable dentro de los “derechos de veto” que ostenta la representación unitaria de los trabajadores “como expresión más trascendental e importante que puede ejercitarse en aras de controlar las decisiones del empresario. Entendiéndose que el veto va dirigido contra la decisión empresarial de no paralizar la actividad ante la existencia de un riesgo grave e inminente; se veta, en definitiva, la

¹⁰⁷ MONTROYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., op. cit., pág. 141.

¹⁰⁸ MONTROYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., op. cit., pág. 142.

¹⁰⁹ OJEDA AVILÉS, A., op. cit., pág. 312.

¹¹⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho a la salud y control de los trabajadores”, *RL* (I), 1990, pág. 252. Señala el autor que nos encontramos ante una facultad cercana a “una facultad de policía y de tutela general de la salud sólo que encomendada, y en ello reside la excepcionalidad, a los representantes de los trabajadores y no al propio empresario”.

¹¹¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op.cit., pág. 175.

¹¹² FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op.cit., pág. 175.

decisión tácita o expresa de continuar la producción”¹¹³. Como derecho de veto, implica que será necesario el consenso de la representación de los trabajadores para que el empresario pueda adoptar su decisión (en este caso, seguir trabajando en la situación de riesgo grave e inminente) y que de faltar el mismo (pues se paraliza la actividad laboral por decisión de los representantes cuando “el empresario no adopta o no permite la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores”: art. 21.3 LPRL) “habrá de suplirse con la autorización de órganos estatales”¹¹⁴; de aquí, el que sea necesario, como veremos más adelante, que la paralización sea comunicada de inmediato a la autoridad laboral para que en el plazo de veinticuatro horas anule o ratifique la paralización acordada.

c. Requisitos para la válida adopción del acuerdo de paralización.

i. *¿Es necesario el incumplimiento previo empresarial?*

El art. 21.3 LPRL supedita la posibilidad de que los representantes de los trabajadores acuerden la paralización de los trabajos a que, estando los trabajadores expuestos a un riesgo grave e inminente, el empresario “no adopte o no permita la adopción de las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro”. Por tanto, el acuerdo de paralización solo podrá adoptarse, por parte de los representantes de los trabajadores, cuando previamente exista un incumplimiento empresarial de la normativa de prevención teniendo en cuenta que ésta le obliga a adoptar las medidas necesarias para evitar esta situación de riesgo (obligaciones del art. 21.1 LPRL). Respecto a este requisito cabe hacer las siguientes apreciaciones:

1. Que los representantes no puedan paralizar la actividad sin que previamente exista un incumplimiento empresarial no implica la exigencia de que la existencia del riesgo grave e inminente traiga como causa la inobservancia de la normativa preventcionista puesto que “procede la paralización de la actividad incluso cuando la situación de riesgo grave e inminente tiene su origen en la fuerza mayor”¹¹⁵. Nótese que, aun en el caso de que la situación de riesgo no sea causa de incumplimientos empresariales, la misma es imputable al empresario en tanto, frente a esta situación, no ha adoptado o permitido adoptar las medidas precisas para hacer desaparecer la situación de riesgo, lo que constituye un incumplimiento empresarial de las obligaciones preventivas previstas en el art. 21.1 LPRL y faculta a los representantes, que estarán legitimados en tanto han procedido a evaluar previamente las medidas empresariales o la constatación de su inexistencia¹¹⁶, para adoptar la decisión de paralización.
2. No se exige por parte del art. 21.3 LPRL que, previamente a la adopción del acuerdo de paralización, se requiera del empresario la adopción de las medidas precisas para poner fin a la situación de riesgo grave e inminente y la desatención empresarial de

¹¹³JIMÉNEZ GARCÍA, J., *Participación y control en la empresa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 1994, pág. 177. Aunque estos comentarios van referidos a la facultad de paralización recogida en el art. 19.5 ET, entendemos que son aplicables a la facultad de paralización recogida en el art. 21.3 LPRL. OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 369, también califica esta facultad de acordar la paralización del art. 21.3 LPRL como un derecho de veto de los representantes de los trabajadores.

¹¹⁴ OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, op. cit., pág. 368.

¹¹⁵ THIBAUT ARANDA, J., op. cit., pág. 185.

¹¹⁶ THIBAUT ARANDA, J., op. cit., pág. 187.

las mismas. Por tanto, una vez constatada la inactividad empresarial (o actividad tendente a impedir la adopción de las medidas necesarias), los representantes podrán paralizar la actividad directamente sin necesidad de requerimiento previo al empresario. Lo anterior es pertinente teniendo en cuenta el tipo de riesgo ante el que nos encontramos: un riesgo grave e inminente que frecuentemente se presente en “forma imprevista y exige decisiones extremas y radicales que han de adoptarse de manera inmediata”¹¹⁷.

ii. *Órganos de representación de los trabajadores facultados para acordar la paralización y mayorías necesarias.*

Establece el art. 21.3 LPRL en su primer párrafo que la paralización de los trabajos que venimos comentando podrá ser acordada por decisión mayoritaria de los “representantes legales” de los trabajadores. Para el caso de que “no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal”, el segundo párrafo del citado precepto faculta a los Delegados de prevención para adoptar por decisión mayoritaria el acuerdo de paralización.

Respecto a esta regulación acerca de los órganos de representación legitimados para paralizar la actividad cabe destacar:

1. La LPRL se aparta en este punto de lo anteriormente previsto por el art. 19.5 LPRL. Recordemos que conforme al texto estatutario se reconocía la facultad de paralización indistintamente a los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad (Comité de seguridad e higiene o Vigilante de seguridad) y a los representantes legales de los trabajadores¹¹⁸. Ya la doctrina venía criticando que un órgano escasamente representativo como era el Comité de seguridad e higiene¹¹⁹ mantuviese, en concurrencia con la representación de los trabajadores, funciones que implicaban participación directa en la toma de decisiones como las recogidas en el art. 19.3 y 5 ET (inspección y control del cumplimiento por parte del empresario de medidas preventivas y paralización de actividades) y proponía que un órgano de esta naturaleza asumiese

¹¹⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 145.

¹¹⁸ Destacaba GONZÁLEZ ORTEGA que éste era el único punto en el que el ET regulaba en plano de igualdad en lo que se refiere a las funciones en materia preventiva al Comité de seguridad e higiene y al Comité de empresa de forma que la paralización de actividades podía ser acordada alternativamente por uno y otro. De esta forma, la intervención del órgano de representación de los trabajadores no era (a diferencia de lo que ocurría con la función de vigilancia y control del cumplimiento de las normas en materia de seguridad e higiene recogida en el art. 19.3 ET y de la actuación del Comité de empresa en caso de probabilidad seria y grave de accidente –requerimiento al empresario y acudimiento a la autoridad laboral en caso de desatención empresarial: primer párrafo art. 19.5 ET–) subsidiaria del Comité de seguridad e higiene, “sino alternativa al mismo, de manera que la iniciativa de paralización de la actividad en la empresa podrá ser adoptada por los representantes de los trabajadores no sólo en defecto sino incluso en contra de la opinión del Comité de Seguridad e Higiene”: GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 254.

¹¹⁹ Aunque se podía considerar que el Comité de seguridad e higiene se constituía como un tercer (junto con la representación unitaria y sindical) canal representativo dada la presencia en dicho órgano de una representación de los trabajadores y configurarse como un canal de interlocución obrero-patronal (CRUZ VILLALÓN, J., “La representación de los trabajadores en materia de prevención”, *TL*, n° 26, 1993, pág. 15) lo cierto es que, conforme a su normativa reguladora, ni siquiera tenía carácter paritario (art. 10.3.2° RD 432/1971, de 11 de marzo, por los que regulan los Comités de seguridad e higiene en el trabajo) siendo la negociación colectiva la que venía estableciendo el carácter paritario de este órgano competente en materia de seguridad y salud (CRUZ VILLALÓN, J., op. cit., pág. 23).

funciones más técnicas relativas a asesoramiento, información y formación en materia preventiva¹²⁰. La regulación que la LPRL hace del Comité de seguridad y salud, órgano que viene a sustituir a los Comités de seguridad e higiene, va en este sentido ya que lo configura como órgano paritario y colegiado de participación cuya función principal es la “consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos” (art. 38.1 LPRL)¹²¹, sin que se le reconozca funciones de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa prevencionista ni participación alguna a la hora de acordar la paralización en situaciones de riesgo grave e inminente.

2. La “representación legal” de los trabajadores a la que el párrafo primero del art. 21.3 LPRL legitima para acordar la paralización estará constituida por la representación unitaria de los mismos y no la sindical. Una interpretación sistemática del precepto “nos inclina por considerar la referencia legal hecha a la representación unitaria”¹²² pues al facultar su párrafo segundo a los Delegados de prevención para decidir la paralización se refiere a la imposibilidad de reunir con la urgencia requerida “al órgano de representación del personal”¹²³.
3. La paralización se adoptará por decisión mayoritaria de los miembros de la representación unitaria o, en su caso, de los Delegados de prevención. También se aparta en este punto la regulación de la LPRL de lo anteriormente previsto en el ET pues, como vimos, el art. 19.5 de este último texto legislativo exigía mayorías cualificadas (75 por 100 de los representantes de los trabajadores en empresas con procesos discontinuos) o unanimidad (en aquellas cuyo proceso sea continuo) a los representantes de los trabajadores (que no al Comité de seguridad e higiene) para la

¹²⁰ De esta opinión era GONZÁLEZ ORTEGA, para quien, “la subsistencia de estos órganos internos de seguridad e higiene, con las características mencionadas de composición intervenida por el empresario, escasa representatividad, y confluencia competitiva, cuando no prioridad, en relación a los representantes de los trabajadores resulta extraordinariamente disfuncional y, seguramente, entorpecedora de una eficaz actuación de tutela de las cuestiones relacionadas con la seguridad e higiene en el trabajo”: GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 254. Por su parte, CRUZ VILLALÓN, J., op. cit., pág. 20, al comentar los borradores de los proyectos de ley sobre prevención de riesgos laborales elaborados por el Gobierno español y la posible introducción de la figura del Delegado de prevención como órgano de representación especializado exclusivamente en materia de seguridad en el trabajo, entendía que “carecería de sentido que los CSHT conservaran las funciones estrictamente representativas contempladas dentro del art. 19 ET”.

¹²¹ La jurisprudencia al negar que sea de aplicación al Comité de seguridad y salud en el trabajo el criterio de proporcionalidad que inspira la composición de los órganos de representación de los intereses laborales ha destacado que se trata de un órgano que carece de capacidad negociadora, “siendo sus funciones técnicas y de asesoramiento y consulta”: STS 14 de junio de 1999 –RJ 1999/6007–; STS 15 de junio de 1998 –RJ 1998/5702–.

¹²² IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 165. En el mismo sentido, THIBAUT ARANDA, J., op. cit., pág. 185; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 204, quienes destacan que “es además razonable que una decisión de esta naturaleza sea adoptada por un órgano de representación general en la empresa y no por un representante sindical”. En contra, entendiendo que también la representación sindical es “representación legal” facultada para acordar la paralización: OJEDA AVILÉS, A., “Los conflictos...”, op. cit., pág. 332, para quien tendrán esta competencia los sindicatos más representativos y representativos; también, aunque comentando el art. 19.5 ET, JIMÉNEZ GARCÍA, J., op. cit., pág. 178, defendiendo la facultad de paralización de los delegados y secciones sindicales siempre que “en su conjunto alcancen las mayorías cualificadas que se exigen en referencia a los órganos unitarios, en idéntica posición que la reclamada en el párrafo segundo del art. 87.1 ET”.

¹²³ También el art. 36.2.g) LPRL al recoger la facultad de los Delegados de prevención de proponer la adopción del acuerdo de paralización, se refiere al “órgano de representación de los trabajadores”.

adopción del acuerdo¹²⁴. El nuevo régimen de mayoría instaurado por el art. 21.3 LPRL que facilita la adopción de la decisión supone un reforzamiento de la competencia colectiva de paralización¹²⁵ y refleja que en la nueva regulación tiene más peso el bien jurídico que se trata de proteger mediante esta competencia (vida e integridad de los trabajadores) que las importantes consecuencias económicas que puede ocasionar y en las que parecía ampararse el art. 19.5 para exigir las mayorías reforzadas¹²⁶.

4. Como ya hemos visto, el art. 21.3 LPRL, faculta en su segundo párrafo a los Delegados de prevención para que adopten, por decisión mayoritaria, el acuerdo de paralización “cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal”. Este reconocimiento de una facultad subsidiaria de paralización a los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo se justifica por la perentoriedad que entrañan los riesgos graves e inminentes que no permitirá en ocasiones las convocatorias y reuniones previas debiendo adoptarse la decisión de paralización sin dilaciones¹²⁷.

Por otra parte, debemos destacar que los Delegados de prevención tienen, además, la facultad de proponer al órgano de representación de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización de actividades (art. 36.1.g) LPRL).

THIBAULT ARANDA entiende que hubiese sido más razonable, atendiendo a su mejor formación en materia de seguridad¹²⁸, que fuese la representación especializada la encargada de adoptar la decisión de paralización¹²⁹. Seguramente la opción legislativa de reconocer a los Delegados de prevención la facultad de paralización solo con carácter secundario responde a la voluntad de que el papel de éstos no sea preponderantemente reivindicativo sino de carácter participativo y de colaboración con la empresa¹³⁰. La doctrina anterior a la LPRL ya había destacado que “la potenciación de la actuación representativa en materia de prevención de riesgos laborales solamente se puede realizar en un contexto de separación –sea esta orgánica y/o funcional– de las relaciones estrictamente de conflicto entre los interlocutores sociales respecto de aquellas otras que afectan a las medidas de prevención de los riesgos profesionales”¹³¹. Este criterio parece haber sido asumido por la LPRL que, al recoger las competencias y facultades de la representación de los

¹²⁴ Respecto a estas exigencias destacaba OJEDA que, “aunque se comprenda el motivo de exigir tan elevado requisito para la decisión, el porcentaje la hace impracticable en empresas grandes, con elevado número de representantes o con comité conjunto, especialmente en empresas de proceso continuo con trabajo a turnos: habrá de acudir entonces, allí donde lo haya, al comité de seguridad e higiene o al vigilante de seguridad”: OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 268-269.

¹²⁵ OJEDA AVILÉS, A., “Los conflictos...”, op. cit., pág. 328.

¹²⁶ THIBAULT ARANDA, J., op. cit., pág. 190.

¹²⁷ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Derechos y obligaciones...”, op. cit., pág. 855.

¹²⁸ Debe tenerse en cuenta que según el art. 37.2 LPRL el empresario deberá proporcionar a los Delegados de prevención los medios y la formación en materia preventiva que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones. También nuestros Tribunales hacen referencia a esta mayor cualificación que los Delegados de prevención han de tener en materia de seguridad y salud y al negar la necesidad de que en el nombramiento de los mismos se respete el principio de proporcionalidad se destaca que lo que “la ley busca no es la proporcionalidad de cada Sindicato, sino la elección de los más idóneos al tener que limitarse su gestión a la materia de prevención de riesgos laborales”: STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2000.

¹²⁹ THIBAULT ARANDA, J., op. cit., pág. 189.

¹³⁰ IGARTUA MIRÓ, M.T., op. cit., pág. 165, nota 268.

¹³¹ CRUZ VILLALÓN, J., op. cit., pág. 8.

trabajadores en materia de seguridad y salud, ha reservado a los Delegados de prevención las tareas que implican un mayor grado de colaboración y participación con la dirección de la empresa y dejado para la representación unitaria competencias de carácter más representativo y reivindicativo como son las de negociación colectiva y paralización¹³². Atendiendo a este “reparto” de competencias, la LPRL ha optado por, a la hora de regular esta función de carácter más reivindicativo que es la paralización de trabajos, otorgar esta competencia a la representación unitaria y reconocer a la representación específica en esta cuestión competencias con carácter “secundario”: propuesta de paralización y facultad subsidiaria de paralización.

No obstante, entendemos que el papel de los Delegados de prevención a la hora de detectar la existencia de riesgos graves e inminentes en la empresa será fundamental pues son ellos y no la representación unitaria quienes ostentan una serie de facultades que permiten dicha detección: tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo (art. 36.2.b) LPRL); ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores, pudiendo presentarse, aun fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias del mismo (art. 36.2.c) LPRL); realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo (art. 36.2.e) LPRL). Si en el ejercicio de estas facultades descubren la existencia de un riesgo grave e inminente podrán, tal y como vimos anteriormente, proponer al órgano de representación de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización. Es de destacar que la participación de los Delegados en la adopción de dicho acuerdo deberá ser destacada pues, como representantes unitarios que también son –salvo que por negociación colectiva, tal y como permite el art. 35.4 LPRL, se haya acordado un sistema de designación distinto al previsto en el apartado segundo del citado artículo¹³³–, participarán en la votación debiendo tener su opinión una gran relevancia al ser su conocimiento acerca de los riesgos superior al de resto de miembros de la representación unitaria.

Como veremos posteriormente, las acciones u omisiones del empresario que en caso de existencia de un riesgo grave e inminente en la empresa limiten estas facultades de los Delegados de prevención (no permitiendo el acceso a la información acerca de las condiciones de trabajo; no informando de los daños producidos o impidiendo la realización de visitas) será constitutivas de la infracción del art. 13.9 TRLISOS al imposibilitar que los representantes conozcan la situación de riesgo y, por tanto, impedir el ejercicio del derecho de paralización.

iii. *Deber de comunicación del acuerdo de paralización.*

Esta importante facultad de la representación de los trabajadores está sometida a posterior control administrativo: el órgano que haya acordado la paralización lo deberá

¹³² Destaca esta “distribución” de competencias en materia preventiva QUESADA SEGURA, R., *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 34. Este carácter negociador y participativo de la representación específica de los trabajadores en materia preventiva también es asumido por nuestros Tribunales, que, al estimar la excepción de aplicación del principio de proporcionalidad en su composición destaca el “carácter esencialmente de colaboración –y no de negociación– que preside el contenido de las funciones encomendadas a los Delegados de Prevención”: STSJ de Madrid de 6 de noviembre de 1997.

¹³³ Establece el art. 35.2 LPRL que los “Delegados de Prevención serán designados por y entre los representantes del personal”.

comunicar inmediatamente “a la empresa y a la autoridad laboral, la cual en el plazo de veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada” (art. 21.3 LPRL)¹³⁴.

Nada dice el precepto acerca de la forma en que deba producirse la comunicación por lo que tal y como señala la sentencia de 23 de marzo de 1988 de la Magistratura de Trabajo nº 2 de Lugo debe entenderse cumplido este requisito en los casos en los que la autoridad laboral se persona en el centro de trabajo para reunirse con los afectados y mediar en el conflicto.

Respecto al silencio administrativo, entienden MONTOYA y PIZÁ que, conforme a la normativa administrativa (art. 43.2 LRJAP), habrá de entenderse como confirmatorio de la interrupción¹³⁵.

iv. Alcance material y temporal del acuerdo de paralización.

La paralización de los trabajos tendrá un alcance material y temporal limitado. Así, afectará exclusivamente a aquellos trabajos cuya ejecución implica un riesgo grave e inminente para los trabajadores y se prolongará hasta que desaparezca dicha situación de riesgo, momento en el cual los trabajadores deben reincorporarse a sus puestos de trabajo. La STS de 30 de enero de 1989¹³⁶ entendió que los integrantes del Comité de empresa “abusaron de sus facultades al mantener a ultranza la paralización del trabajo” una vez que había desaparecido la situación de riesgo, por lo que desestimó el recurso contra la sentencia que declaraba procedentes los despidos de los miembros del Comité por transgresión de la buena fe contractual.

A este respecto, cabe recordar que la garantía establecida en el art. 21.4 LPRL impide que los trabajadores o sus representantes puedan sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción del acuerdo de paralización, “a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave”¹³⁷. Entendemos que, al igual que ocurriera con el ejercicio del derecho individual de paralización, el error en la apreciación del riesgo no impide el ejercicio legítimo del derecho de paralización por parte de los representantes de los trabajadores.

B. Comportamientos empresariales encuadrables en el tipo infractor del art. 13.9 TRLISOS.

Como venimos viendo, el art. 13.9 TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones empresariales que impidan “el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente”. La primera cuestión que debemos plantearnos es la de si las acciones u omisiones del empresario que impidan a los

¹³⁴ Este posterior control administrativo aparece recogido en los mismos términos en el art. 19.5 ET.

¹³⁵ En opinión de JIMÉNEZ GARCÍA, J., op. cit., pág. 179, la STS de 30 de enero de 1989 (RJ 1989/316) reconoce implícitamente que el silencio administrativo debe entenderse como consentidor de la situación de paralización “al considerar que la situación de paralización debe decaer desde el momento en que desaparece el riesgo inminente, sin que se observe ilegalidad por la continuación del veto a la actividad empresarial ante el silencio de la Autoridad Laboral”.

¹³⁶ RJ 1989/316.

¹³⁷ La decisión de los Delegados de prevención de decidir la paralización sin acreditar la imposibilidad de reunir al Comité de Empresa ha sido considerada como constitutiva de negligencia grave (y, por tanto, justificativa de la imposición de una sanción disciplinaria por parte de la empresa) por la STSJ de Cantabria de 17 de enero de 2002 (AS 599/2002).

representantes de los trabajadores la adopción de la medida preventiva de paralización son constitutivas de la infracción muy grave que estamos analizando.

La referencia del texto sancionador al “derecho de los trabajadores” podría interpretarse en el sentido de que solo es subsumible en este tipo la conducta empresarial que impide a los trabajadores el ejercicio del derecho individual de interrupción de la actividad laboral que para cada uno de ellos prevé el art. 21.2 LPRL mientras que no lo sería la que impidiese a los representantes acordar la paralización de los trabajos conforme al art. 21.3 de la ley prevencionista. Lo anterior implicaría diferenciar entre un derecho de paralización de titularidad individual (recogido en el art. 21.2 LPRL) y otro de titularidad colectiva (previsto en el art. 21.3 LPRL), tipificándose como infracción administrativa muy grave en el art. 13.9 TRLISOS, únicamente, el impedimento empresarial del ejercicio por parte de los trabajadores de su derecho individual de paralización toda vez que la dicción del citado precepto no menciona el derecho de los representantes de los trabajadores¹³⁸.

Sin embargo, entendemos que el art. 21.3 LPRL recoge una facultad de los representantes unitarios de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales¹³⁹ que, como tal, es manifestación del derecho “colectivo” de los trabajadores a participar en la empresa en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo¹⁴⁰. Así, en las situaciones de riesgo grave e inminente, este derecho de participación se concretaría en el derecho de los trabajadores de acordar la paralización de los trabajos, lo que deberán hacer a través de sus representantes. Podríamos por tanto decir que el derecho de participación se concreta en las situaciones de riesgo grave e inminente en la posibilidad de decidir colectivamente –a través de los representantes– la paralización de trabajos, de forma que si el empresario impidiese a los representantes acordar la paralización estaría vulnerando el *derecho de los trabajadores* a decidir colectivamente¹⁴¹ (no individualmente, para lo que pueden ejercer el derecho del art.

¹³⁸ Esta parece ser la interpretación de SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., op. cit., pág. 182, pues, al comentar el art. 13.9 TRLISOS, entienden que la norma sancionadora se remite expresamente al art. 21.2 LPRL

¹³⁹ A pesar de que el art. 34.2 LPRL, al recoger las competencias de la representación unitaria, se remite a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, es claro que otros textos legales recogen asimismo competencias de los Comités de empresa y Delegados de personal. Entre estos últimos habrá que incluir ahora a la propia LPRL. La paralización de trabajos como una de las competencias de los Comités de empresa o Delegados de personal en materia de seguridad y salud laboral en MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J, op. cit., pág. 230.

¹⁴⁰ Como destacan MONTOYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS, el derecho de los trabajadores a la participación en la prevención de riesgos laborales es un derecho “colectivo”, ejercido a través de sus representantes salvo en los centros o empresa en las que por lo reducido de la plantilla los trabajadores carezcan de representación y ejerzan directamente este derecho (art. 34.1 LPRL): MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J, op. cit., pág. 227.

¹⁴¹ GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR señalan que el art. 21.3 LPRL recoge el derecho de paralizar la actividad productiva que los trabajadores tienen de forma colectiva (no individual como en el supuesto del art. 21.2 LRPL), por lo que su ejercicio se concreta a través de sus representantes: GONZÁLEZ ORTEGA, S y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 142. Por su parte, GONZÁLEZ LABRADA entiende que el derecho de paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente se especifica en el art. 21 LPRL en una doble dimensión: como derecho individual del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo (apartado segundo del citado precepto) y como un derecho colectivo que se concreta en la decisión mayoritaria del órgano de representación del personal de paralizar la actividad de aquellos trabajadores que estén afectados por un riesgo grave e inminente (apartado tercero): GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 424.

21.2 LPRL) la paralización, por lo que su conducta sería constitutiva de la infracción del art. 13.9 TRLISOS¹⁴².

Como han señalado GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, esta infracción consistirá “en la conducta empresarial que busca socavar las facultades de control de los representantes de los trabajadores sobre decisiones del empresario que, tanto por acción como por omisión, creen situaciones de riesgo grave e inminente”¹⁴³

Ahora bien, tal y como se dijo anteriormente, son los Delegados de prevención quienes, conforme al art. 36 LPRL, detentan unas facultades que les permitirán controlar las decisiones empresariales generadoras de riesgos en la empresa y detectar la existencia de riesgos graves e inminentes. Detectado el riesgo, los Delegados de prevención propondrán al órgano de representación de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización (art. 36.2.g) LPRL) o, cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida a este último, lo adoptarán ellos directamente por decisión mayoritaria (art. 21.3.II LPRL). Por tanto, existiendo este tipo de riesgo en la empresa, la conducta empresarial que persiga limitar las facultades de control reconocidas a los Delegados de prevención supondrá un impedimento al ejercicio del derecho de paralización y será constitutiva de la infracción del art. 13.9 TRLISOS

Analicemos estas facultades de la representación específica de los trabajadores en materia de prevención cuya limitación empresarial puede impedir el ejercicio del derecho reconocido en el art. 21.3 LPRL.

El art. 36.2.b) LPRL establece la facultad de los Delegados de prevención de “tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones”, entre las que debemos incluir la información que el empresario debe poner a disposición de los trabajadores sometidos a un riesgo grave e inminente en cumplimiento de la obligación prevista en el art. 21.1.a) LPRL.

Si el empresario oculta, por cualquier medio, esta información a los Delegados de prevención, nos podríamos encontrar ante la infracción muy grave del apartado noveno del art. 13 TRLISOS, pues dicha información puede resultar esencial para el ejercicio del derecho de paralización si de ella se desprendiese que las medidas adoptadas por el empresario son insuficientes para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y que procede, por tanto, la propuesta de adopción del acuerdo de paralización o la propia adopción del acuerdo si la urgencia de la situación así lo requiere.

Por otra parte, la propuesta de paralización de actividades podría derivarse de la información acerca de los daños producidos en la salud de los trabajadores que, en virtud del art. 36.2.c) LPRL, el empresario debe trasladar a los Delegados. El citado precepto prevé que los Delegados podrán presentarse, aun fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias en que se produjeron los daños; circunstancias que, de poner de manifiesto la existencia de un riesgo grave e inminente,

¹⁴² Por otra parte, el art. 13.9 TRLISOS al referirse al art. 21 no lo hace concretamente a su apartado segundo. De forma mayoritaria la doctrina que ha comentado este tipo infractor ha entendido que la remisión se hace tanto al derecho individual como al colectivo de paralización: por todos, FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 235; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 299.

¹⁴³ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 299.

motivarán que los Delegados ejerciten alguna de las facultades (propuesta o adopción del acuerdo de paralización) que se le reconocen en este tipo de situaciones¹⁴⁴ y que, como venimos destacando, son esenciales para poder ejercitar el derecho colectivo de paralización.

Por tanto, en determinados supuestos, la no información por parte del empresario a los Delegados de prevención acerca de los daños producidos en la salud de los trabajadores o el impedir el acceso de aquéllos al lugar en el que se produjo el accidente puede enervar el derecho antes citado y suponer un incumplimiento constitutivo de la infracción del art. 13.9 TRLISOS.

Por último, que el empresario impida a los Delegados de prevención ejercitar la facultad –reconocida en el art. 36.2.e) LPRL– de realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control de las condiciones de trabajo puede suponer la comisión de la infracción del art. 13.9 TRLISOS en el supuesto de que esas condiciones de trabajo implicasen un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

¹⁴⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICO TOVAR, J., op. cit., pág. 234

CAPÍTULO IV: INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD.

I. INTRODUCCIÓN.

El art. 13.5 TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave del empresario en materia de prevención de riesgos laborales el incumplimiento del “deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores, en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

Se trata de una infracción administrativa que no aparecía en el catálogo de infracciones muy graves recogido en el art. 11 LISOS y que fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la LPRL (art. 48.5), como consecuencia de la preocupación de la nueva norma prevencionista de que la vigilancia de la salud de los trabajadores en la empresa se produjera sin menoscabar los derechos fundamentales de aquéllos a su intimidad y dignidad; preocupación que se refleja en la propia Exposición de Motivos de la LPRL en la que se destaca que, a la hora de llevar a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, se observe una “especial atención a la protección de la confidencialidad y el respeto a la intimidad”.

Ha señalado la doctrina que el interés de la LPRL por salvaguardar estos derechos fundamentales constituye una novedad respecto a la normativa anterior en esta materia que venía regulada en el RD 1036/1959, de 10 de junio, por el que se reorganizan los Servicios Médicos de Empresa y en la Orden de 21 de noviembre de 1959, por la que se aprueba el Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa¹ y que se centraba en la vertiente protectora de la vigilancia de la salud, “como mecanismo de la política de seguridad e higiene sin prestar mucha atención a los problemas que surgían en torno a la protección de la vida privada de los sujetos protegidos”².

Ahora bien, el reproche administrativo que se produce a través del art. 13.5 TRLISOS, no se refiere a cualquier vulneración que del derecho a la intimidad del trabajador se produzca con ocasión de la vigilancia de su salud sino, exclusivamente, a aquélla que afecta a la confidencialidad de los datos relativos a su estado de salud y que han sido obtenidos como consecuencia del cumplimiento empresarial de la obligación preventiva prevista en el art. 22 LPRL. Como veremos, otras vulneraciones del derecho a la intimidad, que se pueden producir con ocasión del cumplimiento de esta obligación de vigilancia de la salud de los trabajadores, serán subsumibles no en el tipo infractor que vamos a analizar sino en el recogido en el art. 8.11 TRLISOS.

¹ Señala PURCALLA BONILLA que el “proceso de absorción derogatoria de los Servicios Médicos de empresa, iniciado transitoriamente con la disposición derogatoria única LPRL, se consuma con la disposición adicional segunda RSP, que establece su definitiva integración en los Servicios de prevención propios de las empresas, una vez éstos se vayan constituyendo, y con la disposición derogatoria única RSP, que deroga expresamente las normas hasta la fecha ordenadoras de los SME”: PURCALLA BONILLA, M.A., “Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico”, AS (V), 1997, pág. 683.

² FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)”, REDT, n° 82, 1997, pág. 230.

El art. 13.5 TRLISOS contiene una remisión explícita al apartado cuarto del art. 22 LPRL, que recoge la regulación sustantiva del deber de confidencialidad. Por tanto, para conocer las conductas empresariales que pueden ser constitutivas del citado tipo infractor es necesario analizar los términos en los que el precepto prevencionista regula sustantivamente este deber de confidencialidad.

Tras hacer una breve referencia a la obligación de vigilancia de la salud y a la necesidad de que en su cumplimiento se respeten los derechos del trabajador a la intimidad, dignidad y confidencialidad, analizaremos la forma en la que el apartado cuarto del art. 22 LPRL regula el deber de confidencialidad, distinguiendo entre los dos documentos que prevé –resultados médicos y conclusiones que se han de hacer llegar al empresario y a otros sujetos con competencias en materia de prevención de riesgos laborales– y pronunciándonos acerca de si aquel deber es predicable respecto a ambos. A continuación, trataremos el controvertido tema de quién puede ser sujeto responsable de la infracción del art. 13.5 TRLISOS ya que, como veremos, la vulneración de la confidencialidad de los datos médicos se puede producir por parte del servicio de prevención de la empresa (propio o ajeno), surgiendo la duda de si en estos casos debe la empresa responder por dicha infracción. Por último, delimitaremos la infracción del art. 13.5 TRLISOS respecto de otras infracciones que con ocasión de la vigilancia de la salud pueden cometerse por parte de la empresa.

II. VIGILANCIA DE LA SALUD Y DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA INTIMIDAD, DIGNIDAD Y CONFIDENCIALIDAD.

El art. 22 LPRL regula la obligación empresarial de garantizar la vigilancia de la salud de los trabajadores a su servicio³. Esta obligación empresarial, como el resto de medidas de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, obedece a la necesidad de tutelar el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral (art. 15 CE) que el trabajador tiene como ciudadano⁴, si bien en el cumplimiento de esta concreta obligación preventiva están también implicados otros derechos fundamentales (dignidad, intimidad, no discriminación) que habrán de respetarse al llevar a cabo el empresario la vigilancia de la salud de los trabajadores⁵.

El art. 22 LPRL, al regular esta obligación preventiva del empresario, “muestra el difícil equilibrio resultante de la colisión entre las contrapuestas necesidades jurídicas de vigilar la salud de los trabajadores y de respetar su intimidad personal”⁶, estableciendo

³ Establece el primer párrafo del art. 22.1 LPRL que el “empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo”.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 147.

⁵ DE VICENTE PACHÉS, F., “Vigilancia de la salud y derecho a la intimidad del trabajador”, *TS*, n° 86, 1998, pág. 24. También TOLOSA TRIBIÑO destaca que, en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales y en relación con los reconocimientos médicos, se hace necesario compatibilizar el derecho a la dignidad e intimidad “con el derecho a la salud e integridad corporal de los trabajadores, derecho igualmente reconocido constitucionalmente en los arts. 15, 40 y 43 del Texto de 1978”: TOLOSA TRIBIÑO, C., “El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *RL* (II), 1997, pág. 496.

⁶ SÁNCHEZ PEGO, F.J., “La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales”, *AL* (I), 1997, pág. 20. Por su parte, DÍAZ MOLINER señala que la protección a la intimidad y el respeto a la dignidad no son sino consecuencia de lo dispuesto en una norma fundamental como es la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: DÍAZ MOLINER, R., op. cit., (Vol. I), pág. 407.

en su apartado segundo que las “medidas de vigilancia y salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”.

Estos derechos del trabajador (dignidad, intimidad y confidencialidad) que se han de respetar en el cumplimiento de la obligación preventiva regulada en el art. 22 LPRL⁷, están estrechamente relacionados entre sí.

Así, un sector de la doctrina⁸ ha destacado, siguiendo jurisprudencia constitucional (STC 231/1988, de 2 de diciembre), que el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 CE deriva de la dignidad de la persona reconocida por el art. 10.1 CE.

Por su parte, la confidencialidad queda incluida en el ámbito de la intimidad⁹, ya que la “intimidad no solo se presenta en la forma de obtener los datos relativos a la salud del trabajador, también su transmisión puede constituir un atentado al derecho fundamental del trabajador”¹⁰. Así parece reflejado en la STC 142/1993, de 22 de abril, según la cual “el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro,

⁷ El art. 22 LPRL se configura, pues, como un supuesto concreto de la eficacia horizontal que los derechos fundamentales a la dignidad e intimidad tienen en el seno de la relación jurídico laboral, debiendo tener en cuenta además la plena operatividad de normas protectoras de derechos fundamentales no específicamente laborales como la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y la propia imagen y la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Respecto a la aplicación en el ámbito laboral de la LO 1/1982, debemos tener en cuenta que la vigilancia de la salud se concretará en controles o reconocimientos médicos tendentes a determinar el estado en que se encuentra la salud del trabajador, con lo que estos reconocimientos se constituyen, por su propia naturaleza, como una forma de obtener datos relativos a la salud del trabajador, datos que pertenecen al más estricto ámbito de la intimidad, por lo que la revelación de los mismos vulnerando la confidencialidad recogida en el art. 22.4 LPRL será constitutiva no sólo de la infracción administrativa del art. 13.5 TRLISOS, sino también de la intromisión ilegítima prevista en el art. 7.4 de la LO 1/1982. Respecto a la aplicación de la Ley de Protección de Datos, se hará referencia a la misma más adelante en este trabajo.

⁸ SÁNCHEZ PEGO señala que el art. 10.1 CE “viene a considerar implícitamente que la dignidad de la persona es el derecho o concepto aglutinante” de los derechos reconocidos conjuntamente en el art. 18 del texto constitucional (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen): SÁNCHEZ PEGO, F.J. op. cit., pág. 23. En este sentido se ha afirmado que la dignidad constituye el corolario de los demás derechos reconocidos en el art. 22 LPRL: el derecho a la intimidad y el derecho a la igualdad en la práctica de las pruebas o en las consecuencias derivadas de los resultados de los exámenes de salud: PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, CES, Madrid, 2005, pág. 49. No obstante, otro sector doctrinal matiza la anterior afirmación y entiende que en el ámbito de la vigilancia de la salud, “el respeto a la dignidad del trabajador tiene sustantividad propia, ya que impide que la vigilancia de la salud pueda ser motivo de trato degradante para el trabajador. Mientras que la intimidad constituye un freno a toda agresión ilegítima en la obtención de datos, la dignidad modaliza la forma en que la vigilancia de la salud debe realizarse”: SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 226. Se muestra de acuerdo con esta última interpretación PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 700.

⁹ SÁNCHEZ PEGO, F.J. op. cit., pág. 22.

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 225.

tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la *divulgación ilegítima de esos datos*¹¹.

La protección de la intimidad se materializa en la regulación del art. 22 LPRL a través de la voluntariedad del sometimiento por parte del trabajador a los reconocimientos – establecido con excepciones en el segundo párrafo del apartado primero–, en la necesidad de que éstos sean proporcionales al riesgo –tal y como exige el tercer párrafo del art. 22.1 LPRL– y en la confidencialidad de los datos relativos a la salud del trabajador obtenidos como consecuencia de la realización de los mismos –apartado cuarto–. Por tanto, el principio de confidencialidad regulado en el art. 22.4 LPRL se constituye como una manifestación del derecho a la intimidad del trabajador¹² una vez que éste se ha sometido a los reconocimientos médicos en los que se materializa el cumplimiento empresarial de la vigilancia de la salud, habiéndose afirmado que, tal vez, “lo más definitorio de la intimidad en la regulación legal sea su conexión con el secreto y la confidencialidad”¹³.

Por lo que se refiere a la forma en que la norma prevencionista que estamos analizando articula la protección de la intimidad-dignidad y la confidencialidad, podríamos decir, con SÁNCHEZ PEGO, que, mientras que aquéllas hacen referencia a la forma y a los límites objetivos de los reconocimientos médicos, ésta se traduce en el secreto que ha de guardarse sobre los datos resultantes de ellos¹⁴. Por tanto, y como destaca el profesor PURCALLA BONILLA¹⁵, la vigilancia de la salud se circunscribe, en sus contornos obligacionales por unos límites de carácter jurídico-procedimental (atinentes a la forma de desarrollar los reconocimientos médicos) y por unos límites de carácter jurídico-sustancial (referidos al uso, utilización confidencial y posibilidad de acceso al contenido de los resultados de los reconocimientos practicados).

El apartado cuarto del art. 22 LPRL es el encargado de regular esos límites jurídico-sustanciales “que atañen a la dialéctica confidencialidad-acceso a los resultados de los reconocimientos médicos practicados”¹⁶ y cuya vulneración constituye la infracción administrativa muy grave del art. 13.5 TRLISOS. Pasemos a analizarlos.

III. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN EL ART. 22.4 LPRL Y LA INFRACCIÓN DEL ART. 13.5 TRLISOS.

Antes de empezar a analizar el apartado cuarto del art. 22 LPRL al que se remite el art. 13.5 TRLISOS, debemos destacar que no todo el contenido de aquel precepto regula el

¹¹ El subrayado es nuestro. La integración de la confidencialidad en el derecho a la intimidad es patente en el art. 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que, al regular el derecho a la intimidad, establece que toda persona “tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”. La aplicación de la Ley 41/2002 a la actividad de los servicios de prevención de las empresas se afirma en la STSJ de Castilla y León de 21 de marzo de 2005 (AS 2005/442).

¹² PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., op. cit., pág. 121.

¹³ SÁNCHEZ PEGO, F.J., op. cit., pág. 23. En este mismo sentido, DE VICENTE PACHÉS señala que la mayor preocupación en relación a la intimidad “se debe a la confidencialidad de los datos obtenidos tras la realización de esos controles médicos”: DE VICENTE PACHÉS, F., op. cit., pág. 33.

¹⁴ SÁNCHEZ PEGO, F.J., op. cit., pág. 26.

¹⁵ PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 698.

¹⁶ PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 701.

deber de confidencialidad cuya vulneración es constitutiva de la infracción administrativa ya que el párrafo primero del art. 22.4 LPRL no prevé ningún aspecto de la confidencialidad de los datos médicos sino que establece la imposibilidad de que los mismos sean usados con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador. Tal vez la razón de la ubicación sistemática de este primer párrafo se encuentre en que, como han destacado LOUSADA AROCHENA y MARTÍNEZ FONTS, el deber de confidencialidad se constituye como una importante garantía a fin de evitar la utilización discriminatoria o en perjuicio del trabajador de los resultados de los reconocimientos médicos¹⁷. En todo caso, la utilización de los datos médicos con fines discriminatorios no sería constitutiva de la infracción administrativa del art. 13.5 TRLISOS.

Por tanto, la regulación sustantiva del deber de confidencialidad al que se remite el precepto sancionador que estamos analizando se contiene en los párrafos segundo y tercero del apartado cuarto del art. 22 LPRL.

Como destaca LOUSADA AROCHENA, el art. 22.4 LPRL contiene una serie de especificaciones del deber de confidencialidad que, con carácter general es reconocido en otras normas: art. 7.4 LO 1/1982, que considera intromisión ilegítima en el ámbito del honor, la intimidad y la propia imagen, la “revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela”; art. 10 LPD, que recoge el deber de secreto del responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal; art. 10.3 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece el derecho de los pacientes respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias a la “confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en Instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público” y el ya citado art. 7 Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Concretamente, el art. 22.4 LPRL, en sus párrafos segundo y tercero, establece que:

“El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”.

Siguiendo la definición que DÍAZ MOLINER da sobre la “confidencialidad”, podemos decir que ésta consiste en el deber de mantener unos determinados datos dentro del

¹⁷ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 123; MARTÍNEZ FONTS, D., *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 98.

ámbito definido por el conocimiento de determinadas personas, más allá de las cuales no pueden ser comunicados a otras¹⁸.

Entendemos que en el caso del art. 22.4 LPRL, esos “determinados datos” vienen referidos a la “información médica de carácter personal”, a la cual únicamente tienen un acceso directo y completo¹⁹ además del propio trabajador sometido al reconocimiento médico (art. 22.3 LPRL), el personal médico y las autoridades sanitarias responsables de la vigilancia de la salud del trabajador.

Ahora bien, para que el empresario pueda cumplir la obligación de prevención de riesgos laborales en su empresa y las personas u órganos con responsabilidades en materia preventiva puedan cumplir con las funciones o competencias que les atribuye la LPRL, es necesario que estos sujetos tengan algún conocimiento acerca de los resultados de los reconocimientos médicos realizados a los trabajadores en la empresa. Para conciliar el derecho a la intimidad de los trabajadores y el correcto desempeño de las funciones preventivas de los sujetos antes citados, el art. 22.4 LPRL prevé que éstos tengan un conocimiento indirecto y limitado²⁰ de los resultados de los reconocimientos. Este conocimiento se producirá mediante un acceso a estos resultados que no será directo sino mediato, a través de las conclusiones (que habrán de referirse únicamente a la aptitud del trabajador y a la necesidad de adoptar medidas de prevención) elaboradas por el personal sanitario que haya efectuado los reconocimientos²¹.

Como vemos, en la regulación del art. 22.4 LPRL se distinguen dos tipos de documentos que aparecen con ocasión de la vigilancia de la salud de los trabajadores. Por un lado, existen unos “resultados” de los reconocimientos médicos en los que aparece la información médica de carácter personal del trabajador y, por otro, unas “conclusiones” derivadas de aquéllos en relación con la aptitud del trabajador para desempeñar la actividad laboral propia de su puesto de trabajo o con la necesidad de introducir medidas preventivas. Analizaremos a continuación el contenido de cada uno de estos documentos y los sujetos que pueden tener acceso a los mismos para posteriormente determinar si el deber de confidencialidad cuya vulneración es constitutiva de la infracción que estamos analizando se extiende a los dos tipos de documentos.

1. Los “resultados” de los reconocimientos médicos.

A. Concepto y contenido de los resultados.

Siguiendo a PEDROSA ALQUÉZAR²², podemos definir los resultados de la vigilancia de la salud como los documentos que contienen los datos personales referidos a la salud del trabajador derivados de las diferentes pruebas a las que ha sido sometido para detectar el efecto que los riesgos de su puesto de trabajo provocan en su salud.

Por lo que se refiere al contenido de estos resultados, del art. 22.4 LPRL se deriva que en los mismos se contendrá la “información médica de carácter personal” del trabajador.

¹⁸ DÍAZ MOLINER, R., op. cit., (Vol. I), pág. 543.

¹⁹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., op. cit., pág. 239.

²⁰ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., op. cit., pág. 239.

²¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 154.

²² PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. op. cit., pág. 121.

Se trataría entonces de determinar en qué consiste esa “información médica de carácter personal” a la que viene referida el deber de confidencialidad, teniendo en cuenta que la delimitación del contenido de esa información limitará el posible contenido de las “conclusiones” a las que tienen acceso el empresario y las personas u órganos con responsabilidad en materia preventiva.

Frente a un sector doctrinal que defiende una interpretación restrictiva, según la cual, la información de carácter personal sería “la atinente a aquellos datos, resultado del diagnóstico y controles médicos efectuados, que son *intrascendentes* desde el punto de vista de la salud laboral o de su incidencia en la aptitud para el desarrollo del puesto de trabajo, o, en fin, de aquéllos cuya confidencialidad *no suponga* riesgos graves e inmediatos para otros trabajadores o terceros”²³, nos alineamos con los autores que defienden que la información a la que ha de ir referida el deber de confidencialidad es la relativa a cualquier dato médico sobre el estado de salud del trabajador, tanto la que tiene que ver con el puesto de trabajo como aquélla que no pero que ha surgido de la práctica del reconocimiento médico²⁴.

La primera interpretación nos lleva a la posibilidad de que las conclusiones acerca de los resultados de los reconocimientos, que el personal sanitario ha de poner a disposición del empresario y personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención, contengan datos referidos a la salud del trabajador²⁵, mientras que la segunda supone que esas conclusiones se deberán limitar a establecer si el trabajador es o no apto para la realización de las actividades propias del puesto de trabajo y, en su caso, de cuáles son las medidas preventivas a adoptar, sin que se pueda hacer referencia en ellas a ningún dato de índole médica²⁶.

Entendemos que la interpretación aquí defendida deriva del propio art. 22.4 LPRL que, al establecer el contenido de las conclusiones, no hace referencia a la necesidad de que el personal sanitario fundamente (para lo que serían necesarios datos de carácter médico) las mismas y del art. 22.2 LPRL, según el cual, el deber de confidencialidad se referirá a “*toda* la información” relacionada con el estado de salud del trabajador. Por otra parte, la doctrina²⁷ ha fundamentado esta interpretación del deber de confidencialidad acudiendo al Convenio OIT núm. 161, de 7 de junio de 1985, sobre Servicios de Salud en el Trabajo que, a pesar de no estar ratificado por España, puede servirnos a la hora de interpretar la redacción del art. 22 LPRL, y cuyo art. 16 establece

²³ PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 703. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ MARCOS señala que, por información médica de carácter personal, “hemos de entender los datos relativos a la salud del trabajador que hubieran podido detectarse en un reconocimiento médico y que ninguna relación guardan con la actividad laboral que desempeña o el riesgo que su trabajo comporta, como defectos congénitos o enfermedades comunes, que deben quedar confinados a la esfera de intimidad del trabajador”, sin que el deber de confidencialidad afecte, por lo tanto, “a la información médica carente de este «carácter personal»...”: FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 112.

²⁴ SÁNCHEZ PEGO, F.J., op. cit., pág. 26; PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. op. cit., pág. 121.

²⁵ PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 704; FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 112.

²⁶ Cuestión distinta será que, como han destacado MONTOYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS, una radical separación entre una posible enfermedad del trabajador (cubierta por el secreto profesional) y las consecuencias laborales de ésta (susceptibles de información) “no parece que pueda mantenerse siempre y tan nítida en la práctica, pues en ocasiones la información (permitida) transparentará inevitablemente la naturaleza del estado de salud del trabajador (reservada)”: MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 83.

²⁷ SÁNCHEZ PEGO, F.J., op. cit., pág. 27; LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 124.

que la comunicación de las conclusiones que el médico ha de hacer llegar al empresario, “no deberá contener indicación alguna de índole médica”, sino sólo expresar según los casos “que el trabajador es apto para el puesto de trabajo previsto o bien especificar los tipos y las condiciones de trabajo que le están contraindicadas, temporal o permanentemente, desde el punto de vista médico”.

La posición aquí defendida es también la mantenida, aunque de manera algo crítica, por nuestra jurisprudencia. La STS de 22 de julio de 2005²⁸ estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una empresa contra la STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2004 que había declarado nulo un despido objetivo basado en la ineptitud sobrevenida del trabajador, debido a que no se le comunicó a éste la patología que tuvo en cuenta la empresa para adoptar su decisión. La empresa había basado su decisión extintiva en el dictamen que sobre la aptitud del trabajador había emitido el servicio de prevención ajeno tras la realización de un reconocimiento médico en el que se determinaba que aquél “no era apto para el desarrollo de las funciones de vigilante de seguridad, según los protocolos establecidos al amparo del real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre, por el que se regula la acreditación de la aptitud psicofísica necesaria para tener y usar armas y para prestar servicios de seguridad privada”. Entiende el TS que ya que los apartados 2 a 4 del art. 22 LPRL establecen que las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se lleven a cabo respetando «la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud», a la que sólo tienen acceso el personal médico y las autoridades sanitarias competentes, debiendo ser comunicados al trabajador los “resultados” de los reconocimientos, pero no así al empresario, que únicamente será informado «de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo...», la “empresa no pudo legalmente conocer, ni por ello relatar en la comunicación extintiva que dirigió al trabajador, los defectos físicos apreciados por el reconocimiento de salud”, estimando, por tanto, la suficiencia de la comunicación empresarial. Entiende el TS que la colisión que se produce entre el derecho fundamental del trabajador a su intimidad y el derecho, también fundamental, del mismo a la oportunidad de defensa frente a la decisión empresarial, por ello necesariamente expresiva de sus causas, “no puede resolverse prescindiendo de la terminante reserva de *toda la información médica*²⁹ que impone la Ley de Prevención de Riesgos Laborales” y que aunque tal vez “esta Ley pudo haber regulado tal reserva con criterio más flexible, puesto que no todos los datos de salud afectan de igual modo a la intimidad personal..., su expuesta literalidad terminante en la materia no permite al operador jurídico otra opción distinta de la de su estricto cumplimiento”.

En definitiva, y por lo que aquí interesa, el dictamen o conclusiones que el servicio de prevención ajeno hace llegar a la empresa se limitaba a señalar la ineptitud del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo sin que, por cumplimiento del deber de confidencialidad establecido en el art. 22 LPRL, pudiese contener ese documento dato alguno relativo al diagnóstico médico³⁰ que aparece en los “resultados” del reconocimiento.

²⁸ RJ 2006/84.

²⁹ El subrayado es nuestro.

³⁰ Que, en este caso, establecía que el trabajador presentaba una “deambulación muy discretamente inestable, no dolorosa, flexión rodilla derecha limitada a los últimos grados y crepitantes en flexo-extensión rodilla derecha”.

También nuestros Tribunales ordinarios venían recogiendo la imposibilidad de la empresa de conocer datos relativos al estado de salud del trabajador. Así, la STSJ de Castilla y León de 21 de marzo de 2005³¹ declara nulo el despido objetivo de un trabajador por vulneración del derecho a la intimidad ya que aunque el informe sanitario del servicio de prevención ajeno dirigido a la empresa como resultado de un reconocimiento médico se limitaba a “declarar apto al trabajador para el desempeño de sus tareas con dos limitaciones, relativo a la carga de pesos a brazo y elevación de las extremidades superiores”, la carta de despido se basaba “en una información adicional más detallada en poder de la empresa relativa al estado de salud y dolencias del trabajador, origen de las mismas, etc”. Entiende el Tribunal que estos datos forman parte del ámbito protegido por la intimidad personal del trabajador y que éste puede excluir legítimamente del conocimiento empresarial, por lo que existen “fundados indicios de un acceso no consentido a datos inherentes a la intimidad del trabajador y dicha información se constituye en base del acto del despido, por lo que este se habría producido vulnerando el derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 de la Constitución Española”.

Otro aspecto importante relativo al contenido de los reconocimientos médicos es el hecho de que, como ha señalado un sector doctrinal, dentro de los mismos habrá de entenderse incluidos además de los tradicionales reconocimientos médicos clínicos o sanitarios, los reconocimientos psíquicos o sociales teniendo en cuenta “la concepción tridimensional e integral actual de la salud, que es apoyada por la OMS, la OIT, la Unión Europea y subyace en nuestra Constitución”³². Esta amplia concepción del contenido de los reconocimientos médicos está siendo asumida por nuestros Tribunales. Así, en la SJS núm.4 de Sevilla de 7 de febrero de 2006³³ se afirma que, cuando la finalidad de los tests psicológicos sea la de diagnosticar desórdenes de tipo psicológico que pueda padecer el trabajador, dichos tests deberán seguir “el régimen general de reconocimientos médicos contemplado en el art. 22 LPRL, con las consiguientes limitaciones causales en su adopción, así como las impuestas en su aplicación, y en especial, las relacionadas con el principio de proporcionalidad, particularmente en la elaboración del tipo del test, con el personal habilitado para practicarlos, y en fin, con el tratamiento y *destino* de las informaciones”³⁴. La aplicación del régimen del art. 22 LPRL a los reconocimientos psicológicos también aparece en el supuesto recogido en la STSJ de Andalucía de 1 de julio de 1998³⁵ que estima la obligatoriedad de un reconocimiento médico de carácter psicológico al que ha de someterse un trabajador dado que su extravagante comportamiento “hacía razonablemente presumir distorsiones psicológicas graves”, entendiéndose aplicable, por tanto, la excepción a la voluntariedad del trabajador al sometimiento al reconocimiento médico establecida en el art. 22.1 LPRL según la cual dicho sometimiento será obligatorio cuando el estado de salud del trabajador pueda constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa.

³¹ AS 2005/442.

³² PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. op. cit., pág. 24. También en este sentido e incluyendo igualmente entre las pruebas de vigilancia de la salud además de los reconocimientos médicos clínicos o sanitarios, las pruebas psicológicas y las pruebas médico-biológicas que se conocen como *control de indicadores biológicos*, PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 683.

³³ AS 2006/1814.

³⁴ El subrayado es nuestro.

³⁵ AS 1998/ 3377.

De lo anterior se deriva que el deber de confidencialidad será aplicable a los datos que acerca de la salud psicológica del trabajador se hayan obtenido como consecuencia de la realización de reconocimientos psicológicos y que el incumplimiento de este deber será constitutivo de la infracción del art. 13.5 TRLISOS.

B. Sujetos que tienen acceso directo a los resultados.

Por lo que se refiere a los sujetos que tienen un acceso a los resultados y, por tanto, un acceso directo a la información médica de carácter personal, el art. 22.4 LPRL menciona al “personal médico” y a las “autoridades sanitarias” que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores.

Aunque el apartado cuarto del art. 22. LPRL se refiera al “personal médico”, posteriormente, el apartado sexto del propio art. 22 de la Ley establece que las medidas de vigilancia y control de la salud “se llevarán a cabo por el personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada”³⁶. Esta variedad terminológica³⁷ hay que entenderla en el sentido de que el conocimiento de la información médica de carácter personal queda reservado “al personal sanitario, no exclusivamente médico, que lleve a cabo la vigilancia de la salud”³⁸ del trabajador. Esta interpretación es acorde con el art. 37.3.f) RSP, según el cual, el personal sanitario “deberá analizar los resultados de la vigilancia de la salud de los trabajadores”.

Además, el hecho de que, como acabamos de ver, los reconocimientos y pruebas de tipo psicológico entren en el ámbito de aplicación del art. 22 LPRL implica la necesidad de, como afirma PEDROSA ALQUÉZAR, hacer una interpretación extensiva del término sanitario de forma que podamos incluir en el mismo “profesionales no médicos que pueden convertirse en un aporte imprescindible para que el trabajador goce de un adecuado bienestar psíquico y social en el trabajo, como los psicólogos y sociólogos industriales o los trabajadores sociales”³⁹.

³⁶ Por su parte, el art. 37.3.a) RSP establece que los servicios de prevención “que desarrollen funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores deberán contar con un médico especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa y un ATS/DUE de empresa, sin perjuicio de la participación de otros profesionales sanitarios con competencia técnica, formación y capacidad acreditada”.

³⁷ Como destaca SÁNCHEZ PEGO, la variedad terminológica del art. 22 LPRL (al trabajador se le comunican los “resultados” de la vigilancia de la salud; el empresario y las personas u órganos con funciones en materia de prevención son informados de las “conclusiones” de los reconocimientos; los “datos sobre la vigilancia no pueden tener uso discriminatorio; sólo el “personal médico y las autoridades sanitarias” que lleven a cabo la vigilancia tienen acceso a la “información médica personal”, pero dicha tarea ha de efectuarse por “personal sanitario”,...) resulta excesiva y poco coherente: SÁNCHEZ PEGO, F.J., op. cit., pág. 26.

³⁸ SÁNCHEZ PEGO, F.J., op. cit., pág. 26. Coincide la doctrina (por todos, GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., op. cit., pág. 309; PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 704) en destacar que el hecho de que sea personal sanitario el único que tiene acceso directo a los resultados de los reconocimientos supone un reforzamiento de la confidencialidad de los mismos en tanto estos profesionales están sujetos en el ejercicio de sus funciones a secreto profesional, que, como destaca TOLOSA TRIBIÑO, “no es tanto un derecho de determinados profesionales cuanto una garantía sobre la confidencialidad de los datos que los ciudadanos aportan o revelan a determinados profesionales”, perspectiva que, señala el autor, ha sido recogida “por el Tribunal Constitucional en su sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, al decir que «la Constitución consagra aquí lo que no es un derecho, sino un deber de ciertos profesionales»”: TOLOSA TRIBIÑO, C., op. cit., pág. 489.

³⁹ PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. op. cit., pág. 26.

Del tenor literal del art. 22.4 LPRL se desprende que los facultativos que no estén directamente implicados en el diagnóstico y tratamiento del trabajador no podrán tener acceso a la información médica del trabajador⁴⁰. En contra, parece estar la citada SJS núm. 4 de Sevilla de 7 de febrero de 2006⁴¹, al entender que el personal médico al que se refiere el segundo párrafo del art. 22.4 LPRL “no ha de interpretarse en el sentido estricto de los profesionales que hayan realizado tales controles ya que, respecto de ellos, el secreto es imposible; por el contrario, por personal médico y las autoridades sanitarias que pueden acceder a tal información hay que entender que es todo aquel que tenga competencias en la «vigilancia de la salud de los trabajadores»”. En el caso sobre el que se pronuncia esta sentencia se habían realizado unas pruebas psicológicas a un trabajador por parte de una psicóloga contratada por el servicio de prevención ajeno⁴² al que posteriormente se facilitó “el perfil de personalidad”. En nuestra opinión, esto supone una vulneración de la confidencialidad de los datos relativos a la salud psicológica del trabajador (conducta constitutiva de la infracción recogida en el art. 13.5 TRLISOS), debiéndose haber limitado la psicóloga a comunicar al servicio de prevención (y éste a su vez a la empresa) si el trabajador era o no apto para el desempeño de su actividad laboral y, en su caso, la necesidad de adoptar medidas preventivas oportunas.

Igualmente, del tenor del art. 22.4 LPRL, se deriva la imposibilidad de que el personal administrativo empleado en las unidades sanitarias junto a los facultativos tenga acceso a la información médica del trabajador⁴³. En este sentido, el art. 16 de la Ley 41/2002, al regular los usos de la historia clínica, limita el acceso a la misma como instrumento fundamental para la adecuada asistencia del paciente a los “profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente” (apartado primero), mientras que el “personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones” (apartado cuarto).

También tendrán acceso directo a la información médica del trabajador conforme al art. 22.4 LPRL, las “autoridades sanitarias”. A este respecto, debemos traer a colación el art. 21.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que, entre los aspectos que comprende la actuación sanitaria pública en el ámbito de la salud laboral incluye el de “vigilar la salud de los trabajadores para detectar precozmente e individualizar los factores de riesgo y deterioro que puedan afectar a la salud de los mismos” (letra e)) y el art. 38.1 RSP que establece que el “servicio de prevención colaborará con los servicios de atención primaria de salud y de asistencia sanitaria especializada para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de enfermedades relacionadas con el trabajo,...”.

Por último, también tendrán derecho a conocer la información médica de carácter personal, los trabajadores que se han sometido a los reconocimientos médicos, ya que los resultados de los mismos le deben ser comunicados (art. 22.3 LPRL)⁴⁴ y los sujetos que cuenten con el consentimiento expreso de aquéllos (art. 22.4 LPRL)⁴⁵.

⁴⁰ DE VICENTE PACHÉS, F., op. cit., pág. 33

⁴¹ AS 2006/1814.

⁴² Téngase en cuenta que conforme al art. 19 RSP los servicios de prevención ajenos pueden “subcontratar los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad”.

⁴³ DE VICENTE PACHÉS, F., op. cit., pág. 33.

⁴⁴ El art. 18.1 Ley 41/2002 establece que el paciente “tiene derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos

2. Las “conclusiones” derivadas de los reconocimientos médicos.

A. Concepto y contenido de las conclusiones.

En el tercer párrafo del apartado cuarto del art. 22 LPRL aparecen reguladas las “conclusiones”, que podemos definir como un documento elaborado por el personal sanitario que ha llevado a cabo los reconocimientos médicos en el cual se pronuncian acerca de la aptitud del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo y de la necesidad, en su caso, de introducir o mejorar las medidas de prevención y protección. En este documento se plasma la evaluación que el personal que ha realizado los reconocimientos médicos hace de los datos obtenidos en los mismos en relación con el trabajo que realiza el trabajador⁴⁶.

La finalidad de este documento es compatibilizar el derecho a la intimidad del trabajador con la posibilidad de que los destinatarios de estas conclusiones puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

La información que ha de contener este documento, elaborado por el personal que realizó el reconocimiento médico, se referirá únicamente a si el trabajador es o no apto para desarrollar su actividad laboral o a la necesidad de introducir medidas preventivas con el fin de asegurar la protección de la seguridad y salud del trabajador. Por tanto, y como vimos anteriormente, estas conclusiones no podrán contener datos relativos al estado de salud del trabajador⁴⁷ pues en caso contrario se estaría vulnerando la confidencialidad de la información médica de carácter personal –encontrándonos ante la infracción muy grave del art. 13.5 TRLISOS– al haber tenido acceso a la misma personas distintas de las citadas en el segundo párrafo del art. 22.4 LPRL (personal médico y autoridades sanitarias).

B. Sujetos que tienen acceso a las conclusiones.

A la información contenida en las conclusiones tendrán acceso “el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención” (art. 22.4 LPRL).

El empresario en ningún caso podrá tener acceso directo a la información médica de carácter personal toda vez que el art. 11.1 RSP, al regular la posibilidad de que el

que figuran en ella...”. Las reservas señaladas en el art. 18.3 de la citada Ley suponen que este derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica “no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas”. Respecto a los reconocimientos psicológicos, la SJS núm. 4 de Sevilla de 7 de febrero de 2006 (AS 2006/1814) reconoce el derecho del trabajador sometido a este tipo de reconocimientos a recibir una copia íntegra tanto de las hojas que contienen las preguntas que se le formularon como las hojas que contienen las respuestas dadas.

⁴⁵ Señala DÍAZ MOLINER que la autorización del trabajador para que otros sujetos tengan acceso a la información médica de carácter personal debe darse a las personas que llevan a cabo la vigilancia de la salud (y, por tanto, tienen acceso a dicha información de manera inmediata), debiera ser dada por escrito, es revocable en todo momento y al ser de carácter estrictamente personal, no puede ser sustituida por decisiones o acuerdos de tipo colectivo: DÍAZ MOLINER, R., op. cit., (Vol. I), pág. 415.

⁴⁶ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 115.

⁴⁷ Destaca SÁNCHEZ TORRES que la argumentación y fundamentación que el personal sanitario haga en estas conclusiones deberá obviar, por prescripción legal, cualquier tipo de referencia médica: SÁNCHEZ TORRES, E., op. cit., pág. 468.

empresario lleve a cabo personalmente la actividad preventiva en la empresa, prohíbe al empresario realizar por sí mismo las actividades relativas a la vigilancia de la salud, prohibición que se establece precisamente en aras de la tutela de la intimidad, la dignidad y la confidencialidad de los datos sanitarios⁴⁸. Es esta finalidad de la prohibición –preservar la confidencialidad de la información médica– la que implica que el empresario no pueda desarrollar directamente la vigilancia de la salud “ni siquiera cuando sea licenciado en medicina, diplomado en medicina de empresa o diplomado universitario en enfermería”⁴⁹.

Para determinar quienes sean las personas u órganos con responsabilidades en materia preventiva debemos partir de la finalidad de esta información que no es otra que estas personas u órganos “puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”. Funciones en materia preventiva tienen los Delegados de prevención (art. 36 LPRL), el Comité de seguridad y salud (art. 39 LPRL), la representación unitaria y los representantes sindicales (art. 34.2 LPRL), el resto de integrantes de los servicios de prevención y, en su caso, el trabajador o trabajadores designados por el empresario para ocuparse de la actividad preventiva. También tendrán acceso a las conclusiones la autoridad laboral (art. 23.1.d) LPRL) y las autoridades sanitarias (art. 23.4 LPRL).

3. El deber de confidencialidad y la infracción del art. 13.5 TRLISOS.

A. Los documentos derivados de la vigilancia de la salud, el deber de confidencialidad y el tipo infractor del art. 13.5 TRLISOS.

Una vez analizados los dos tipos de documentos que se derivan de la práctica en las empresas de los reconocimientos médicos, procede analizar si el deber de confidencialidad es extensible tanto a los resultados como a las conclusiones

Creemos que el deber de confidencialidad, entendido como el deber de mantener unos determinados datos dentro del ámbito definido por el conocimiento de determinadas personas más allá de las cuales no pueden ser comunicados a otras, se refiere únicamente a los resultados de los reconocimientos no siendo predicable respecto a las conclusiones. De esta forma, los datos protegidos mediante el “deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales” (art. 13.5 TRLISOS), son los contenidos en la información médica de carácter personal y las personas más allá de los cuales no pueden ser comunicados serían, además del trabajador sometido a reconocimiento, el personal médico y las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud.

El acceso a esta información médica por personas distintas a las que se acaban de citar supondrá una vulneración de la confidencialidad y, por tanto, una conducta constitutiva de la infracción del art. 13.5 TRLISOS.

⁴⁸ IGARTUA MIRÓ, M.T., *Manual del Servicio de Prevención*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 52.

⁴⁹ BARBANCHO TOVILLAS, F.; RIVAS VALLEJO, P.; PURCALLA BONILLA, M.A., “La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores”, *TS*, n° 99, 1999, pág. 35.

En contra de los que acaba de decirse, diversos autores hacen extensible este deber de confidencialidad a las conclusiones⁵⁰ y, por lo tanto, a los sujetos que tienen acceso a las mismas lo que, a nuestro parecer, y siguiendo a LOUSADA AROCHENA, carece de justificación. Si, como vimos, las conclusiones a las que accede el empresario y las personas u órganos con responsabilidad en materia preventiva no contienen datos médicos, no sería lógico extender el deber de confidencialidad a estos sujetos⁵¹.

El sector doctrinal⁵² que defiende la extensión de la confidencialidad a las conclusiones argumenta que la misma se establece para los Delegados de prevención en el art. 36.2.b) LPRL que, entre las competencias de estos representantes específicos de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, recoge la de tener acceso, “con las limitaciones previstas en el apartado 4 del artículo 22 de esta Ley, a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones”, reiterando inmediatamente que esta información será suministrada “de manera que se garantice el respeto de la confidencialidad”. Entendemos que este precepto no impone, como defiende este sector de la doctrina el deber de confidencialidad a los Delegados de prevención sino que reitera el deber de confidencialidad del personal sanitario establecido en el art. 22.4 de la Ley para el caso concreto de que los destinatarios de la información (conclusiones), sean los Delegados de personal.

Esta concreción del deber de confidencialidad según el destinatario de las conclusiones aparece recogida en otros preceptos de nuestra normativa prevencionista. Así, cuando la vigilancia de la salud se lleve a cabo a través de un servicio de prevención propio, el deber de confidencialidad del personal sanitario respecto del resto de miembros de dicho servicio aparece recogido en el art. 15.2 RSP, que establece que sin perjuicio de la necesaria coordinación entre los miembros del servicio, la actividad sanitaria contará para el desarrollo de su función con los medios adecuados para garantizar la confidencialidad de los datos médicos personales.

Igual previsión a la anterior se recoge en el art. 18.3 RSP para el caso de que la vigilancia de la salud esté a cargo de un servicio de prevención ajeno⁵³.

B. El deber de confidencialidad y LPD.

Los resultados y conclusiones derivados de los reconocimientos médicos suministran una serie de datos “que se documentan y están sujetos a una elaboración y, posteriormente, a un proceso de archivación y puesta a disposición para su custodia y tutela”⁵⁴. En estas fases del tratamiento de datos relativos al estado de salud de los trabajadores contenidos en los “resultados” habrá de respetarse igualmente el principio de confidencialidad, por lo que dicho tratamiento será responsabilidad del personal que practica la vigilancia de la salud toda vez que la empresa no puede disponer de estos

⁵⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C., op. cit., pág. 502; PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 704.

⁵¹ LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 125.

⁵² FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., op. cit., pág. 240; TOLOSA TRIBIÑO, C., op. cit., pág. 502 y PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 704; PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. op. cit., pág. 130.

⁵³ PEDROSA ALQUÉZAR interpreta de manera distinta estos preceptos al entender que “los miembros del servicio de prevención no encargados directamente de la vigilancia a quienes le son comunicadas las conclusiones tienen la obligación de respetar la confidencialidad de los datos relacionados con la misma por prescripción de los artículos 15.2, para los servicios de prevención propios, y 18.3, para los servicios de prevención externos, del RSP...”: PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., op. cit., págs. 131-132.

⁵⁴ PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., op. cit., pág. 137.

datos ni puede entrar en la base de datos donde estén incorporados o acceder a los ficheros manuales donde estén guardados⁵⁵.

Respecto a las “conclusiones”, el art. 23.1.d) LPRL impone al empresario la obligación de elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral la documentación relativa a las conclusiones obtenidas como consecuencia de los reconocimientos médicos a los que se hayan sometido sus trabajadores por lo que, aunque su elaboración corresponda al personal sanitario que realizó aquéllos, el empresario podrá disponer de un fichero informático o manual donde se guardarán dichas conclusiones y al que él podrá tener acceso⁵⁶.

Critica la doctrina el hecho de que el art. 22 LPRL no comprenda ninguna previsión, ni tan siquiera remisión a las reglas que deben inspirar la tutela de los datos relativos a la salud de los trabajadores frente a su tratamiento automatizado⁵⁷ ya que el “medio laboral es especialmente sensible a la posible lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores producida por el mal uso o uso incorrecto de los datos personales obrantes en los archivos informáticos –o convencionales– de la empresa”⁵⁸. Posteriormente, el RSP trata de corregir este olvido inicial de la LPRL⁵⁹, al establecer en su art.39.3 que, de efectuarse tratamiento automatizado de datos de salud o de otro tipo de datos personales, deberá hacerse conforme a la LO 5/1992. Esta remisión hay que entenderla hecha a la LPD que derogó la LO 5/1992 y cuya mayor novedad respecto a la normativa anterior consiste en haber ampliado, en consonancia con la normativa comunitaria⁶⁰, el ámbito de protección de las personas al referirse no únicamente al tratamiento automático de los datos personales sino también al manual⁶¹. En definitiva, no existe en el ámbito laboral una normativa específica sobre protección de datos personales, siendo por lo tanto de aplicación en este ámbito lo previsto, con carácter general, en la LPD.

⁵⁵ PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., op. cit., pág. 143.

⁵⁶ PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., op. cit., pág. 143.

⁵⁷ MARTÍNEZ FONS, D., op. cit., pág. 104.

⁵⁸ Esta importante incidencia que el régimen de protección de datos tiene en el ámbito laboral se derivaría, en opinión de LUJÁN ALCARAZ, de los siguientes hechos: a) las empresas están a la vanguardia en la incorporación a sus procesos productivos y de gestión de las modernas tecnologías de la información y de la comunicación, esto es, disponen de los medios necesarios para tratar informáticamente y hacer uso de todo tipo de datos, entre ellos, y de manera destacada, los relativos a la identidad y circunstancias personales de sus empleados ; b) porque el establecimiento y desarrollo de la relación laboral obliga al trabajador a suministrar a su empresa todo tipo de datos personales; c) el propio legislador viene fomentando (“mediante la aprobación de diferentes normas dirigidas a facilitar la comunicación con la administración pública mediante procedimientos telemáticos”) la informatización de las empresas en lo referente a la gestión de su personal: LUJÁN ALCARAZ, J., “Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, AS (V), 2003, pág. 136.

⁵⁹ MARTÍNEZ FONS, D., que critica, no obstante, que la remisión que contiene el art. 39.3 RSP, tenga carácter estrictamente declarativo, sin incluir “ninguna de las adaptaciones que en esta materia hubieran sido precisas”: op. cit. pág. 104.

⁶⁰ La Directiva 95/46/CE de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, extiende su ámbito de aplicación a los tratamientos no automatizados (art. 3).

⁶¹ GARCÍA NÚÑEZ-SERRANO valora muy positivamente esta ampliación del ámbito de aplicación “en lo que respecta al ámbito laboral en el que muchas empresas, sobre todo pymes, almacenan gran parte de los datos de sus trabajadores en normas o informes de papel que con la antigua regulación quedaban al margen de la ley”: GARCÍA NÚÑEZ-SERRANO, F., “La regulación sobre protección de datos personales y su incidencia en el ámbito laboral”, AS (V), 2000, pág. 1111.

La LPD considera los datos referentes a la salud como datos especialmente protegidos y establece que “sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga un ley o el afectado consienta expresamente” (art. 7.3). En los supuestos en los que resulta obligatorio para el trabajador someterse a los reconocimientos médicos, es la propia LPRL la que autoriza la obtención, tratamiento y cesión, sin necesidad de que exista un consentimiento específico del trabajador. Cuando la vigilancia de la salud sólo pueda llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, se ha entendido que éste restringe su campo de actuación al sometimiento o no a las pruebas médicas y no al posible tratamiento de datos sobre la salud que podrá efectuarse sin el consentimiento del afectado⁶².

El deber de confidencialidad establecido en el art. 22.4 LPRL es reforzado por el art.10 LPD que impone el deber de secreto profesional respecto de los datos de carácter personal al responsable del fichero y a quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de aquéllos.

A efectos de garantizar la confidencialidad de los datos de carácter personal, el art. 9 LPD establece el deber del responsable del fichero y, en su caso, del encargado del tratamiento, de adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de estos datos y eviten “su alteración, pérdida, tratamiento o *acceso no autorizado*”⁶³. Por su parte, el apartado tercero del citado precepto prevé que reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos especialmente protegido previstos en el art. 7 LPD (entre ellos, los datos relativos a la salud).

Estas medidas de seguridad aparecen reguladas en el Título VIII del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LPD⁶⁴. Según esta regulación, las medidas de seguridad que los responsables de los tratamientos o los ficheros y los encargados del tratamiento deberán implantar con independencia de cual sea su sistema de tratamiento, se clasifican en tres niveles: básico, medio y alto. Según el art. 80.3.a) RD 1720/2007, a los ficheros o tratamientos de datos referentes a la salud, les serán de aplicación, además de las medidas de nivel básico y medio, las medidas de nivel alto.

IV. EL EMPRESARIO COMO SUJETO RESPONSABLE DE LA INFRACCIÓN DEL ART.13.5 TRLISOS.

El hecho de que, como hemos visto, el deber de confidencialidad no se extienda a las conclusiones junto con la idea de que solamente el empresario puede ser el autor de la infracción que se sanciona en el art. 13.5 TRLISOS, ha llevado a un sector de la doctrina a defender que el incumplimiento por parte del personal sanitario de su deber de confidencialidad no será constitutivo de la citada infracción, resultando de esta forma

⁶² PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., op. cit., pág. 144. En este sentido debe tenerse en cuenta que conforme al art. 7.6 LPD los datos relativos a la salud pueden ser objeto de tratamiento, “cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto”.

⁶³ El subrayado es nuestro.

⁶⁴ Este RD 1720/2007 ha derogado el RD 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de las medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

la imposibilidad de sancionar al empresario en cuanto sujeto formalmente incapaz para realizar el tipo.

Así, SÁNCHEZ PEGO, partiendo de que las “infracciones administrativas que contempla la LPRL son cometidas por los empresarios, tal como resulta directamente del art. 45.1 y también del art. 42.1...”, de que “el personal sanitario que practica los reconocimientos de vigilancia de salud no se identifica con la empresa, ni siquiera aunque estuviera integrado en el servicio de prevención de la misma” y de que el deber de confidencialidad no es extensible a las conclusiones, concluye que “difícilmente puede cometer el empresario” la infracción administrativa del art. 13.5 TRLISOS⁶⁵.

En el mismo sentido, SÁNCHEZ TORRES sostiene la imposibilidad de sancionar al empresario por esta infracción administrativa, “en cuanto sujeto formalmente incapaz para realizar el tipo, salvo autorización expresa del trabajador”⁶⁶, ya que el empresario no tiene acceso a la información respecto a la cual se establece el deber de confidencialidad.

Por su parte, DÍAZ MOLINER, tras coincidir con las anteriores opiniones doctrinales en lo que se refiere a que el deber de confidencialidad no afecta a las conclusiones y que la hipotética falta de confidencialidad del personal sanitario o de otras personas que hayan tenido acceso a la información médica de carácter personal por contar con el consentimiento expreso del trabajador no será constitutiva de la infracción que sanciona el art. 13.5 TRLISOS por no poder ser estos sujetos formalmente autores de la misma, entiende, sin embargo, que la citada infracción puede ser cometida por el empresario siempre que intente acceder de forma antijurídica a la información confidencial o incumpla el deber de confidencialidad cuando con autorización del trabajador le haya sido comunicada al empresario dicha información⁶⁷.

No compartimos las anteriores opiniones doctrinales que mantienen la imposibilidad de sancionar al empresario por la infracción del art. 13.5 TRLISOS basándose en que el empresario no puede realizar la conducta típica descrita en el tipo (incumplimiento del deber de confidencialidad) al no tener acceso al documento respecto al cual se predica este deber de confidencialidad (los “resultados” de los reconocimientos médicos). El empresario, a la hora de cumplir su obligación de prevención de riesgos laborales, puede acudir a una modalidad organizativa interna –designación de trabajadores o constitución de un servicio de prevención propio–, y resulta patente que no cabe la imposición de sanciones administrativas a estos sujetos encargados de la prevención –ya que no aparecen como sujetos responsables en el art. 2 TRLISOS–, por lo que, cuando éstos sean los autores materiales de los hechos constitutivos de las diferentes infracciones tipificadas por la Ley, será el empresario quien responda por las mismas. Como destaca IGARTUA MIRÓ, la “explicación de esta responsabilidad empresarial por actos de los trabajadores designados o de los integrantes del servicio de prevención puede hallarse en el propio deber de vigilancia que pesa sobre el empresario de la adecuada actuación de los mismos, aunque en la práctica tal control en muchas ocasiones escapará de las capacidades técnicas del propio empresario”⁶⁸.

⁶⁵ SÁNCHEZ PEGO, F.J., op. cit., pág. 29.

⁶⁶ SÁNCHEZ TORRES, E., op. cit., pág. 468, nota 35.

⁶⁷ DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. II), págs. 443-444.

⁶⁸ IGARTUA MIRÓ, M.T., *Manual del Servicio ...*, op. cit., pág. 158.

Además, debemos tener en cuenta que el art. 14.4 LPRL establece que “la atribución de funciones en materia de protección y prevención a los trabajadores o Servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona”. Por tanto, el empresario que haya respondido por las infracciones cometidas por los encargados de la prevención podrá adoptar las correspondientes sanciones disciplinarias frente a tales trabajadores.

En nuestra opinión, este régimen también es aplicable en lo que respecta a la infracción del art. 13.5 TRLISOS, por lo que esta infracción se cometerá cuando los servicios médicos incumplan el deber de confidencialidad al trasladar la información reservada al empresario o a otros sujetos, siendo imputable la responsabilidad administrativa a la empresa y no a los servicios médicos⁶⁹. También se cometerá esta infracción, como ya hemos visto que señalaba DÍAZ MOLINER, en el caso de que el empresario acceda de forma antijurídica a la información confidencial o incumpla el deber de confidencialidad cuando conozca los datos médicos por contar con autorización del trabajador.

Ahora bien, la duda se plantea en el caso de que la vigilancia de la salud la lleve a cabo un servicio de prevención ajeno y sean los servicios sanitarios del mismo los que vulneren el deber de confidencialidad ya que, a diferencia de lo que ocurre con las modalidades internas de organización de la actividad preventiva (trabajadores designados y servicios de prevención propios), los servicios de prevención externos sí están sujetos en su actuación a responsabilidad administrativa. Fue la Ley 50/1998 la que modificó el art. 45.1 LPRL, en orden a entender como sujetos responsables de las infracciones administrativas no sólo al empresario sino también a “otros sujetos que, junto al empresario, intervienen en la relación de prevención con una destacada participación en las actividades en dicho ámbito”, entre los que se encuentran los servicios de prevención ajenos.

Así, el art. 2.9 TRLISOS establece que serán sujetos responsables de las infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia.

Por su parte, el art. 12.22 TRLISOS tipifica como infracción administrativa grave en materia de prevención de riesgos laborales el incumplimiento de “las obligaciones derivadas de actividades correspondiente a servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios concertados, de acuerdo con la normativa aplicable”. Por tanto, los servicios de prevención ajenos serán sancionados por el incumplimiento de las obligaciones preventivas concertadas por la empresa. En torno a esta responsabilidad administrativa de los servicios de prevención ajenos surgen algunas cuestiones:

1. ¿Pueden ser los servicios de prevención ajenos también responsables de otro tipo de infracciones que originariamente sólo eran imputables al empresario y entre las que se encontraría la descrita en el apartado 5 del art. 13 TRLISOS? La respuesta a esta cuestión ha de ser negativa en tanto que los servicios de prevención sólo responderán de las infracciones administrativas en las que

⁶⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 181.

aparecen como sujeto responsable (esto es, sólo podrán ser sancionados en virtud de los tipos infractores que los citan expresamente), siendo el empresario responsable del resto de tipos. Por tanto, los servicios de prevención responderán de sus incumplimientos a través del art. 12.22 TRLISOS⁷⁰. Cuestión distinta es que llame la atención el carácter abierto de este tipo infractor que no matiza la responsabilidad del servicio de prevención según la importancia de la obligación incumplida incluyéndose en el mismo cualquier incumplimiento de lo contratado en materia preventiva⁷¹.

2. No pudiendo ser los servicios de prevención ajenos responsables de la infracción del art. 13.5 TRLISOS, cabe preguntarnos si la vulneración por parte de sus servicios sanitarios del deber de confidencialidad será constitutiva de la infracción recogida en el art. 12.22 TRLISOS. Entendemos que la respuesta ha de ser afirmativa ya que conforme al art. 31.3.f) LPRL la vigilancia de la salud de los trabajadores es una de las “obligaciones derivadas de la actividades correspondientes a servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios concertados , de acuerdo con la normativa aplicable” (art. 12.22 TRLISOS), por lo que en cumplimiento de esta obligación estarán sometidos al deber de confidencialidad, constituyendo su vulneración una conducta encuadrable en el tipo infractor grave.
3. De lo anterior se deriva la cuestión relativa a si en los supuestos en los que el servicio de prevención ajeno sea responsable de la infracción prevista en el art. 12.22 TRLISOS por incumplimiento de sus servicios sanitarios del deber de confidencialidad habrá de responder el empresario, a su vez, por la infracción del art. 13.5 TRLISOS. Siguiendo a SALA FRANCO, entendemos que así será ya que, en virtud del ya citado art. 14.4 LPRL, la responsabilidad del servicio de prevención ajeno por incumplimiento de sus obligaciones se producirá “con independencia de la paralela responsabilidad de la empresa de la que no podrá librarse por el hecho de tener concertada la actividad preventiva con un servicio de prevención ajeno a la misma”⁷².

V. DELIMITACIÓN RESPECTO DE OTROS TIPOS ADMINISTRATIVOS

La infracción recogida en el art. 13.5 TRLISOS puede presentar problemas de concurrencia con infracciones tipificadas en otros textos normativos. Así, el art. 44.4.g) LPD tipifica como infracción muy grave la vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal (entre los que se encuentran los relativos a la salud)

⁷⁰ De opinión contraria es CALVO GALLEGO, para quien aunque la regla general será que los servicios de prevención respondan de sus incumplimientos a través del art. 12.22 TRLISOS, quedando el resto de tipos como tipos especiales de los que únicamente es responsable el empresario, existen algunos supuestos específicos, entre los que se incluiría el art.13.5 TRLISOS, en los que “será responsable el sujeto que incumpla tal deber , ya que esta confidencialidad es además, más una obligación del servicio frente a los trabajadores que frente al propio empresario”: CALVO GALLEGO, J., “La responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *TL*, nº 50, 1999, pág. 211.

⁷¹ SALA FRANCO, T., op. cit., pág. 190. En este sentido, destaca VIDA SORIA que frente a la minuciosidad de toda la Ley al tipificar infracciones, el art.12.22 TRLISOS es claramente ambiguo, lo cual “puede y debe dar lugar a objeciones en su legalidad, eficacia y constitucionalidad misma”: VIDA SORIA, J., “La situación jurídica y la responsabilidad de los Servicios de Prevención ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad”, *AL* (II), 2004, pág. 1792.

⁷² SALA FRANCO, T., op. cit., pág. 187.

Entendemos que se aplicará preferentemente el régimen sancionador del TRLISOS, al recoger un supuesto de hecho más concreto⁷³.

Cabe destacar la existencia de otros tipos infractores en materia de prevención de riesgos laborales relacionados con la vigilancia de la salud de los trabajadores. La delimitación respecto a estos otros tipos no presente ninguna dificultad en tanto no sancionan comportamientos empresariales atentatorios contra la intimidad de los trabajadores. Así, el art. 12.2 TRLISOS tipifica como infracción administrativa grave la no realización de los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa prevencionista o la no comunicación de su resultado a los trabajadores afectados. Por su parte, el art. 12.4 del texto sancionador recoge, como conducta empresarial punible, el no registrar y archivar los datos obtenidos en las evaluaciones, controles, reconocimientos, investigaciones o informes a que se refieren los arts. 16, 22 y 23 LPRL.

El derecho a la intimidad de los trabajadores en su relación laboral también es objeto de protección a través del art. 8.11 TRLISOS que tipifica, como infracción muy grave del empresario en materia de relaciones laborales, los actos “que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”. Desde luego, la vulneración del deber de confidencialidad constitutiva de la infracción del art.13.5 TRLISOS supone un acto atentatorio contra la intimidad del trabajador, si bien, como destaca FERNÁNDEZ VILLAZÓN la delimitación entre una y otra infracción no resulta excesivamente compleja pues el supuesto de hecho más concreto es el del tipo infractor en materia de prevención, “en la medida en que se refiere a la violación del derecho a la intimidad perpetrado mediante el uso de datos relativos a la salud obtenidos en el ejercicio de un deber legal de protección como es el de vigilancia”⁷⁴. En este sentido, señala CARDONA RUBERT que la infracción del art. 13.5 TRLISOS no sería sino el correlato en materia de seguridad e higiene de lo dispuesto con carácter genérico en el art. 8.11 TRLISOS, siendo fácilmente solventable el problema de concurrencia que pudiera presentarse entre estas normas al gozar el tipo infractor en materia de prevención de riesgos de la consideración de norma especial respecto a la infracción en materia de relaciones laborales, ya que aquélla ofrece “una respuesta específica para el caso en que la vulneración del derecho a la intimidad traiga su causa en el uso de datos relativos a la salud del trabajador”⁷⁵.

Ahora bien, nos parece interesante destacar que la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador por incumplimiento de las garantías previstas en el apartado primero del art. 22 LPRL, también sería constitutiva de la infracción del art. 8.11 TRLISOS. Analicemos brevemente como se articula esta protección de la intimidad.

⁷³ FERNÁNDEZ VILLAZÓN destaca que la LPD recoge otras actividades ilícitas que no entran bajo el tipo del art. 13.5 TRLISOS, como la conducta descrita en el art. 43.4. c) (tratamiento de datos relativos a la salud realizados sin consentimiento del trabajador): FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., op. cit., pág. 244.

⁷⁴ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., op. cit., pág. 243.

⁷⁵ CARDONA RUBERT, M.B., *Datos sanitarios y relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 37.

El art. 22.1 reconoce, con carácter general, la voluntariedad del sometimiento del trabajador a los reconocimientos médicos, al establecer que la vigilancia de la salud sólo podrá llevarse a cabo “cuando el trabajador preste su consentimiento”⁷⁶.

Con la exigencia del consentimiento, la LPRL protege tanto lo que se denomina la “intimidad corporal del trabajador” (posibilidad de controlar el acceso a nuestro cuerpo)⁷⁷ como el deseo del trabajador de que ciertos datos que se pueden averiguar a través de los reconocimientos no sean conocidos por terceras personas. Esta doble dimensión del derecho a la intimidad protegido por el art. 22.1 LPRL aparece en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, al establecer que el que no exista vulneración del derecho a la intimidad corporal (por tratarse de una intervención circunscrita a un examen de orina), “no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal, del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de exploración se ha obtenido (...). Esto es lo que ocurre cuando, como en el presente caso, a consecuencia de un análisis de orina se llega a la conclusión de que el trabajador había consumido drogas”.

Y es este doble carácter del derecho a la intimidad el que hace necesario que el consentimiento dado por el trabajador para someterse a los reconocimientos médicos sea un consentimiento no sólo libre y voluntario sino también informado. La citada STC 196/2004 ha señalado que no exigiéndose como requisito del consentimiento la forma escrita, ni por la LPRL ni por el texto constitucional, se puede entender otorgado el mismo cuando se verifique la voluntad real del trabajador de someterse a las pruebas médicas (en el supuesto analizado por la sentencia, mediante la entrega por parte de la trabajadora de las muestras de orina), ahora bien “desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal, lo anterior no es suficiente para considerar válido el consentimiento, ni para concluir que se respetaron los términos para los que fue otorgado”, ya que existe “un segundo aspecto a considerar: la información que debe proporcionarse al trabajador en este tipo de pruebas. En efecto, el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esa exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal (...). En segundo lugar, es preciso también un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquella forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor

⁷⁶ Esta nota de voluntariedad es “una novedad, introducida por la LPRL, respecto a toda la legislación anterior que venía a configurar a los reconocimientos médicos como obligatorios para el trabajador”: DE VICENTE PACHÉS, F., op. cit., pág. 274. Por su parte, SÁNCHEZ PEGO, destaca que lo establecido en el art. 22.1 LPRL, concuerda con el art. 2.2 LO 1/1982 “en cuanto éste excluye la ilegitimidad de las intromisiones en el ámbito íntimo de la persona cuando el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso”: SÁNCHEZ PEGO, F.J., op. cit., pág. 24.

⁷⁷ La STC 196/2004, de 15 de noviembre, destaca que “este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que la protección dispensada por el art. 18.1 CE alcanza a la intimidad personal stricto sensu, entre otros componentes, por la intimidad corporal”, cuyo ámbito “no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona”.

social de reproche o desvalorización ante la comunidad (como ocurre, con el consumo habitual de drogas)”.

Por tanto, la realización de pruebas médicas sin contar con el consentimiento del trabajador afectado o contando con un consentimiento no informado⁷⁸ constituirá una intromisión ilegítima.

Ahora bien, el art. 22.1 LPRL, tras establecer, con carácter general, la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos, pasa a recoger una serie de supuestos en los que, previo informe de los representantes de los trabajadores, se exceptuará este carácter voluntario. Así, el trabajador vendrá obligado a someterse a los reconocimientos médicos cuando: 1) la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; 2) la realización de los reconocimientos sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa; 3) cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

La doctrina ha señalado que la extensión de estos supuestos es tan amplia que lo que se presenta en la LPRL como un principio general –la necesidad del consentimiento del trabajador para que los reconocimientos puedan llevarse a cabo–, termina reducido a mera excepción⁷⁹.

Además, un sector de la doctrina había discutido la posibilidad de establecer la obligatoriedad de los reconocimientos médicos cuando de lo que se trata es de proteger al trabajador de sí mismo o de evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, ya que “la tutela de la salud no debe tener lugar en contra del propio trabajador, quien es libre de asumir riesgos para sí mismo a consecuencia de su negativa a someterse al control médico”⁸⁰. Esta postura ha sido avalada por el TC en su sentencia 196/2004, al establecer que la “obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión”.

⁷⁸ Como destaca CAVAS MARTÍNEZ, “no se puede consentir sobre algo que se desconoce o que se conoce de forma parcial”, desempeñando el deber de información médica un papel decisivo, pues trata de garantizar al trabajador el conocimiento, no sólo del alcance de su decisión, sino de los riesgos y los peligros que puede correr de no someterse al reconocimiento médico: CAVAS MARTÍNEZ, F., “Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador. A propósito de la Sentencia del TC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196)”, *AS (V)*, 2004, pág. 291.

⁷⁹ Por todos, MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 82.

⁸⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 152. En el mismo sentido, GOÑI SEIN señala que “la tutela de la salud individual no constituye circunstancia legitimante de los reconocimientos médicos obligatorios. En consecuencia, cuando el reconocimiento médico se realiza en forma de prevención de la salud del trabajador, tendrá que ser decidido por el propio trabajador porque a la postre el conflicto que se plantea entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad del propio trabajador es exclusivamente interno del propio trabajador”: GOÑI SEIN, J.L., “Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales”, *RDS*, nº 5, 1999, pág. 70.

Por lo que se refiere a la tercera excepción al carácter voluntario de los reconocimientos establecida por el art. 22.1 LPRL (“cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad”), se había negado la posibilidad de que mediante una interpretación amplia del concepto “disposición legal” se estableciese a través de la negociación colectiva la obligatoriedad de los reconocimientos médicos. Por tanto, “el convenio colectivo sólo puede colaborar con la norma estatal en la delimitación y precisión de las excepciones legales a la exigencia de consentimiento”⁸¹, pero no prever otros supuestos de obligatoriedad distintos a los recogidos por las leyes o reglamentos⁸².

También esta es la postura de la STC 196/2004, que, basándose en la función que el art. 2.2 LPRL⁸³ reserva a los convenios colectivos en materia de prevención de riesgos laborales, niega a aquéllos la posibilidad de “configurar como obligatorios reconocimientos que no lo son ex lege, ni siquiera dotarles de una caracterización contraria a las directrices de la Ley”.

Por último, destacar que el respeto a la intimidad del trabajador también exige que los reconocimientos médicos se realicen teniendo en cuenta “los riesgos inherentes al trabajo” (primer párrafo del art. 22.1 LPRL), debiendo optar el empresario por “la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo” (último párrafo del art. 22.1 LPRL). Por tanto, los reconocimientos deberán referirse a los aspectos que tengan relación con el trabajo de que se trate y con las condiciones psicofísicas requeridas para desempeñarlo⁸⁴ y el empresario deberá elegir de entre las alternativas posibles aquella que cause menos molestias al trabajador⁸⁵. La adecuación de los reconocimientos médicos a los riesgos del trabajo aparece recogida en el art. 37.3.c) RSP que establece que los “exámenes de salud incluirán en todo caso una historia clínico-laboral, en la que además de los datos de anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo, se hará constar una descripción detallada del puesto de trabajo, el tiempo de permanencia en el mismo, los riesgos detectados en el análisis de las condiciones de trabajo, y las medidas de prevención adoptadas”.

Una vez analizado el apartado primero del art. 22 LPRL, debemos concluir destacando que la realización de reconocimientos médicos vulnerando los límites que acabamos de analizar –previo consentimiento del trabajador salvo en los casos previsto en el art. 22.1 LPRL y proporcionalidad– no será constitutiva de la infracción administrativa del art. 13.5 TRLISOS sino del ilícito en materia de relaciones laborales previsto en el art. 8.11 TRLISOS. De lo anterior se deduce la mayor relevancia que la confidencialidad tiene respecto a estos otros aspectos de la intimidad del trabajador que pueden verse vulnerados con ocasión de la práctica de los reconocimientos médicos, pues el incumplimiento del deber de confidencialidad está sometido al régimen sancionador

⁸¹ GOÑI SEIN, J.L., op. cit., pág. 66. En el mismo sentido, MARTÍNEZ FONS, D., op. cit., pág. 45.

⁸² La “disposición legal” a la que se refiere el art. 22.1 LPRL, “hay que entenderla en un sentido amplio, comprensiva tanto de normas legales en sentido estricto, como de normas reglamentarias, ya que no otra cosa se desprende del artículo 6.1.f) de la LPRL que establece la regulación de los «controles médicos especiales» para los trabajos especialmente peligrosos”: GARCÍA BLASCO, J. y GÓNZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 212.

⁸³ Establece este precepto que las “disposiciones de carácter laboral contenidas en esta Ley y en sus normas reglamentarias tendrán en todo caso el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible, pudiendo ser mejoradas y desarrolladas en los convenios colectivos”.

⁸⁴ SÁNCHEZ PEGO, F.J., op. cit., pág. 27.

⁸⁵ DE VICENTE PACHÉS, F., op. cit., pág. 285.

correspondiente a la materia de prevención de riesgos laborales que, como veremos en la II Parte de este trabajo, es más severo que el propio de las infracciones en materia de relaciones laborales.

CAPÍTULO V: INFRACCIONES DE LOS EMPRESARIOS QUE CONCURREN EN UN MISMO CENTRO DE TRABAJO.

I. FALTA DE ADOPCIÓN POR PARTE DE LOS EMPRESARIOS QUE CONCURREN EN UN MISMO CENTRO DE TRABAJO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DE COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN.

1. Introducción.

El art. 13.7 TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales el no adoptar, los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, “las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”.

Estamos ante una infracción que sanciona el incumplimiento por parte de empresarios y trabajadores autónomos de la obligación prevista para ellos en el art. 24.1 LPRL que establece que, cuando “en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales” y que, a tal fin, “establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley”. Por su parte, el apartado quinto del art. 24 LPRL extiende a los trabajadores autónomos el deber de cooperación recogido en el apartado primero del citado precepto.

En su redacción original la LPRL recogió como infracción grave (art. 47.13) la no adopción por parte de los empresarios –no mencionando a los trabajadores autónomos– que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo de las medidas de coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales. El catálogo de infracciones muy graves recogido en el art. 48 LPRL no preveía infracción alguna relativa al incumplimiento de la obligación preventiva del art. 24.1.

Posteriormente, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social introdujo modificaciones en la LPRL “con el fin de cubrir los grandes vacíos de tipificación infractora en prevención de riesgos laborales que exige la transposición de Directivas comunitarias en la materia” (Exposición de Motivos). Así, adecuando la norma sancionadora a la sustantiva, el art. 47.13 se modifica incluyendo la mención como posibles sujetos infractores de los trabajadores por cuenta propia e incluyendo en el tipo objetivo de la infracción la no adopción de las medidas de cooperación. Por otra parte, se introducen nuevos tipos infractores en el art. 48 LPRL, recogiendo el nuevo apartado noveno del citado precepto una infracción muy grave por incumplimiento de la obligación del art. 24.1 LPRL, “cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”. Con la entrada en vigor del TRLISOS esta infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales pasará (con la misma redacción) a estar recogida en el art. 13.7 del citado texto sancionador.

Desde un principio, el tipo infractor que pretendemos analizar ha presentado problemas de interpretación en cuanto a la delimitación de su tipo objetivo, debido, por un lado, a la generalidad del art. 24.1 LPRL y a la dificultad de delimitar el deber de coordinación, y, por otro, a la determinación del tipo de responsabilidad prevista en el art. 13.7 TRLISOS (planteándose la duda acerca de si el incumplimiento de las obligaciones del art. 24.1 daría lugar a una responsabilidad solidaria de las empresas concurrentes o a una responsabilidad directa de cada una de las empresas infractoras).

El desarrollo reglamentario del art. 24 LPRL, llevado a cabo por el RDCA, ha arrojado algo de luz sobre estas cuestiones a las que dedicaremos los dos primeros apartados de este trabajo. Posteriormente, analizaremos la figura del trabajador autónomo como sujeto responsable de la infracción del art. 13.7 TRLISOS. La aplicación de este tipo infractor en el concreto sector de la construcción será analizado en el tercer apartado de este Capítulo.

2. El contenido del deber de cooperación.

A. Delimitación del supuesto: concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo.

El deber de cooperación que para las empresas concurrentes establece el art. 24.1 LPRL y cuyo incumplimiento es constitutivo del tipo infractor que estamos analizando, se prevé para el caso de que “en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas”. Se trata, pues, de un supuesto amplio que viene definido por un criterio locacional¹, ya que extiende su ámbito de aplicación a todas las situaciones en las que se produce la simultánea presencia física en un mismo centro de trabajo de trabajadores de varias empresas², “existan o no relaciones jurídicas” entre ellas (segundo párrafo del art. 4.1 RDCA). También entendemos que se incluye en este supuesto de hecho el desarrollo de actividades de trabajadores de distintas empresas cuando sus actividades no se producen al mismo tiempo sino de modo sucesivo ya que “las sucesivas intervenciones de los distintos colectivos de las diferentes empresas pueden ir alterando las anteriores condiciones de peligrosidad o riesgo del centro o lugar de trabajo, y ello debe ser conocido por los subsiguientes empresarios para tener conciencia en cada momento del nivel de riesgos y peligros existentes”³. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2004⁴ impone solidariamente la responsabilidad por el recargo de prestaciones a la empresa principal y al empresario contratista en un supuesto en el que el trabajador de la empresa contratista acude solo al centro de trabajo de la principal un sábado –“por estar parada la actividad productiva de la empresa principal”– a desarrollar su actividad. Entre las infracciones empresariales que motivan la imposición del recargo está la de no haber llevado a cabo las empresas “actividad alguna de coordinación para la previsión e información sobre riesgos laborales”, vulnerando la obligación establecida en el art. 24.1 LPRL.

¹ GOERLICH PESET, J.M., “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *AL* (I), 1997, pág. 128.

² MIÑARRO YANINI, M., “La prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas”, *DL*, n° 68 (Vol. II), 2003, pág. 90.

³ GARCÍA NINET, J.I., “Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (I)”, *TS*, n° 96, 1998, pág. 6, quien, a pesar de esto, opina que “no parece que la LPRL se refiera a este segundo supuesto”.

⁴ AS 2004/3551.

Por lo que se refiere a la relación existente entre las empresas que concurren en el centro de trabajo, el deber de cooperación es aplicable para los supuestos en los que “los empresarios concurrentes en el mismo centro de trabajo tienen una relación de carácter horizontal: cada empresa se encuentra en la misma posición respecto de las demás”⁵.

Ahora bien, el supuesto del art. 24.1 también abarca las situaciones previstas en los apartados segundo y tercero del art. 24 LPRL por lo que las empresas tendrán también un deber de cooperación en materia preventiva cuando exista entre ellas una relación vertical por ser una de ellas titular del centro de trabajo en el que concurren (situación prevista en el art. 24.2 LPRL) o una de ellas ostente la condición de “empresario principal” por haber contratado o subcontratado con el resto la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y que se desarrollan en el centro de trabajo de la empresa principal (situación prevista en el art. 24.3 LPRL).

Esta complementariedad y no exclusión de los diferentes supuestos recogidos en los tres primeros apartados del art. 24 LPRL, se deriva claramente del RDCA cuyo art. 6 establece que el empresario titular del centro de trabajo deberá (siempre que sus trabajadores desarrollen actividades en el centro de trabajo) además de cumplir sus obligaciones específicas, observar el deber de cooperación previsto en el art. 24.1 LPRL y desarrollado en los Capítulos II y V del RDCA.

Para el caso del empresario principal, el art. 10.1 RDCA añade a su deber de vigilar el cumplimiento por parte de las empresas contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, la obligación de cumplir las medidas referidas al deber de cooperación.

La doctrina ha destacado que la regulación de los supuestos previstos en los dos primeros apartados del art. 24 LPRL supone una importante novedad en nuestra legislación preventiva que, con anterioridad a la LPRL, se ocupaba exclusivamente del supuesto de las contratistas referidas a la propia actividad de la empresa principal. Esta novedad sería consecuencia del influjo directo de determinadas normas internacionales (art. 17 Convenio OIT núm. 155) y comunitarias (art. 6.4 Directiva 89/391/CEE)⁶.

Un primer problema interpretativo respecto al art. 24.1 LPRL se planteó a la hora de delimitar qué debía entenderse por “centro de trabajo” ya que el citado precepto no contenía una definición del mismo. La doctrina rechazó el colmar esta laguna normativa acudiendo al concepto de centro de trabajo previsto en el art. 1.5 ET⁷ basándose en razones sistemáticas (“las normas internacionales y comunitarias de las que proviene el art. 24 LPRL utilizan el más genérico concepto de «lugar de trabajo»”⁸), en la

⁵ GOERLICH PESET, J.M., quien destaca que esta relación de carácter horizontal entre las empresas puede existir cuando “carecen de toda vinculación jurídica entre ellas (relaciones estrictamente locacionales: polígonos, edificios de oficinas, etc.); pero también cuando aquella existe (relaciones asociativas interempresariales: grupos, uniones temporales de empresa, etc.): op. cit., pág. 131.

⁶ GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 128, quien destaca que la regulación anterior a la LPRL (primero el art. 153.2 OGSHT y posteriormente el art. 40.II LISOS) había abordado el problema de la seguridad y salud en las contratistas referidas a la propia actividad del empresario principal desde una perspectiva claramente represiva, atendiendo al problema de la responsabilización de los distintos empresarios implicados.

⁷ El art. 1.5 ET considera centro de trabajo a “la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”.

⁸ GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 128. En este sentido también MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 91. El art. 3.c del Convenio OIT núm. 155 establece que el “lugar de trabajo” abarca todos los sitios

inadecuación del concepto estatutario a los fines preventivos que el art. 24 LPRL persigue⁹ y en la anterior doctrina jurisprudencial¹⁰. Se optaba, por tanto, por un concepto amplio de centro de trabajo, entendido como cualquier espacio físico en el que se realiza el trabajo.

Este concepto amplio de centro de trabajo es el que recoge la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo –así, la STS de 26 de mayo de 2005 señala que “la doctrina científica y la jurisprudencia (...) vienen entendiendo que el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el art. 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión «lugar de trabajo»– y el art. 2.a) RDCA que define al centro de trabajo como “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”¹¹.

B. Medidas preventivas aplicables a estos supuestos.

a. Situación anterior al RDCA.

Respecto a las medidas preventivas que los empresarios concurrentes en un mismo centro de trabajo deban adoptar, el art. 24.1 LPRL establece, como hemos visto, que dichos empresarios tienen el deber de cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que a tal fin, “establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del art. 18 de esta Ley”.

Respecto de este deber de cooperación cabe hacer las siguientes apreciaciones:

1. Desde un primer momento la doctrina criticó el alto grado de indefinición del contenido de las obligaciones previstas en el art. 24.1 LPRL ya que este precepto “no hace referencia a las concretas medidas que hayan de ser adoptadas para que la coordinación y la información sean eficaces y la conciencia del riesgo por los

donde los trabajadores deben permanecer o donde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador.

⁹ GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 128; MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 91.

¹⁰ GOERLICH PESET destaca la STS u.d. de 18 de abril de 1992 (RJ 1992/4849) que equipara a la idea de centro de trabajo el lugar de ubicación de la línea eléctrica en el que el trabajador de una empresa contratista operaba y esto porque aunque estas líneas se encuentren en el campo y al aire libre “son sin duda instalaciones propias de la empresa (comitente), estando ésta obligada a cuidar de su adecuada conservación y buen estado, a fin de evitar cualesquiera daños o accidentes que los deterioros o desperfectos de las mismas pudieran ocasionar”, por lo que se hace responsable solidaria a la empresa principal del recargo de prestaciones por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador de la contrata. No obstante, el propio autor destaca que la “posterior doctrina de suplicación no viene acomodándose siempre a esta concepción material del centro de trabajo”: ver cita jurisprudencial en GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 129, nota 10.

¹¹ LLANO SÁNCHEZ hace una valoración positiva de este concepto dado por el texto reglamentario ya que “es sin duda el que mejor responde a las exigencias de prevención de riesgos laborales”: LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, *AL*, n° 13, 2004, pág. 1549.

trabajadores sea una realidad” llegando a afirmar que “más parece una declaración de buenas intenciones que una norma jurídica”¹².

2. Las obligaciones recogidas en el art. 24.1 LPRL difieren de las previstas en el art. 6.4 de la Directiva Marco. Así, mientras que la norma comunitaria recoge para las empresas concurrentes en un mismo lugar de trabajo cuatro obligaciones independientes –deber de cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud; deber de coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales; deber de informarse mutuamente de dichos riesgos; deber de informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes–, nuestra norma interna recoge un genérico deber de cooperar en la aplicación de la normativa preventiva para cuya consecución se prevén dos obligaciones de carácter instrumental: deber de establecer los medios de coordinación necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y deber de informar las empresas concurrentes a sus respectivos trabajadores.
3. Por lo que se refiere a los medios de coordinación, el art. 24.1 LPRL no especifica cuáles puedan ser éstos, pudiendo establecer las empresas libremente los medios que entiendan adecuados. No obstante, el art. 39.3 de la ley prevencionista prevé un específico medio de cooperación al que facultativamente pueden acudir las empresas concurrentes: “la realización de reuniones conjuntas de los Comités de seguridad y salud o, en su defecto, de los Delegados de prevención y empresarios de las empresas que carezcan de dichos Comités”.
4. Respecto al deber de información, no queda claro por el texto del precepto (“información sobre los mismos”), si la información que cada empresario concurrente ha de hacer llegar a sus respectivos trabajadores se refiere a los medios de coordinación adoptados por los empresarios o a los riesgos laborales existentes en el centro de trabajo. No obstante, la remisión al art. 18 LPRL soluciona esta duda interpretativa al obligar dicho precepto a los empresarios a informar a sus trabajadores acerca de los riesgos, de las medidas de prevención y protección (entre las que se incluirán los medios de coordinación adoptados por las empresas concurrentes) y de las medidas de emergencia.
La remisión al art. 18 LPRL también habrá de entenderse en el sentido de que la información se canalizará a través de los representantes de los trabajadores, sin perjuicio del derecho del trabajador a que se le informe directamente acerca de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos¹³.
Por último destacar que, en relación con las específicas relaciones de

¹² GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 65. Este autor, anticipándose a la modificación del art. 24 LPRL operada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, destacaba que “una referencia al reglamento hubiese tenido la virtud de establecer límites al contenido obligatorio y de ese modo, aspirar a la mejor y más concreta aplicación del mandato informativo”: op. cit., pág. 65. También destacan la generalidad y la difícil delimitación de las obligaciones recogidas en el art. 24.1 LPRL, VALVERDE ASENSIO, A.J., *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 101; MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 91.

¹³ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de prevención...”, op.cit. pág. 304.

subcontratación referidas a la propia actividad del empresario principal, los apartados 4 y 5 del art. 42 ET establecen, respectivamente, el deber de la empresa principal y de la empresa contratista o subcontratista de informar a los representantes legales de sus respectivos trabajadores acerca de las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

b. Situación tras la entrada en vigor del RDCA.

En octubre de 2002 y como consecuencia de la preocupación compartida por la Administración y los agentes sociales por los altos índices de siniestralidad laboral, se llevó a cabo un doble diálogo, social –en la Mesa de Diálogo Social en materia de Prevención de Riesgos Laborales en la que participó el Gobierno junto con las organizaciones empresariales y sindicales– e institucional –reuniones entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales–, cuyas conclusiones se concretaron en un conjunto de medidas para la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales que fueron asumidas el 30 de diciembre de 2002 como Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social sobre Prevención de Riesgos Laborales, entre el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de la Mediana y la Pequeña Empresa, Comisiones Obreras y la Unión General de Trabajadores. Estas medidas serían posteriormente refrendadas por el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud de 29 de enero de 2003.

Con el objeto de afrontar la ejecución de las medidas contenidas en el citado Acuerdo que requerían para su puesta en práctica una norma con rango de ley formal se aprobó la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. Destaca la Exposición de Motivos de esta Ley que la experiencia acumulada en los siete años transcurridos desde la entrada en vigor de la LPRL permite “constatar tanto la existencia de ciertos problemas que dificultan su aplicación, como la de determinadas insuficiencias en su contenido, que se manifiestan, en términos de accidentes de trabajo, en la subsistencia de índices de siniestralidad laboral indeseados”. El análisis de los anteriores problemas ha puesto de manifiesto, entre otras cuestiones, “una falta de adecuación de la normativa de prevención de riesgos laborales a las nuevas formas de organización del trabajo”, en especial a aquellas que se desarrollan en el marco de la descentralización productiva. Para intentar paliar esta insuficiencia de la normativa prevencionista se incorpora a la LPRL un nuevo artículo (el art. 32 bis) y una nueva disposición adicional para disponer que la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos del empresario será necesario en los supuestos en que los riesgos puedan verse agravados o modificados durante el desarrollo de los procesos y actividades, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso un control específico de la correcta aplicación de los métodos de trabajo. Además, y esto es lo más destacable en lo referente al tema que estamos tratando, la Ley 54/2003 introduce un nuevo apartado 6 en el art. 24 LPRL, en el que se establece que las obligaciones previstas en dicho precepto serán desarrolladas reglamentariamente.

En cumplimiento del mandato legal previsto en el art. 24.6 LPRL se aprobó el RDCA, que no desarrolla todos los supuestos del art. 24, sino sólo los recogidos en sus tres primeros apartados, “ya que su objetivo es abordar la concreta problemática de

seguridad y salud que plantea la circunstancia de la coincidencia en el mismo centro de trabajo de trabajadores pertenecientes a distintos empresarios”¹⁴, quedando, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la norma reglamentaria el supuesto del apartado cuarto del art. 24 LPRL, en el que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no prestan servicios en los centros de trabajo de la empresa principal.

El desarrollo del apartado primero del art. 24 LPRL se lleva a cabo en los Capítulos II (deberes de información y comunicación) y V (medios de coordinación) del RDCA. A tenor del desarrollo reglamentario del deber de cooperación previsto en el art. 24.1 LPRL, podemos decir que tal deber se concreta en un deber de información y en un deber de establecer medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales.

En la Exposición de Motivos del RDCA se destaca que en la regulación de los diferentes supuestos en los que es necesaria la coordinación de actividades empresariales se ha buscado un adecuado equilibrio entre la seguridad y salud de los trabajadores y la flexibilidad en la aplicación por las empresas de las medidas de coordinación. Este equilibrio se muestra en la regulación del supuesto previsto en el apartado primero del art. 24 LPRL en el hecho de que, para reforzar la protección de la seguridad y salud de los trabajadores de empresas concurrentes, se ha concretado el contenido del deber de cooperación, mientras que la “flexibilidad” se consigue mediante la oferta de un abanico de posibilidades que permite a los empresarios elegir los medios más adecuados para coordinar las actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales.

i. Deberes de información y comunicación.

Como destaca la Exposición de Motivos del texto reglamentario, el deber de cooperar que recoge el art. 24.1 LPRL, implica para las empresas concurrentes informarse recíprocamente sobre los riesgos específicos de tales actividades que puedan afectar a los trabajadores de las demás empresas. Respecto a este deber de información recíproca cabe destacar:

1. Este deber de información no aparece recogido expresamente en el art. 24.1 LPRL, el cual, como ya vimos, se limita a establecer un deber empresarial de informar a sus trabajadores pero no al resto de empresarios concurrentes. Ahora bien, como destaca GONZÁLEZ LABRADA, “este nuevo deber reglamentario lejos de ser una extralimitación constituye el reflejo de la obligación de información mutua que sobre los riesgos establece el art. 6.4 de la Directiva-Marco”¹⁵.
2. La información que ha de proporcionar cada empresario en cumplimiento de este deber se refiere a los riesgos propios de su actividad empresarial que pueden afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en el centro y habrá de ser “suficiente” (art. 4.2 RDCA). Por lo que se refiere a la suficiencia de la información, a la hora de interpretar este concepto indeterminado podrán actuar

¹⁴ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1547.

¹⁵ GONZÁLEZ LABRADA, M., “Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de contratación”, *RDS*, n.º 27, 2002, pág. 54.

como criterios de orientación los “objetivos de la coordinación” enumerados en el art. 3 RDCA¹⁶.

3. El hecho de que los empresarios concurrentes hayan de informarse “recíprocamente” ha sido entendido por parte de la doctrina en el sentido de que este deber de información “exige de cada empresario no sólo suministrar la información sino también requerirla”¹⁷.
4. El momento de proporcionar esta información será: “antes del inicio de las actividades, cuando se produzca un cambio en las actividades concurrentes que sea relevante a efectos preventivos y cuando se haya producido una situación de emergencia” (art. 4.2 RDCA).
5. Esta información se facilitará por escrito cuando alguna de las empresas genere riesgos calificados como graves o muy graves (art. 4.2 RDCA)¹⁸.
6. El art. 4.4 RDCA establece que esta información recíproca proporcionada por los empresarios concurrentes deberá ser tenida en cuenta por cada uno de ellos, al cumplir con sus obligaciones preventivas recogidas en el art. 16 LPRL: evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva.

Por otra parte, el empresario también deberá informar a los demás empresarios presentes en el centro de trabajo cuando, como consecuencia de los riesgos de las actividades concurrentes, se produzca un accidente de trabajo (último párrafo art. 4.2 RDCA) y comunicarles de inmediato toda situación de emergencia susceptible de afectar a la salud o la seguridad de los trabajadores de las empresas concurrentes (art. 4.3 RDCA).

Por último, el art. 4 regula, en su apartado quinto, el deber de cada empresario de informar a sus trabajadores respectivos¹⁹ de los riesgos derivados de la concurrencia de

¹⁶ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1548. Los objetivos enumerados en el art. 3 RDCA son : a) la aplicación coherente y responsable por parte de las empresas concurrentes de los principios preventivos del art. 15 LPRL; b) la aplicación correcta de los métodos de trabajo por las empresas concurrentes en el centro de trabajo; c) el control de las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo; d) la adecuación entre los riesgos existentes en el centro de trabajo y las medidas aplicadas para su prevención. PÉREZ CAPITÁN señala como mayor defecto del RDCA su ambigüedad, la cual se manifiesta, entre otros aspectos, en el uso de conceptos jurídicos indeterminados (información “suficiente”, instrucciones “suficientes y adecuadas”,...): PÉREZ CAPITÁN, L., “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, *RDS*, n° 26, 2004, pág. 50.

¹⁷ GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 55.

¹⁸ Respecto a la exigencia de forma escrita, LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ entiende que la información debería constar por escrito en todo caso: LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.P., “El Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, sobre coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales”, *Información Laboral*, n° 13, 2004, pág. Por su parte, LLANO SÁNCHEZ explica la limitación del requisito de forma escrita por “el intento de evitar que el cumplimiento de estos deberes se traduzca en la práctica en un intercambio engorroso de documentación” y destaca que para poder exigir la forma escrita con seguridad jurídica “hay que interpretar el precepto en el sentido de que la calificación sobre la gravedad del riesgo debe provenir de una norma reglamentaria”: LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1552.

¹⁹ La Exposición de Motivos RDCA establece que “el deber de cooperar se completa con la información que cada empresario ha de dar a sus respectivos trabajadores de los riesgos derivados de la concurrencia

actividades empresariales en el mismo centro de trabajo en los términos previstos en el art. 18.1 LPRL. Un sector doctrinal entiende que lo previsto en el art. 4.5 RDCA supone una importante precisión pues obliga a los empresarios a informar a sus trabajadores no sólo de los medios de coordinación (como hacía el art. 24.1 LPRL y ahora el art. 12.3 RDCA), sino también sobre los riesgos²⁰. Sin embargo, y como ya vimos anteriormente, la remisión que el art. 24.1 de la ley prevencionista hace al art. 18 del propio texto normativo debe interpretarse en el sentido de que el empresario tiene la obligación de informar a sus trabajadores sobre los riesgos, las medidas preventivas adoptadas (entre las que figurarían las medidas de coordinación establecidas junto al resto de empresarios concurrentes) y las medidas de emergencia, por lo que entendemos que el art. 4.5 RDCA no introduce una nueva obligación de información. La remisión al art. 18 LPRL que ahora hacen los art. 4.5 y 12.3 RDCA ha de interpretarse en el mismo sentido que lo hicimos al comentar el art. 24.1 LPRL.

ii. Deber de establecer los medios de coordinación.

Establece el art. 5.1 RDCA que los empresarios concurrentes en el centro de trabajo deberán, en cumplimiento de su deber de cooperación, establecer los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales que consideren necesarios y pertinentes en los términos previstos en el Capítulo V del propio texto reglamentario. El apartado segundo del art. 5 fija unos criterios que los empresarios deberán tener en cuenta a la hora de valorar la necesidad y pertinencia de los distintos medios de coordinación: a) el grado de peligrosidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo; b) el número de trabajadores de las empresas presentes en el centro de trabajo; c) la duración de la concurrencia de las actividades desarrolladas por tales empresas.

Será, por tanto, el Capítulo V RDCA el que regule el deber de establecer los medios de coordinación que, con carácter general, establecía el art. 24.1 LPRL. Como se dijo anteriormente, la Exposición de Motivos RDCA ya destaca la intención de que esta regulación sea flexible en el sentido de ofertar a los empresarios concurrentes un abanico de posibilidades entre los que escoger los medios de coordinación más adecuados y eficientes²¹.

Estos medios de coordinación han sido definidos por LLANO SÁNCHEZ como “instrumentos, de distinta naturaleza, que deben establecerse en cumplimiento del deber de cooperación y que han de permitir la consecución de los objetivos de la coordinación para la prevención de riesgos laborales marcados en el art. 3 RDCA”²².

El “abanico de posibilidades” al que se hizo referencia anteriormente aparece recogido en el art. 11 RDCA que establece una relación no exhaustiva de medios de coordinación, pudiendo ampliarse esta lista mediante la negociación colectiva, la

de actividades empresariales en el mismo centro de trabajo”, de lo que se desprende que este deber específico de información forma parte del deber de cooperar establecido en el art. 24.1 LPRL.

²⁰ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1552.

²¹ La doctrina no parece encontrar las ventajas de este régimen flexible. PÉREZ CAPITÁN, como se dijo anteriormente, destaca como principal defecto de la norma su ambigüedad, siendo el listado abierto de los diferentes medios de coordinación establecido por el art. 11 RDCA una manifestación de este defecto: PÉREZ CAPITÁN, L., op. cit., pág. 50. Por su parte, GONZÁLEZ LABRADA señala que la regulación de la “coordinación” “no sólo es expresión de la flexibilidad a la que alude la norma reglamentaria sino también de la indeterminación”: GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 54.

²² LLANO SÁNCHEZ, M., op. cit., pág. 1563.

normativa de prevención de riesgos laborales para determinados sectores y actividades o la decisión de las empresas concurrentes.

Basándose en un análisis cualitativo, PÉREZ CAPITÁN²³ clasifica los diferentes medios de coordinación que recoge el art. 11 del texto reglamentario y distingue entre unos medios que deberán ser utilizados en casi todos los supuestos de concurrencia empresarial; otros que, en un principio, serán usados por empresas de cierta entidad o empresas en las que la concurrencia es la norma habitual y, por último, unos medios de coordinación que se plantearan ante situaciones complejas en las que los riesgos son mayores.

Dentro del primer grupo se encontrarían aquellos medios que a lo largo de la norma reglamentaria ya se regulan como obligaciones específicas de cooperación –intercambio de información y comunicaciones entre las empresas concurrentes: art. 11.a); la impartición de instrucciones: art. 11.d)– o que responden al hecho lógico de que resulta difícil coordinarse sin reunirse –celebración de reuniones periódicas entre las empresas concurrentes: art. 11.b); las reuniones conjuntas de los Comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, de los empresario que carezcan de dichos Comités con los Delegados de prevención: art. 11.c)²⁴–.

En el segundo grupo se incluye un medio de coordinación que es necesario para sistematizar la actuación preventiva de las empresas que coinciden el mismo centro de trabajo: el establecimiento conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo o de procedimientos o protocolos de actuación (art. 11.e)).

Formarían parte del tercer grupo los medios de coordinación recogidos en las letras f) y g): la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las empresas concurrentes y la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas.

Respecto al medio de coordinación establecido en la letra f), debemos destacar que la Ley 54/2003 introdujo en la LPRL el art. 32 bis para disponer que la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos del empresario, cualquiera que sea la modalidad de organización de dichos recursos, será necesaria en determinados supuestos con el objeto de conseguir, tal y como destaca la Exposición de Motivos del texto legislativo, la necesaria integración de la prevención en el proceso productivo y en la línea jerárquica de la empresa y evitar cumplimientos meramente formales y no eficientes de la normativa.

Entre los supuestos en los que será obligatoria la presencia de los recursos preventivos de la empresa se encuentran aquellos en los que “los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo” (art. 32 bis.1.a)). Ahora bien, la propia Exposición de Motivos Ley 54/2003 precisa que el supuesto que acabamos de citar no se refiere a cualesquiera supuestos de concurrencia de operaciones sucesivas o simultáneas, “sino solamente aquellos que, además, hacen preciso un control específico de cómo se aplican los métodos de trabajo”.

²³ PÉREZ CAPITÁN, L., op. cit., pág. 62.

²⁴ Recordar que este medio de coordinación ya se recogía con carácter facultativo en el art. 39.3 LPRL.

Por tanto, es claro que la obligación de que estén presentes los recursos preventivos de cada empresa en el centro de trabajo (obligación del art. 32 bis) no existirá en todos los supuestos de concurrencia empresarial que regula el art. 24.1 LPRL y desarrolla el RDCA. Ahora bien, aun no existiendo esta obligación preventiva, las empresas concurrentes podrán elegir como medio de coordinación la presencia de los recursos preventivos.

Para el supuesto de que fuese obligatoria la presencia de los recursos preventivos – porque a la situación de concurrencia se añade la necesidad de controlar la correcta aplicación de los métodos de trabajo, encontrándonos, por tanto, ante el supuesto recogido en la letra *a)* del apartado primero del art. 32 bis LPRL– cada una de las empresas concurrentes deberá cumplir con dicha obligación pero además deberán establecer, en cumplimiento de lo previsto en el art. 24.1 LPRL los medios de coordinación necesarios para la prevención de riesgos laborales, no siendo preceptivo que acudan al medio previsto en la letra *f)*. Es más, aunque no coinciden totalmente, el supuesto recogido en el art. 32 bis.1.*a)* se asemeja a uno de los supuestos recogido en la letra *b)* del art. 13 RDCA en el cual el medio de coordinación previsto en el art. 11.g) RDCA –designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas– tendrá carácter preferente (siempre que exista otra más de las condiciones previstas en el art. 13.1 RDCA) respecto al resto de medios de coordinación (incluido la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos)²⁵.

Por lo que se refiere al medio de coordinación previsto en el art. 11.g) RDCA, es de destacar que es el medio al que el RDCA dedica mayor atención (dos de los cuatro artículos que contiene el Capítulo V), tal vez debido a que en realidad la figura del coordinador de las actividades preventivas constituye la “única novedad” de la lista establecida en el art. 11 RDCA²⁶.

Se trata de un medio de coordinación que, como se acaba de decir, será “preferente” en el caso de concurrir dos o más de las condiciones previstas en el art. 13.1 RDCA²⁷. Por tanto, de existir la anterior situación, las empresas concurrentes no serán libres a la hora de establecer los medios de coordinación, pues la preferencia hay que interpretarla en el

²⁵ Por tanto, discrepamos de la opinión doctrinal que defiende que la puesta en juego del medio de coordinación recogido en el art. 11.f) RDCA “no dependerá sólo de la voluntad de los empresarios concurrentes, sino que puede resultar obligatoria siempre que exista alguna de las circunstancias previstas en el art. 32 bis.1 LPRL”: LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1563.

²⁶ GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 52.

²⁷ Establece este precepto que la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas se considerará medio de coordinación preferente cuando concurren dos o más de las siguientes condiciones: a) cuando en el centro de trabajo se realicen, por una de las empresas concurrentes, actividades o procesos reglamentariamente considerados como peligrosos o con riesgos especiales; b) cuando exista una especial dificultad para controlar las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo que puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves; c) cuando exista una especial dificultad para evitar que se desarrollen en el centro de trabajo, sucesiva o simultáneamente, actividades incompatibles entre sí desde la perspectiva de la seguridad y salud de los trabajadores; d) cuando exista una especial complejidad para la coordinación de las actividades preventivas como consecuencia del número de empresas y trabajadores concurrentes, del tipo de actividades desarrolladas y de las características del centro de trabajo. Respecto a estas condiciones, señala LLANO SÁNCHEZ que sólo la prevista en el apartado a) puede determinarse con objetividad, siendo las otras tres condiciones de apreciación subjetiva: LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1565. La determinación objetiva de las condiciones del apartado a) se llevó a cabo por el RD 604/2006, de 19 de mayo, que introduce una disposición adicional undécima en el RSP en la que se recoge que, a efectos de lo previsto en el art. 13.1.a) RDCA, “se consideran actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales los incluidos en el Anexo I del presente real decreto”.

sentido de que será necesario la designación de una o más personas encargadas de la coordinación, “sin que tal preferencia impida el establecimiento de otros medios de coordinación”²⁸. Ahora bien, este carácter necesario se relativiza con lo previsto en el apartado segundo del propio art. 13 del texto reglamentario que permite que, “cuando existan razones técnicas u organizativas justificadas, la designación de una o más personas encargadas de las actividades preventivas podrá sustituirse por cualesquiera otros medios de coordinación que garanticen el cumplimiento de los objetivos a que se refiere el art. 3”²⁹.

El art. 13.3 RDCA establece que corresponderá al empresario titular del centro de trabajo, cuyos trabajadores desarrollen actividades en él, la designación de las concretas personas que han de encargarse de la coordinación³⁰. Podrán ser designados:

1. Cualquiera de los miembros de los recursos preventivos de las empresas concurrentes (uno o varios de los trabajadores designados por los empresarios; uno o varios miembros del servicio de prevención propio de las empresas; uno o varios miembros del servicio de prevención ajeno concertado por las empresas): art. 13.3. a), b) y c).
2. Uno o varios trabajadores de las empresas concurrentes que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios: art. 13.3.d).
3. Cualquier otro trabajador de la empresa titular del centro de trabajo que, por su posición en la estructura jerárquica de la empresa y por las funciones técnicas que desempeñen en relación con el proceso o los procesos de producción desarrollados en el centro, esté capacitado para la coordinación de las actividades empresariales: art. 13.3.e). Nótese que, a diferencia de los anteriores supuestos, el sujeto encargado en este caso no puede pertenecer a cualquiera de las empresas concurrentes sino que ha de ser necesariamente un trabajador de la empresa titular. En opinión de PÉREZ CAPITÁN, esta diferencia tiene un sentido claro: atribuir las funciones de coordinación a aquel sujeto que añade a sus conocimientos su posición dominante en la actividad productiva³¹.
4. Una o varias personas de empresas dedicadas a la coordinación de actividades preventivas: art.13.3.f).

El apartado cuarto del art. 13 prevé la posibilidad de que cuando en cumplimiento de lo establecido en el art. 32 bis LPRL los recursos preventivos de las empresas concurrentes deban estar presentes en el centro de trabajo, la persona o las personas a las que se

²⁸ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1566.

²⁹ GONZÁLEZ LABRADA señala que, a tenor de lo dispuesto en el art. 13.2 RDCA, el carácter preferente del medio de coordinación del art. 11.g) RDCA no podrá eludirse alegando razones económicas: GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 52.

³⁰ El reglamento no prevé el supuesto de que el empresario titular no sea empleador laboral con trabajadores en el centro, entendiéndose la doctrina que en este caso sería aplicable lo previsto en el art. 12.1 RDCA en lo que se refiere a la iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación: correspondería al empresario principal la facultad de designar a la persona o personas encargadas de la coordinación: LLANO SÁNCHEZ, M., op. cit., pág. 1566; PÉREZ CAPITÁN, L., op. cit., pág. 64.

³¹ PÉREZ CAPITÁN, L., op. cit., pág. 65.

asignó el cumplimiento de lo previsto en dicho artículo sean igualmente las encargadas de la coordinación de las actividades preventivas³².

El último párrafo del art. 13.3 establece la necesaria colaboración que deberá existir entre la persona o personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas y los recursos preventivos de los empresarios concurrentes.

Por su parte, el art. 14 RDCA establece las funciones³³ y facultades³⁴ de los coordinadores.

Una vez mencionados los diferentes medios de coordinación previstos en el RDCA, una importante cuestión a dilucidar por su trascendencia a la hora de establecer futuras responsabilidades es la de determinar quién es competente para decidir cual haya de ser el concreto medio de coordinación establecido por las empresas concurrentes. Según el art. 12.1 RDCA “los empresarios concurrentes en el centro de trabajo establecerán los medios de coordinación que consideren necesarios y pertinentes para el cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 3º”. Ahora bien, una novedad introducida por el texto reglamentario es la de reconocer al empresario titular una capacidad de iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación (segundo párrafo del art. 12.1 RDCA)³⁵.

El texto reglamentario no especifica qué facultades otorga al empresario titular esta capacidad de iniciativa pero entendemos que dicha capacidad no puede implicar la posibilidad de imponer al resto de empresarios concurrentes el concreto medio de coordinación a adoptar ya que, en virtud del art. 12.1 RDCA, el establecimiento de los medios de coordinación dependerá de la decisión conjunta de los empresarios que concurren en el mismo centro de trabajo. Creemos que el empresario titular del centro de trabajo podría, en ejercicio de su poder de iniciativa, convocar a los empresarios

³² El segundo párrafo del art. 13.4 RDCAsigna que esto sólo será posible cuando se trate de las personas previstas en los párrafos *a*) a *d*) del apartado tercero que son las personas a las que según los apartados 2 y 4 del art. 32 bis se les podrá asignar la “presencia” en el centro de trabajo. Ahora bien hay que tener en cuenta el art. 14.4 RDCA exige que la persona o personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones de nivel intermedio por lo que si la persona o personas encargadas de cumplir la obligación del art. 32 bis tienen un nivel de formación básico (que es el exigible por este precepto) no será de aplicación lo previsto en el art. 12.4 RDCA.

³³ Las funciones asignadas son las de favorecer el cumplimiento de los objetivos previstos en el art. 3, servir de cauce para el intercambio de informaciones entre las empresas concurrentes y cualesquiera otras encomendadas por el empresario titular del centro de trabajo: art. 14.1 RDCA.

³⁴ El art. 14.2 RDCA establece que, en el ejercicio de sus funciones, la persona o personas encargadas de la coordinación tendrán las siguientes facultades: conocer las informaciones que han de intercambiarse las empresas concurrentes y la documentación de carácter preventivo; acceder a cualquier zona del centro de trabajo; impartir instrucciones a las empresas concurrentes; proponer a las empresas concurrentes la adopción de medidas preventivas.

³⁵ Esta “iniciativa” corresponderá, según dicho precepto, al empresario titular del centro de trabajo siempre y cuando sus trabajadores desarrollen actividades en el centro. En caso contrario, la iniciativa corresponde al empresario principal. Con anterioridad al desarrollo reglamentario del art. 24 LPRL, la doctrina ya había señalado que uno de los elementos nucleares de la coordinación que debería haber previsto el art. 24.1 LPRL era el determinar qué empresario debía tomar la iniciativa en cuanto a convocar a los otros y que, a falta de una previsión en este sentido, el art. 24.1 debía ser interpretado “en el sentido de asignar esta función de dirección de la coordinación al titular del centro de trabajo”, ya que es este quien “posee el poder de organizar las actividades productivas realizadas en él...”: BLASCO MAYOR, A., “Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización”, *AL*, n° 35, 2002, pág. 813.

concurrentes, exhortarles a tomar una decisión, proponer el medio que él entiende adecuado pero en ningún caso decidir unilateralmente cuál haya de ser ese medio.

Por tanto, no compartimos la idea de que la capacidad de iniciativa implique para el titular del centro la obligación de garantizar que solo se inician las actividades en su centro de trabajo una vez fijados los medios de coordinación³⁶, pues esto equivaldría a hacerlo responsable en el supuesto de que no se hayan adoptado los medios de coordinación pertinentes a pesar de haber ejercido su capacidad de iniciativa (por ejemplo convocando a los empresarios concurrentes a una reunión en la que no se consiguió acordar cual debía de ser el medio de coordinación).

Por lo que se refiere al momento en que se han de establecer las medidas de coordinación, el art. 12.1 RDCA señala que será una vez recibida la información a que se refieren los Capítulos II a IV del propio texto reglamentario y antes del inicio de las actividades. Una vez establecidos, los medios de coordinación deberán actualizarse cuando no resulten adecuados para cumplir los objetivos de la coordinación (art. 12.2 RDCA)³⁷.

Por último, señalar que el art. 12.3 RDCA reitera la obligación empresarial recogida en el art. 24.1 LPRL de informar a sus trabajadores sobre los medios de coordinación establecidos en los términos previstos en el art. 18 de la ley prevencionista y especifica que si el medio de coordinación establecido fuese el de la presencia de recursos preventivos en el centro de trabajo o la designación de una o más personas encargadas de la coordinación, se facilitará a los trabajadores los datos necesarios para permitirles su identificación.

3. Infracción administrativa muy grave por incumplimiento del art. 24.1 LPRL.

A. Delimitación del tipo objetivo.

a. Situación anterior al RDCA.

Como ya se ha señalado anteriormente, el incumplimiento empresarial del art. 24.1 LPRL era encuadrable en el art. 47.13 del propio texto legislativo que tipificaba como infracción grave en materia de prevención de riesgos laborales el que los empresarios que desarrollaban actividades empresariales en un mismo centro de trabajo no adoptasen “las medidas de coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales”.

Desde un primer momento, la doctrina criticó la dificultad que suponía delimitar el tipo objetivo de esta infracción debido a que la norma primaria de referencia (art. 24.1 LPRL) no especifica en ningún momento cuáles hayan de ser esas medidas de coordinación necesarias³⁸.

³⁶ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1565.

³⁷ GONZÁLEZ LABRADA destaca que los objetivos de coordinación establecidos en el art. 3 RDCA actúan como medida de comprobación de la eficacia de los medios de coordinación adoptados por los empresarios concurrentes: GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 53.

³⁸ VALVERDE ASENSIO, quien afirma que la indefinición del contenido del deber de coordinación implica problemas acerca de “la propia admisión del tipo como tal y de su hipotética aplicación”: VALVERDE ASENSIO, A.J., op. cit., pág. 103. MIÑARRO YANINI entiende que “se trata de una infracción poco definida, al basarse en una obligación de contenido ciertamente indeterminado, pues la

No obstante, había acuerdo en que si los empresarios concurrentes no establecían medios de coordinación para la prevención de riesgos estarían incurriendo en la infracción administrativa del art. 47.13 LPRL. Una vez establecidas las medidas de coordinación necesarias, el incumplimiento por alguna de las empresas concurrentes de las concretas obligaciones que le correspondiesen en virtud del deber de coordinación sería igualmente constitutivo de la infracción que recogió en un principio el art. 47.13 LPRL y que ahora recogen los arts. 12.13 y 13.7 TRLISOS, ya que la expresión de “no adoptar” a la que hace referencia el tipo objetivo permite calificar como esta infracción tanto el no establecimiento de las medidas de coordinación por parte de los empresarios concurrentes, como el incumplimiento de un empresario concreto de las medidas ya planificadas³⁹.

Por otra parte, se entendió⁴⁰ que el incumplimiento de los empresarios concurrentes de la obligación de informar a sus respectivos trabajadores acerca de los medios de coordinación adoptados no era constitutivo de la infracción del art. 47.13 LPRL sino de la recogida en el apartado 11 del propio precepto que tipificaba como infracción grave el incumplimiento empresarial de “los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”. En efecto, el art. 24.1 LPRL establece un deber de cooperación de los empresarios concurrentes que, tal y como se viene diciendo, se desdobra en un deber de establecer medios de coordinación para la protección y prevención de riesgos laborales y un deber de cada empresario de informar a sus respectivos trabajadores acerca de estos medios. Por su parte, el tipo infractor del art. 47.13 LPRL no tipificaba como infracción el incumplimiento del deber de cooperación sino el no adoptar las medidas de coordinación –uno sólo de los aspectos del deber recogido en el art. 24.1 LPRL–, por lo que el incumplimiento del deber de información no era encuadrable en este tipo infractor, debiéndose acudir al más genérico del art. 47.11 LPRL.

Ahora bien, esta situación cambia con la entrada en vigor de la Ley 50/1998, que modifica el tipo infractor del art. 47.13 LPRL en el sentido de recoger como conducta sancionable el no adoptar “las medidas de cooperación y coordinación”. La nueva redacción dada al art. 47.13 LPRL por la Ley 50/1998, supone que la conducta empresarial de no informar a los trabajadores acerca de los medios de coordinación será constitutiva de la infracción del art. 47.13 o 48.9⁴¹ toda vez que el deber de información

LPRL no especifica las vías mediante las que ha de llevarse a efecto el deber de coordinación, correspondiendo a las empresas implicadas la determinación de las mismas: . MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 94.

³⁹ En este sentido, LLANO SÁNCHEZ entiende que a las empresas concurrentes “será posibles exigirles la responsabilidad administrativa de los arts. 12.13 y 13.7 LISOS cuando incumplan las concretas obligaciones que le corresponden y que (...) tienen como finalidad la efectiva implantación y puesta en juego de los medios de coordinación establecidos”: LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1568. De opinión contraria parece ser GOERLICH PESET cuando afirma que si las medidas de coordinación fueron ya planificadas “y sólo alguno/s de los empresarios presentes las han cumplido, las eventuales infracciones del resto ya no serán conjuntas sino individuales, debiendo ser sancionados con el conjunto de reglas de los arts. 46, 47, y 48 LPRL”: GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 139.

⁴⁰ GARCÍA PIQUERAS, M., op. cit., pág. 63.

⁴¹ Recuérdese que la Ley 50/1998 introducía nuevas infracciones muy graves en el art. 48 LPRL, entre ellas la del apartado noveno del citado precepto que tipificaba como infracción muy grave el incumplimiento de las obligaciones del art. 24.1 “cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”. Posteriormente las infracciones de los arts. 47.13 y 48.9 LPRL pasaron a estar recogidas en los arts. 12.13 y 13.7 TRLISOS.

del art. 24.1 forma parte del deber de cooperación cuya infracción ahora sí se tipifica separadamente⁴².

b. Situación tras la entrada en vigor del RDCA.

El RDCA, al desarrollar el art. 24.1 LPRL, ha venido a clarificar el tipo objetivo de la infracción que estamos analizando, especificando –en la forma que hemos analizado en el apartado primero–, en qué consiste el deber de cooperación que se impone a los empresarios concurrentes. El incumplimiento de dichos empresarios de las obligaciones de información que les impone el art. 4 RDCA, el no establecimiento de los medios de coordinación adecuados contraviniendo el art. 5.1 RDCA o la no observancia de alguno/s de los empresarios concurrentes de las medidas de coordinación establecidas (empresario que no acude a las reuniones periódicas, que no sigue los procedimientos o protocolos de actuación, que no atiende las instrucciones impartidas por el coordinador,...) será constitutivo –siempre que se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales– de la infracción del art. 13.7 TRLISOS.

B. Problemas de autoría: responsabilidad solidaria de los empresarios concurrentes o responsabilidad directa del concreto empresario infractor.

a. Situación anterior al RDCA.

Los problemas de autoría que presenta el art. 13.7 TRLISOS se refieren a la posibilidad de entender que, o bien, la infracción que estamos analizando da lugar a una responsabilidad solidaria de los empresarios concurrentes (lo que supondría imputar conjuntamente a todos los empresarios la infracción), o bien a una responsabilidad directa e independiente de las concretas empresas infractoras. Como señala LLANO SÁNCHEZ, la duda se plantea “porque no está claro si lo que quiere el legislador es establecer un único deber exigible a una pluralidad de sujetos, de tal manera que su incumplimiento constituiría una sola infracción, o si por el contrario el propio contenido del deber admite distinguir distintos elementos, distribuidos entre los distintos empresarios implicados, de modo que su incumplimiento admitiría la distinción de diferentes niveles de atribución o responsabilidad”⁴³.

Esta duda se plantea fundamentalmente respecto al incumplimiento de una de las obligaciones en que se desdobra el deber de cooperación: la de establecer los medios de coordinación. Es claro que del incumplimiento de las obligaciones de información previstas en el último párrafo del apartado segundo, en el apartado tercero y en el apartado quinto del art. 4 RDCA deberá responder directamente el empresario infractor sin que sea posible extender la responsabilidad por dicho incumplimiento al resto de empresarios concurrentes. Sin embargo, el carácter recíproco de la información –que, como hemos visto, exige de cada empresario no solo suministrarla sino también requerirla– a la que se refiere el primer párrafo del apartado segundo del art. 4 RDCA, implica que también respecto a esta concreta obligación informativa se plantee la duda acerca del carácter de la responsabilidad derivada de su incumplimiento, siéndole

⁴² MIÑARRO YANINI, por el contrario, entiende que la infracción del deber de información del art. 24.1 LPRL es encuadrable en el art. 12.8 TRLISOS: MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 94.

⁴³ LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid, 1999, pág. 311.

aplicable el criterio interpretativo que fijemos sobre el deber de establecer los medios de coordinación.

Respecto a los medios de coordinación también parece claro que una vez establecidos éstos, los empresarios que no los respeten responderán directamente de sus incumplimientos⁴⁴.

Sobre la concreta obligación del establecimiento de los medios de coordinación, un sector doctrinal defendió la responsabilidad individual de cada empresa concurrente infractora del deber de coordinación basándose en el hecho de que el legislador no establece de manera expresa la responsabilidad solidaria en los arts. 12.13 y 13.7 TRLISOS (como, por el contrario, sí hace en el art. 42.3 del propio texto legislativo), por lo que no sería aplicable la responsabilidad solidaria prevista en el art. 130.3.II LRJAP⁴⁵, que establece que serán “responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”.

Ahora bien, el acudir al art. 130.3.II LRJAP para responder si la responsabilidad derivada de la infracción del art. 13.7 TRLISOS tiene carácter solidario supone entender que el deber impuesto por el art. 24.1 LPRL tiene como finalidad el “prevenir la infracción cometida por cualquiera de los empresarios que tienen la obligación de cooperar, de tal manera que la infracción (...) sólo podrá cometerse si al mismo tiempo se están cometiendo omisiones en materia de medidas de prevención”⁴⁶, esto es, establecer que la posición de garante la puede ocupar cualquier empresario de los concurrentes en el mismo lugar de trabajo siendo atribuibles, por tanto, las obligaciones y en su caso las imputaciones de sus incumplimientos “a quien ocupe dicha posición de garante independientemente de la relación contractual con los trabajadores afectados”⁴⁷. Sin embargo, no es esta la finalidad del art. 24.1 LPRL que se limita a establecer un único deber –deber de cooperación– que es imputable a una pluralidad de sujetos, por lo que puede derivarse la imputación conjunta o solidaria a todos ellos de su incumplimiento⁴⁸.

Por tanto, para la infracción recogida en el art. 13.7 TRLISOS será de aplicación lo establecido en el art. 130.3.I LRJAP que establece que “cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se

⁴⁴ GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 138; LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 315.

⁴⁵ PÁRAMO MONTERO, P., “Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de prevención de Riesgos Laborales”, *RL* (II), 1999, pág. 232; MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 92. También defienden la responsabilidad individual y directa de cada empresario infractor, ALFONSO MELLADO, C, op. cit., pág. 113.; GARCÍA NINET, J.I., “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art.24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas (Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 279.

⁴⁶ LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 312.

⁴⁷ VALVERDE ASENSIO, A.J. op. cit., pág. 102.

⁴⁸ LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op.cit., pág. 313; VALVERDE ASENSIO, A.J. op. cit., pág. 103. Estos autores destacan que la admisión de la responsabilidad solidaria en materia administrativa sancionadora quedó establecida en la STC 76/1990, de 26 de abril.

cometan y de las sanciones que se impongan”⁴⁹. En este sentido, destaca MERCADER UGUINA que en esta línea cabe situar el Criterio 23/1999, de la Subdirección General de Asistencia Técnica de la Dirección General de la Inspección de Trabajo, que considera que el incumplimiento de las infracciones tipificadas en los arts. 12. 13 y 13.7 TRLISOS es total, debiendo responder todas las empresas inmersas en el mismo centro de trabajo solidariamente, tal y como dispone el art. 130.3 LRJAP⁵⁰.

La atribución de esta responsabilidad solidaria a los empresarios concurrentes es matizada por GOERLICH PESET al entender que si existe un empresario titular del centro de trabajo la responsabilidad administrativa le incumbe únicamente a él no siendo aplicable la regla del art. 130.3.I LRJAP. Esta interpretación se basa en el hecho de que, según el autor, las obligaciones impuestas al empresario titular por el art. 24.2 LPRL⁵¹ implican que las obligaciones de los empresarios concurrentes recogidas en el apartado primero del precepto prevencionista “se ven redimensionadas” en el sentido de que los empresarios concurrentes únicamente han de colaborar en la puesta en práctica de las medidas preventivas programadas (entre ellas, las medidas de coordinación) por el empresario titular⁵². Sin embargo, siguiendo a LLANO SÁNCHEZ, entendemos que esta conclusión presupone otorgar una condición de “coordinador” al empresario titular que de ningún modo se deduce del texto legal, “que asigna el deber a todos por igual, sin distinción alguna que permita presumir el papel protagonista del empresario titular del centro de trabajo”⁵³, por lo que de la inexistencia de medidas de coordinación se derivará en todo caso (aun existiendo un empresario titular) la responsabilidad solidaria de los empresarios concurrentes.

El criterio de que los empresarios concurrentes siguen estando obligados a establecer los medios de coordinación pertinentes aun cuando exista un empresario titular aparece recogido en resoluciones judiciales relativas a la imposición solidaria del recargo de prestaciones por incumplimiento de las obligaciones preventivas reguladas en el art. 24 LPRL. Esta imposición solidaria no se fundamenta en el art. 42.3 TRLISOS (se da, por lo tanto, en supuestos en los que la obra o servicios contratados no corresponden a la “propia actividad” del empresario principal) sino, siguiendo la doctrina del TS (STS de 18 de abril de 1992⁵⁴; STS de 16 de diciembre de 1997⁵⁵) del concepto de “empresario infractor”. Según esta doctrina, “es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e, incluso, que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste” (STS 18 de abril de 1992) por lo que en estos casos el empresario principal puede ser empresario infractor a efectos del art. 123.2 LGSS. Por tanto, lo decisivo para la imposición de la responsabilidad solidaria no es que la obra o servicio

⁴⁹ En contra de esta interpretación parece estar la STSJ de Cantabria de 8 de febrero de 2002 (JUR 2002/160512) ya que estima procedente la sanción impuesta a la empresa principal en virtud del art. 47.13 LPRL por haber incumplido su obligación de vigilancia y de coordinación al no adoptar las medidas de prevención adecuadas para que la actividad de los trabajadores de la subcontrata (trabajaban con equipos de soldadura) no afectara a los riesgos derivados de los productos (depósitos de disolvente) utilizados en la actividad de la empresa principal.

⁵⁰ MERCADER UGUINA, J.R., “El principio de culpabilidad...”, op. cit., pág. 179.

⁵¹ Como veremos a continuación, el apartado segundo del art. 24 LPRL impone al empresario titular del centro de trabajo el deber informar y dar instrucciones a los empresarios que concurren e su centro de trabajo acerca de las medidas preventivas a adoptar.

⁵² GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 135.

⁵³ LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 315.

⁵⁴ RJ 1992/4849.

⁵⁵ RJ 1997/9320.

corresponda a la propia actividad sino que “el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad” (STS 16 de diciembre de 1997).

Recientes resoluciones judiciales están fundando esta imposición solidaria de responsabilidad en el incumplimiento de las obligaciones de los art. 24.1 y 2 LPRL. Se trata de una responsabilidad en la reparación del daño causado y no de la responsabilidad solidaria que estamos analizando (art. 130.3.I LRJAP) pero lo que nos interesa de estas decisiones judiciales es que, en ocasiones, la responsabilidad de la empresa contratista se deriva del incumplimiento de la obligación del art. 24.1 y esto a pesar de que exista un empresario titular del centro de trabajo.

Así, la ya citada STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2004⁵⁶ desestima el recurso interpuesto por la empresa contratista que reclama contra la imposición solidaria de la responsabilidad por recargo de prestaciones. Pretende la recurrente eximirse de su responsabilidad basándose en que la responsabilidad en el accidente sufrido por un trabajador suyo es sólo exigible a la empresa principal que en su calidad de “titular del centro de trabajo carecía del plan de evaluación de riesgos laborales, y esto impedía a la recurrente disponer de la información e instrucciones necesarias”. Entiende sin embargo la sentencia que la empresa contratista ha infringido lo dispuesto en el art. 24 LPRL pues envía a su trabajador al centro de trabajo de la empresa principal “sin establecer sistema alguno de coordinación con la empresa titular del centro” y que si ésta carecía “de la evaluación de riesgos laborales y esto imposibilitó cualquier intento de coordinación y cooperación en esta materia, de forma que la empresa recurrente no podía disponer de las instrucciones e informaciones necesarias para que sus trabajadores desarrollasen sus tareas en aquel centro de trabajo, lo que debió de hacer era negarse a enviar al mismo a sus trabajadores hasta no disponer de estos datos”.

En el mismo sentido la STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2003⁵⁷ impone solidariamente el recargo de prestaciones y respecto a la empresa contratista (empleadora del trabajador accidentado) señala que su deber de protección “le ordenaba tomar constancia, *por haber colaborado en su establecimiento, de la existencia de coordinación entre los trabajadores de las diversas empresas*” (el subrayado es nuestro).

Como vemos, en estas decisiones judiciales se mantiene la imposición conjunta a las empresas concurrentes del deber de coordinación previsto en el art. 24.1 LPRL, sin que la existencia de un empresario titular de centro de trabajo exima al resto de empresas que desarrollan su actividad en dicho centro del cumplimiento de aquel deber. Entendemos que trasladada esta interpretación de la obligación sustantiva al ámbito administrativo sancionador supone que del incumplimiento de la misma responderán solidariamente (conforme al art. 130.3.I LRJAP) las empresas concurrentes por la infracción del art. 13.7 TRLISOS y esto a pesar de que uno de los empresarios concurrentes sea titular del centro de trabajo.

⁵⁶ AS 2004/3551.

⁵⁷ AS 2004/918.

b. Situación tras la entrada en vigor del RDCA.

El RDCA ha atribuido al empresario titular una serie de facultades que plantean la duda acerca de si suponen una variación del tipo de responsabilidad derivada de los art. 12.13 y 13.7 TRLISOS. A la luz de las funciones atribuidas por el texto reglamentario al empresario titular, en orden al establecimiento de los medios de coordinación, cabe preguntarse si ante la falta de los mismos deberá responder exclusivamente dicho empresario, admitiendo entonces que la responsabilidad solidaria por aplicación del art. 130.3.I LRJAP ha dado paso a una responsabilidad directa y exclusiva del empresario titular.

Las “facultades de coordinación” que reconoce el desarrollo reglamentario del art. 24 LPRL han sido tratadas anteriormente al analizar el Capítulo V RDCA. Recordemos que el segundo párrafo del art. 12.1 del texto reglamentario atribuía al empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollasen actividades en dicho centro la “iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación” y que, en el caso de que el medio de coordinación establecido fuese el de “designar una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas”, a él correspondería tal designación en virtud de lo establecido en el art. 13.3 RDCA. La cuestión estaría en determinar si estas atribuciones implican que, como se dijo anteriormente, al empresario titular se le reconoce a partir del desarrollo reglamentario la condición de “coordinador” de forma que solo él haya de responder administrativamente cuando no se hayan adoptado los necesarios y pertinentes medios de coordinación. En contra de alguna opinión doctrinal⁵⁸, creemos que dicho reconocimiento no se ha producido pues no cabe entender que, como consecuencia de su capacidad de iniciativa, el empresario titular del centro pueda imponer a los empresarios concurrentes un concreto medio de coordinación sino que, a tenor de los arts. 5.1 y 12.1 RDCA –son los empresarios concurrentes quienes “establecerán los medios de coordinación”–, el deber de establecer medios de coordinación sigue siendo un deber que se imputa de manera conjunta a dichos empresarios por lo que éstos deberán responder solidariamente de su incumplimiento. Entendemos que es plausible que el empresario titular haya “tomado la iniciativa” –convocando a los empresarios concurrentes a una reunión, haciendo propuestas sobre los medios de coordinación más adecuados,...– y que, pese a ello, no se hayan establecido las medidas de coordinación, iniciándose las actividades concurrentes con vulneración de lo previsto en el art. 12.1 RDCA, sin que sea posible imputar dicha infracción únicamente al empresario titular pues carece de la facultad de imponer los medios de coordinación al resto de empresarios concurrentes⁵⁹. De lo

⁵⁸ LLANO SÁNCHEZ entiende que, en virtud de la capacidad de iniciativa que el desarrollo reglamentario del art. 24 LPRL da al titular del centro de trabajo, cabe exigir a éste responsabilidad *ex* 12.13 y 13.7 TRLISOS cuando se haya iniciado la actividad en su centro sin establecerse los correspondientes medios de coordinación o cuando no se hayan revisado y actualizado aquellos medios de coordinación que se hayan manifestado como inadecuados para el cumplimiento de los objetivos de coordinación, mientras al resto de empresarios concurrentes será posible exigirles la responsabilidad administrativa de dichos artículos “cuando incumplan las concretas obligaciones que le correspondan y que (...) tienen como finalidad la efectiva implantación y puesta en juego de los medios de coordinación”: LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, *op. cit.*, pág. 1568. Creemos que esto supone una interpretación demasiado amplia de la capacidad de iniciativa del empresario titular que implica la posibilidad de imponer al resto de empresarios concurrentes cuáles hayan de ser los medios de coordinación, cuando, a tenor de lo establecido en los arts. 5.1 y 12.1 RDCA esto es algo que los empresarios concurrentes habrán de determinar conjuntamente.

⁵⁹ Un supuesto en el que sí sería posible imputar únicamente la infracción que estamos analizando al empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en él, sería aquel en el

anterior se deriva que entre las instrucciones que el empresario titular ha de transmitir al resto de empresarios concurrentes en observancia de lo establecido en el art. 8.1 RDCA y que estos últimos están obligados a cumplir (art. 9.2 RDCA) no se encuentra la relativa al establecimiento de los medios de coordinación, que, como ya hemos visto, es una decisión que los empresarios concurrentes (aun habiendo un empresario titular con trabajadores en el centro de trabajo) han de adoptar de manera conjunta (arts. 5.1 y 12.1 RDCA)⁶⁰.

C. Delimitación respecto al tipo infractor del art. 12.13 TRLISOS.

A efectos de delimitar la infracción muy grave del art. 13.7 TRLISOS respecto a la infracción grave prevista en el art. 12.13 del mismo texto normativo, tendremos en cuenta lo siguiente:

1. Ambas sancionan el incumplimiento por parte de los empresarios y trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo de sus obligaciones de coordinación en materia de prevención de riesgos laborales, siendo de aplicación el art. 13.7 TRLISOS, cuando dichos incumplimientos se produzcan en actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales. El RD 604/2006, de 19 de mayo, vino a aclarar este elemento objetivo del tipo infractor que estamos analizando, al introducir en el RSP una disposición adicional duodécima que recoge en su primer apartado, las actividades que, a efectos de lo previsto en los apartados 7 y 8.a) del art. 13 TRLISOS, han de considerarse peligrosas o con riesgos especiales⁶¹.
2. El tipo objetivo del art. 12.13 TRLISOS es más amplio al sancionar a los empresarios a que se refiere el art. 24.4 LPRL por no adoptar las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales. El supuesto de hecho previsto en el apartado cuarto del art. 24 de la ley prevencionista es, tal y como destaca el profesor FERNÁNDEZ MARCOS, nuevo en nuestra legislación⁶² y hace referencia a la contrata o subcontrata en la que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal pero deben operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por esta última. Para este supuesto el art. 24.4 establece que serán de aplicación las obligaciones consignadas en el último párrafo del art. 41

que, tras haber decidido conjuntamente los empresarios concurrentes que el medio de coordinación sea el previsto en el art. 11.g) RDCA, aquél no designase a la persona o personas encargadas de la coordinación, incumpliendo lo previsto en el art. 13.3 RDCA.

⁶⁰ De opinión contraria parece ser GONZÁLEZ LABRADA, quien se cuestiona si en el caso de que el empresario titular incumpla su deber de iniciativa es aplicable la infracción del art. 12.13 TRLISOS o la infracción del art. 12.14 TRLISOS por “el incumplimiento de dar las correspondientes instrucciones que deberían incluir dichos medios de coordinación”: GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 63.

⁶¹ Estas actividades son las incluidas en el Anexo I del RSP, “siempre que su realización concorra con alguna de las siguientes situaciones: a) una especial dificultad para controlar las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo que pueden generar riesgos calificados como graves o muy graves; b) una especial dificultad para evitar que se desarrollen en el centro de trabajo, sucesiva o simultáneamente, actividades incompatibles entre sí desde la perspectiva de la seguridad y salud de los trabajadores, c) una especial complejidad para la coordinación de actividades preventivas como consecuencia del número de empresas y trabajadores concurrentes, del tipo de actividades desarrolladas y de las características del centro de trabajo.

⁶² FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios ...*, op. cit., pág. 122.

LPRL. Esto supone que “empresario principal adopta la posición y actúa en realidad como suministrador respecto del llamado contratista o subcontratista”⁶³, debiendo por tanto proporcionarles la información necesaria para la utilización y manipulación segura de los elementos suministrados. Pero la remisión al art. 41.1 LPRL hace que también los contratistas o subcontratistas tengan obligaciones en materia de coordinación pues “deberán recabar del empresario principal” la información a la que acaba de hacerse referencia. El incumplimiento del empresario principal o de los contratistas y subcontratistas de estas obligaciones derivadas del art. 24.4 LPRL será constitutivo de la infracción del art. 12.13 TRLISOS, sin que sea posible, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales, exigirles responsabilidades en virtud del art. 13.7 TRLISOS toda vez que el supuesto de hecho previsto en esta infracción muy grave se limita al recogido en el apartado primero del art. 24 LPRL (conurrencia de trabajadores de distintas empresas en el mismo centro de trabajo).

4. El trabajador autónomo como sujeto responsable de esta infracción⁶⁴.

Cuando la LPRL excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores autónomos (art. 3.1 LPRL), lo hace sin perjuicio “de los derechos y obligaciones que puedan derivarse” para dichos trabajadores⁶⁵. Por su parte, el art. 24.5 LPRL establece que los “deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos”⁶⁶. Ahora bien, la expresión “serán de aplicación” no deja claro si lo que se pretende es imponer obligaciones o reconocer derechos a los trabajadores autónomos, es decir “si el legislador está equiparando al autónomo al resto de los empresarios a la hora de exigir los deberes preventivos, o si por el contrario, está considerando a estos trabajadores, al igual que los trabajadores por cuenta ajena, como sujetos destinatarios o receptores de las medidas de coordinación”⁶⁷.

⁶³ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios ...*, op. cit., pág. 122.

⁶⁴ Como ya se advirtió en la Capítulo I, cuando nos referimos a los trabajadores por cuenta propia como sujetos activos de las infracciones tipificadas en los apartados 7 y 8.a) del art. 13 TRLISOS, lo hacemos en el entendimiento de que aquéllos no son empleadores laborales en tanto en el momento en el que el autónomo contrate a trabajadores a su servicio adquirirá la condición de empresario y le será aplicable el régimen de obligaciones y responsabilidades en cuanto tal. En este sentido, el art. 8.8 LETA recuerda que las “disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones legales establecidas para los trabajadores autónomos con asalariados a su cargo en su condición de empresarios”,

⁶⁵ Aunque el art. 4.3.e) LETA, establece, entre los derechos individuales del trabajador autónomo en el ejercicio de su actividad profesional, el derecho a “su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo”, lo cierto es que la nueva regulación no ha supuesto el reconocimiento de los autónomos como sujetos protegidos por la normativa prevencionista, sino que “en el momento «de la verdad», en el de la fijación de garantías de efectividad del derecho social se limitará, por un lado, a dar mandatos programáticos a las AAPP para que sean ellas las que asuman la formación preventiva de estos sujetos –la prevención de los autónomos como deber público–, por otro, a reiterar, con alguna precisión de calado menor, las normas ya existentes sobre los deberes de prevención de riesgos en situaciones de concurrencia empresarial”: MOLINA NAVARRETE, C., “Trabajadores en la frontera; comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 295, 2007, pág. 95

⁶⁶ Como destaca GARCÍA MURCIA, este precepto refleja que la “atención que nuestra normativa de seguridad y salud en el trabajo presta a los trabajadores autónomos está, de alguna manera, sesgada”, en el sentido de que “no importa –podríamos decir– el trabajador en sí mismo considerado, sino su participación en un proceso que puede generar riesgos laborales para otros y, en especial, para los trabajadores asalariados implicados en la actividad empresarial correspondiente”: GARCÍA MURCIA, J., “Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo”, *RL* (I), 2000, pág. 523.

⁶⁷ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1571.: GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 130.

Aunque la mayoría de la doctrina entendió que el art. 24.5 LPRL suponía extender las obligaciones de los dos primeros apartados al autónomo, no faltaron opiniones doctrinales que interpretaron dicho precepto en el sentido de que los trabajadores autónomos eran beneficiarios de las políticas preventivas coordinadas y no venían obligados a su establecimiento.

La modificación del art. 47.13 LPRL operada por la Ley 50/1998 en orden a introducir como posible sujeto infractor a los trabajadores por cuenta propia determinó que el art. 24.5 LPRL debiera interpretarse en el sentido de que el trabajador autónomo está obligado a cumplir con los deberes impuestos en los dos primeros apartados.

Centrándonos en las obligaciones recogidas en el art. 24.1 LPRL, el segundo párrafo del art. 4.1 RDCA establece que el “deber de cooperación será de aplicación a todas las empresas y trabajadores autónomos concurrentes en el centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre ellos”. Por lo que se refiere a los deberes previstos en el art. 4 del texto reglamentario, no todos habrán de observarse por el trabajador por cuenta propia ya que los apartados 4 y 5 sólo son de aplicación a los empleadores laborales.

En cuanto a los medios de coordinación, el trabajador autónomo establecerá, junto con el resto de obligados, cuáles hayan de ser éstos y una vez establecidos deberán tomar las concretas medidas necesarias para su implantación (acudir a las reuniones periódicas, obedecer las órdenes del coordinador, ...).

El trabajador autónomo que no observe las anteriores obligaciones responderá administrativamente a través de los tipos infractores de los arts. 12.13 o 13.7 TRLISOS que, como ya hemos destacado, lo citan como posible sujeto infractor.

Ahora bien, como consecuencia de los tres primeros apartados del art. 4 RDCA, el trabajador autónomo no sólo tiene obligaciones sino que también tiene el derecho a que los empresarios concurrentes le informen acerca de los riesgos específicos de sus actividades empresariales y le comuniquen las situaciones de emergencia⁶⁸. Por tanto, el trabajador autónomo se configura no sólo como sujeto obligado sino también como sujeto protegido por el régimen normativo que regula la concurrencia empresarial. Esta consideración del trabajador por cuenta propia como sujeto protegido, se deriva, tal y como ha destacado MARTÍNEZ BARROSO, de una situación en la que aquél “presta servicios en un ámbito en el que concurren varias empresas y en el que están presentes riesgos derivados de la actividad que éstas realizan. El autónomo puede verse afectado por esos riesgos que escapan a su control, en los que no puede intervenir, como en cambio sí sucede con los de su propia labor. En esta situación (de dependencia singular y de pérdida o atenuación del control sobre el propio trabajo) es en el que la LPRL concede una cierta tutela”⁶⁹ a los trabajadores por cuenta propia.

Debe entenderse, pues, que los incumplimientos de los empresarios concurrentes de sus deberes de coordinación respecto a los trabajadores por cuenta propia que desarrollan su

⁶⁸ Cabe aquí recordar que art. 8.7 LETA ha reconocido el derecho del trabajador autónomo “a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud”.

⁶⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “La prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 285, 2006, pág. 33.

trabajo en el mismo centro de trabajo serán constitutivos de la infracción del art. 13.7 TRLISOS.

Por último, destacar que el art. 8.3 LETA se limita a reiterar las normas ya existentes sobre los deberes de prevención de riesgos en situaciones de concurrencia empresarial⁷⁰, cuando establece que en el supuesto de que en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores autónomos y trabajadores de otra u otras empresas, serán de aplicación para todos ellos los deberes de cooperación previstos en el art. 24.1 LPRL.

II. INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO TITULAR DEL CENTRO DE TRABAJO DE SUS OBLIGACIONES PREVENTIVAS.

1. Introducción.

El art. 13.8 TRLISOS, tras la redacción dada por la Ley 54/2003, comprende dos infracciones administrativas muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

En su primer párrafo sanciona la conducta empresarial consistente en “no adoptar el promotor o el empresario titular del centro de trabajo, las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en la forma y con el contenido y alcance establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”. Por su parte, el segundo párrafo del art. 13.8 TRLISOS tipifica como infracción muy grave en materia preventiva, “la falta de presencia de recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”.

Aunque recogidas sistemáticamente en el mismo apartado del art. 13 TRLISOS, es de destacar que las dos infracciones citadas no están vinculadas entre sí. La primera hace referencia a una obligación preventiva que surge para el empresario titular de un centro de trabajo cuando en el mismo van a desarrollar actividades otros empresarios, esto es, una obligación que surge exclusivamente cuando se da una concurrencia empresarial en el mismo centro de trabajo. Por el contrario, la infracción recogida en el párrafo segundo del apartado octavo del art. 13 TRLISOS se refiere a una obligación que no pretende coordinar las actividades preventivas en supuestos de concurrencia empresarial sino la integración de la materia preventiva en la gestión de las empresas cuando realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales. Para que surja esta última obligación no es preciso que varias empresas estén actuando en el mismo centro de trabajo pues igualmente existirá en el caso de que una única empresa se dedique a las actividades o procesos a los que nos acabamos de referir.

⁷⁰ MOLINA NAVARRETE, C., op. cit., pág. 95.

Dedicado este Capítulo al análisis de las infracciones de los empresarios en supuestos de concurrencia empresarial en el mismo centro de trabajo, procede tratar ahora la infracción recogida en el primer párrafo del art. 13.8 TRLISOS, dejando para el Capítulo siguiente el análisis de la infracción prevista en el segundo párrafo del citado precepto.

Sanciona la infracción que analizamos ahora el incumplimiento de la obligación preventiva recogida en el art. 24.2 LPRL que establece que “el empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de prevención y protección correspondientes”. En su redacción original, la ley prevencionista tipificó el incumplimiento de esta obligación, únicamente, como infracción grave en su art. 47.14, no recogiendo el catálogo de infracciones muy graves previsto en el art. 48 ningún tipo relativo al incumplimiento de esta obligación del empresario titular. Además, la redacción del art. 47.14⁷¹ se refería, exclusivamente, al incumplimiento de la obligación de informar del empresario titular sin sancionar expresamente la inobservancia de dicho empresario de su obligación preventiva de dar las instrucciones adecuadas a los empresarios concurrentes en su centro de trabajo.

Posteriormente, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social modificó la infracción del art. 47.14 LPRL en orden a introducir como sujeto infractor al promotor en el sector específico de las obras de construcción. Asimismo, introdujo como infracción administrativa muy grave la conducta prevista en el art. 47.14 LPRL cuando la misma se diese en actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales (art. 48.10 LPRL).

A partir de la entrada en vigor del TRLISOS las infracciones de los arts. 47.14 y 48.10 LPRL pasaron a estar recogidas (con la misma redacción) en los arts.12.14 y 13.8 del nuevo texto sancionador.

Será la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, la que, adecuando la norma sancionadora a la norma sustantiva, modifique las redacciones de estos tipos infractores en orden a introducir en el tipo objetivo de las mismas el incumplimiento del empresario titular de su obligación de dar las instrucciones adecuadas a los empresarios concurrentes en su centro de trabajo sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.

Analizaremos a continuación las obligaciones preventivas que el art. 24.2 LPRL impone al empresario titular del centro de trabajo –y que el RDCA ha desarrollado en su Capítulo III– para posteriormente pronunciarnos acerca de las conductas empresariales subsumibles en el tipo infractor recogido en el primer párrafo del art. 13.8 TRLISOS. Finalizaremos este apartado refiriéndonos al trabajador autónomo como posible sujeto responsable de esta infracción, dejando para el siguiente apartado el análisis de este ilícito en el concreto sector de la construcción.

⁷¹ Según el derogado art. 47.14 LPRL el “no informar el empresario titular del centro de trabajo a aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia” era constitutivo de infracción administrativa grave en materia preventiva.

2. Las obligaciones preventivas del empresario titular del centro de trabajo: análisis del art. 24.2 LPRL.

A. Delimitación del supuesto de hecho.

El primer apartado del art. 13.8 TRLISOS tipifica como infracción administrativa el incumplimiento por parte del empresario titular del centro de trabajo de las obligaciones que para él recoge el art. 24.2 LPRL.

El supuesto de hecho del segundo apartado del art. 24 LPRL comparte, como ya vimos anteriormente, con el previsto en el apartado primero, la esencialidad del criterio locacional: presencia de distintas empresas en el mismo centro de trabajo.

Lo que caracteriza el supuesto del apartado segundo del art. 24 LPRL frente al previsto en el apartado primero es la existencia, entre los empresarios concurrentes, de un empresario “titular del centro de trabajo” al cual se van a imponer unos deberes en materia de prevención de riesgos laborales en virtud de “su mayor conocimiento y posibilidades de control de los riesgos del lugar de trabajo”⁷². Por tanto, el art. 24.2 LPRL prevé relaciones interempresariales de carácter vertical, en las que una de las empresas ocupa una posición preeminente, al ser la titular del centro de trabajo⁷³.

Cuestión esencial para delimitar la situación regulada por el art. 24.2 LPRL será determinar qué hayamos de entender por “empresario titular del centro de trabajo”. Con anterioridad al RDCA, no existía una noción del mismo, entendiendo la doctrina que “la condición de titular vendrá determinada por el control de la actividad en el centro de trabajo, del que deriva el conocimiento directo de los riesgos presentes en el mismo y de las medidas de protección aplicables”⁷⁴. El RDCA ha definido al empresario titular del centro de trabajo como “la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo”. La capacidad de puesta a disposición del centro de trabajo deriva de la titularidad jurídica del mismo⁷⁵ que no es necesariamente la dominical, bastando la “existencia de cualquier título jurídico, privativo de un determinado empresario, que sitúe a este en una posición preeminente sobre los demás empresarios implicados”⁷⁶. La capacidad de gestionar el centro de trabajo implica la necesidad de que el empresario titular lleve a cabo una actividad económica en el centro de trabajo, concurriendo con el resto de empresarios, esto es, no sólo tiene el dominio del centro de trabajo en virtud de cualquier título jurídico (lo que le da la facultad de permitir la concurrencia de otros empresarios), “sino que efectúa una real y actual

⁷² MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 95.

⁷³ MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 95; GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 131. Por su parte, GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR destacan que el caso típico de este segundo supuesto del art. 24 de la Ley prevencionista será la contrata, apareciendo el empresario principal como titular del centro de trabajo respecto al contratista: GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 166.

⁷⁴ MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 95.

⁷⁵ GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 55.

⁷⁶ Entre otros, GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 131; DÍAZ MOLINER, R., op. cit., (Vol. I), pág. 497. En el mismo sentido, GARCÍA PIQUERAS destaca que el titular del centro de trabajo “puede ser propietario, arrendatario, usufructuario, etc, del lugar en el que se desarrollan las actividades”, limitándose la norma a imputar “la obligación a quien ostente la titularidad del lugar de trabajo, sea por virtud del título que sea, con fundamento en su conocimiento específico de los riesgos existentes en aquel lugar”: GARCÍA PIQUERAS, M., op. cit., pág. 64.

disposición del mismo, ejerciendo sobre él las facultades de dirección y control”⁷⁷. Por faltar estas últimas, entendemos que quedan fuera del concepto de “empresario titular” aquellos cuya actividad económica no se lleva a cabo “en” el centro de trabajo sino “con” el centro de trabajo del que son titulares. Nos referimos a empresarios titulares de centros de oficinas, complejos de talleres, polígonos industriales que los explotan mediante su arrendamiento u otra fórmula jurídica.

Cuestión discutida con anterioridad al RDCA fue la referida a la necesidad o no de que el empresario titular fuese a su vez empleador laboral. Mientras que un sector doctrinal defendía la necesidad de que el empresario titular recibiese servicios de un trabajador por cuenta ajena⁷⁸, otro entendía que la condición empresarial del empresario titular al que se refiere el art. 24.2 LPRL “no se extrae del ordenamiento jurídico laboral, sino que tiene una consideración estrictamente mercantil, es decir, no se refiere a un empleador que sea parte de relaciones jurídico laborales sino a alguien que desarrolla una actividad económica concreta, como sujeto del tráfico mercantil, independientemente de otros condicionantes”⁷⁹. Tras el RDCA queda claro que el empresario titular del centro de trabajo no ha de ser, necesariamente, empleador laboral pues es precisamente este dato, como veremos a continuación, el utilizado por el desarrollo reglamentario a la hora de determinar el alcance de las obligaciones de aquél. De esta forma, quedan obligadas por el art. 24.2 LPRL aquellas empresas que, sin tener la condición de empleador laboral, tienen la capacidad o titularidad para poner a disposición un centro de trabajo y “gestionar en este espacio físico una actividad económica a través de los nuevos desarrollos y estrategias puestas en práctica por el «management» y los cambios organizacionales basados en la descentralización, participación y coordinación mediante estructuras horizontales o redes empresariales”⁸⁰.

Por último, debemos destacar que las obligaciones del empresario titular con respecto a los empresarios concurrentes se imponen “existan o no relaciones jurídicas entre el empresario titular y ellos” (art. 9.4).

Como se dijo al analizar el supuesto del art. 24.1 LPRL, los supuestos de los dos primeros apartados del citado precepto no son excluyentes, sino que el supuesto recogido en el primer apartado abarca la situación prevista en el segundo.

Ahora bien, como destaca VALVERDE ASENSIO, las obligaciones preventivas previstas en el art. 24.2 no deben entenderse como una especificación del genérico deber de cooperar previsto en el apartado primero de dicho precepto. Por tanto, los deberes específicos que para el titular del centro de trabajo prevé el art. 24.2 LPRL no excluyen el deber de cooperación que, en virtud del art. 24.1 de la ley prevencionista, tienen los empresarios concurrentes en ese centro de trabajo⁸¹. Esta independencia y

⁷⁷ PÉREZ CAPITÁN, L., op. cit., pág. 52.

⁷⁸ DÍAZ MOLINER, R., op. cit., (Vol. I), pág. 498.

⁷⁹ GARCÍA PIQUERAS, M., op. cit., pág. 64.

⁸⁰ GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 55.

⁸¹ VALVERDE ASENSIO A.J., op. cit., págs. 99 y ss. LLANO SÁNCHEZ destaca que no deben confundirse los distintos deberes previstos en los dos primeros apartados del art. 24 LPRL “y ello pese a la íntima conexión que existe entre ellos”, entendiendo que los deberes previstos en el apartado segundo constituyen “la primera –y más importante– pieza de todo el engranaje de «coordinación de actividades empresariales» al que alude genéricamente el título con el que comienza el art. 24 LPRL; ello explicaría que este deber se defina por la Ley en el párrafo segundo, sin que quede diluido en el genérico deber de cooperación previsto en el primer párrafo de la Ley, y que además su incumplimiento sea tipificado de

complementariedad entre los distintos deberes contemplados en los dos primeros párrafos del art. 24 LPRL viene reflejada en el art. 6 RDCA al establecer este precepto reglamentario que el empresario titular del centro de trabajo deberá además de cumplir, siempre que sus trabajadores desarrollen actividades en el centro de trabajo, con las obligaciones previstas en el art. 24.1 LPRL –y desarrolladas en el Capítulo II RDCA–, adoptar las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones previstas en el art. 24.2 LPRL. Por su parte y como ya sabemos, el TRLISOS tipifica de manera específica a efectos de su posible sanción el incumplimiento por parte del empresario titular de sus obligaciones específicas recogidas en el art. 24.2 (arts. 12.14 y 13.8 TRLISOS).

B. Medidas preventivas aplicables.

En virtud del art. 24.2 LPRL el empresario titular del centro de trabajo habrá de adoptar las medidas necesarias para que los otros empresarios concurrentes reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo, con las medidas de protección y prevención tendentes a evitar dichos riesgos y con las medidas de emergencia a aplicar. Por su parte, los empresarios concurrentes deberán trasladar la información y las instrucciones a sus respectivos trabajadores.

Estas obligaciones preventivas del empresario titular del centro de trabajo tienen como destinatarios inmediatos al resto de empresarios, que desarrollan sus actividades en el centro de trabajo y persiguen que éstos puedan cumplir correctamente respecto a sus trabajadores su deber de seguridad⁸². Estas obligaciones del empresario titular del centro de trabajo han sido desarrolladas por el Capítulo III RDCA.

Así, el art. 7 RDCA desarrolla la obligación de información del empresario titular, pudiendo destacarse los siguientes aspectos:

1. El empresario titular habrá de informar al resto de empresarios concurrentes acerca de los riesgos propios del centro de trabajo, las medidas preventivas referidas a tales riesgos y las medidas de emergencia que se deben aplicar (art. 7.1 RDCA). Los riesgos sobre los que se ha de informar son los específicos del centro⁸³ (instalaciones, maquinaria, productos utilizados,...) que el empresario titular ha de conocer tras haber llevado a cabo la evaluación de riesgos. Como destaca GONZÁLEZ LABRADA esta información no ha de tener en cuenta los riesgos ajenos, esto es, los riesgos que introducen en el centro de trabajo el resto de empresarios concurrentes⁸⁴.
2. El momento de proporcionar esta información será antes del inicio de las actividades y cuando se produzca un cambio en los riesgos propios del centro de trabajo que sea relevante a efectos preventivos (art. 7.2 RDCA).

manera específica a efectos de su posible sanción en el art. 47.14...”: LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 306.

⁸² En este sentido, MIÑARRO YANINI, quien destaca que “el fin último de las obligaciones de información e instrucción previstas en el art. 24.2 es que los empresarios intervinientes puedan cumplir los deberes en materia de prevención de riesgos laborales que tienen respecto de sus trabajadores...”: MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 96.

⁸³ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1556.

⁸⁴ GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 56.

3. Exige el apartado segundo del art. 7 RDCA que la información proporcionada por el empresario titular sea “suficiente”. Como vimos al analizar el deber de coordinación, la norma utiliza una expresión imprecisa cuya delimitación exigirá un análisis de las circunstancias de cada centro de trabajo, pudiendo ser útil tener en cuenta en qué medida la información proporcionada facilita o no la consecución de los objetivos de coordinación previstos en el art. 3 RDCA⁸⁵.
4. La información habrá de facilitarse por escrito cuando los riesgos propios del centro sean calificados como graves o muy graves (art. 7.3 RDCA). No determina la norma a quién corresponde dicha calificación, debiendo entenderse que será el empresario titular quien en su evaluación de riesgos proceda a calificar los riesgos propios de su centro de trabajo.

El deber del empresario titular de dar instrucciones al resto de empresarios concurrentes ha sido desarrollado por el art. 8 RDCA y presenta los siguientes caracteres:

1. El empresario titular solo vendrá obligado por este deber en el caso de que sus trabajadores desarrollen actividades en el centro de trabajo (art. 8.1 RDCA). Por tanto, el empresario titular del centro de trabajo que no reúna la condición de empleador laboral tendrá el deber de información al que nos hemos referido anteriormente pero no el de dar instrucciones⁸⁶.
2. El objeto de esta obligación de instrucción no es el mismo que el de la obligación de información en tanto las instrucciones se referirán a la prevención no solo de los “riesgos propios del centro” sino de los “riesgos existentes en el centro”⁸⁷. En cumplimiento de su obligación de dar instrucciones, el empresario titular tendrá en cuenta no solo los riesgos específicos, que son propios de su centro de trabajo, sino también los riesgos que cada empresario concurrente introduce en el centro y que son propios de su actividad productiva. Se produce, en expresión de GONZÁLEZ LABRADA un “interiorización de los riesgos ajenos que los convierte en propios”⁸⁸, para lo cual es necesario que el empresario titular conozca los riesgos específicos de cada empresa concurrente. En este sentido, el art. 8.1 RDCA supedita el cumplimiento, por parte del empresario titular de esta obligación, a que previamente haya recibido de cada empresario concurrente la información a la que se refiere el art. 4.2 RDCA – información relativa a los riesgos específicos de las actividades que desarrollen en el centro de trabajo y que puedan afectar a los trabajadores de las otras empresas concurrentes en el centro—. Las instrucciones también habrán de referirse a las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia (art. 8.1 RDCA).
3. Respecto al momento en que el empresario titular ha de cumplir esta obligación, el apartado tercero del art. 8 RDCA señala que será antes del inicio de las

⁸⁵ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1557.

⁸⁶ PÉREZ CAPITÁN ha criticado que el criterio utilizado para atribuir al empresario titular la obligación de dar instrucciones sea el de que tenga o no trabajadores en el centro de trabajo ya que contradice la regulación del art. 24.2 LPRL, “que no distingue para la atribución de obligaciones al empresario titular en función de la tenencia o no de operarios en el centro”: PÉREZ CAPITÁN, L., op. cit., pág. 53.

⁸⁷ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1556.

⁸⁸ GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 57.

actividades y cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes.

4. Al igual que se señalaba para la obligación de informar, las instrucciones deberán ser “suficientes y adecuadas” a los riesgos existentes en el centro de trabajo y a las medidas para prevenir tales riesgos (art. 8.2 RDCA) y se facilitarán por escrito cuando los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresa concurrentes sean calificados como graves o muy graves (art. 8.4 RDCA).

Como ya vimos al analizar el art. 24.1 LPRL, entendemos que el empresario titular del centro de trabajo no podrá, en cumplimiento de su obligación de dar instrucciones al resto de empresarios concurrentes, imponer a éstos un determinado medio de coordinación de los previstos en el art. 11 RDCA ya que la adopción del mismo depende de una decisión conjunta de los empresarios concurrentes (arts. 5.2 y 12.1 RDCA).

El empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollan actividades en el mismo tiene en virtud del art. 8 RDCA un importante papel en la coordinación de las actividades empresariales, ya que será el encargado de determinar los riesgos existentes en el centro y las medidas preventivas que se hayan de adoptar, debiendo los empresarios concurrentes cumplir las instrucciones que el empresario titular les de en este sentido (art. 9.2 RDCA). Ahora bien, como venimos diciendo, las obligaciones previstas en los dos primeros apartados del art. 24 LPRL se complementan entre sí pero gozan de autonomía por lo que, entre las medidas preventivas que el empresario titular debe adoptar, no se encuentra la de establecer los medios de coordinación pues esta obligación la impone el art. 24.1 LPRL de manera conjunta a los empresarios concurrentes⁸⁹. Por tanto, el empresario titular no tendrá el deber de coordinar al resto de empresarios concurrentes en el sentido de establecer los medios de coordinación a los que se refiere el art. 24.1 de la ley prevencionista. Las funciones de estos medios de coordinación exceden las obligaciones que el empresario titular tiene en virtud del apartado segundo del art. 24 LPRL. Así, los medios de coordinación tienen la función de favorecer el cumplimiento de los objetivos previstos en el art. 3 RDCA (art. 12.1. RDCA), entre los cuales sólo el previsto en la letra *d*) se corresponde con las obligaciones de informar y dar instrucciones del empresario titular. Al empresario titular no le corresponde garantizar la aplicación coherente y responsable de los principios de la acción preventiva y la aplicación correcta de los métodos de trabajo por parte de las empresas concurrentes en el centro de trabajo (art. 3.a) y b) RDCA) o el control de las interacciones de las actividades empresariales (art. 3.c) RDCA)⁹⁰.

En conclusión, aunque es cierto que en virtud de su obligación de dar instrucciones el empresario titular tiene importantes funciones en lo que se refiere a la coordinación de los empresarios concurrentes no se convierte por ello en “coordinador” de dichos

⁸⁹ Por esto no compartimos, como vimos *infra*, la opinión doctrinal (LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...” op. cit., pág. 1568) de que sea el empresario titular el único responsable de la infracción de los arts. 12.13 y 13.7 TRLISOS cuando no se hayan establecido los medios de coordinación.

⁹⁰ Igualmente, tampoco ha de servir de cauce para el intercambio de las informaciones que deban intercambiarse las empresas concurrentes en el centro de trabajo, que es una de las funciones que el art. 14.1. b) RDCA prevé para las personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas.

empresarios, los cuales siguen estando obligados, en cumplimiento del art. 24.1 LPRL, a establecer de manera conjunta los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales⁹¹.

Por último, destacar que los deberes del empresario titular del centro de trabajo recogidos en el art. 24.2 LPRL de alguna manera le convierten en deudor de seguridad de los trabajadores de las empresas que concurren en su centro de trabajo⁹², tal y como hacía el derogado art. 40.II LISOS respecto al empresario principal. Así la STS de 3 de noviembre de 2003⁹³, que sanciona a la empresa titular (REPSOL) por (entre otras infracciones) infracción de lo dispuesto en el art. 24.2 LPRL establece que, “de acuerdo con el deber especial de seguridad en sus instalaciones, incluso podría decirse la posición de garante que pesaba sobre REPSOL PETROLEOS, SA, era exigible a ésta el conocimiento tanto de las normas jurídicas y técnicas que le obligaban a establecer el mecanismo automático de seguridad y el riesgo que su omisión comportaba, como del deber de informar a las empresas que desarrollaban sus actividades en el centro de trabajo de que era titular de los riesgos y medidas de prevención y emergencia”.

Una manifestación de la condición de deudor de seguridad de los empresarios titulares la encontramos en la doctrina judicial que impone solidariamente a empresario principal (titular del centro de trabajo) y empresario contratista (empleador de trabajador accidentado) la responsabilidad por recargo de prestaciones al entender que el empresario titular encaja en la figura de “empresario infractor” del art. 123.2 LGSS por incumplir sus deberes preventivos recogidos en el art. 24.2 LPRL⁹⁴.

3. Infracción administrativa muy grave por incumplimiento del art. 24.2 LPRL.

A. Delimitación del tipo objetivo.

Como vimos anteriormente, con la descripción de la conducta infractora que hacían, antes de la Ley 54/2003, los arts. 12.14 y 13.8 TRLISOS, se producía una falta de correspondencia entre las obligaciones sustantivas previstas en el art. 24.2 para el empresario titular (informar y dar instrucciones) y los citados tipos infractores (únicamente hacían referencia al incumplimiento de la obligación de informar).

Esta falta de adecuación de la norma sustantiva con la norma infractora fue interpretada de distinta forma por la doctrina científica. Mientras que MIÑARRO YANINI entendía que debía establecerse una “correlación total” entre los tipos infractores de los arts. 12.14 y 13.8 TRLISOS y las obligaciones del art. 24.2 LPRL, “entendiendo que operan ante el incumplimiento de los deberes de información y de instrucción”⁹⁵, BLASCO MAYOR opinaba que “en el orden administrativo, quedaría sin ninguna consecuencia

⁹¹ A la independencia entre estas obligaciones y, por tanto, el deber de los empresarios concurrentes de establecer la cooperación necesaria –medios de coordinación– aun cuando el empresario titular incumpla sus obligaciones del art. 24.2 ya se hizo referencia anteriormente al analizar el art. 24.1 LPRL.

⁹² LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit. pág. 327. En este sentido, la STSJ de Navarra de 27 de enero de 1997 (AS 1997/750) afirma que con la LPRL aparecen “deudores de seguridad” anteriormente desconocidos directamente en la legislación social, y que deben estar coordinados en orden a la prevención según el art. 24 LPRL.

⁹³ RJ 2003/8893.

⁹⁴ STSJ Aragón de 27 de mayo de 2004 (AS 2004/2592); STSJ País Vasco de 26 de junio de 2001 (AS 2002/4019); STSJ Cataluña de 20 de octubre de 2004 (AS 2004/3551).

⁹⁵ MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 97.

jurídica el incumplimiento de la obligación de dar las instrucciones a las que se refiere el art. 24.2 LPRL, salvo que el supuesto de hecho pudiese subsumirse en alguno de los tipos de infracción administrativa que, a modo de cajón de sastre, se ordenan en los arts. 11.4, 11.5, 12.16 y 13.10 del texto refundido de la ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁹⁶, pareciéndonos más respetuosa con el principio de tipicidad que debe informar el derecho administrativo sancionador esta última interpretación.

La existencia de incumplimientos de la norma sustantiva –en concreto, del deber de dar instrucciones art. 24.2 LPRL– no constitutivos de infracción –en este caso de la prevista en el art. 13.8 TRLISOS– sería consecuencia de la técnica reduplicativa de tipificación seguida por el citado precepto sancionador pues, en vez de remitirse a la norma sustantiva y limitarse a establecer que su incumplimiento es constitutivo de infracción –lo que evitaría el riesgo de incumplimientos no subsumibles en el tipo–, reproduce el mandato contenido en la norma primaria pero obviando una de las obligaciones previstas por ésta para el empresario titular.

La Ley 54/2003 vino a solucionar esta falta de adecuación de la norma sancionadora a la norma sustantiva⁹⁷, dando una nueva redacción a los citados tipos infractores en la que se recoge como conducta infractora la no adopción por parte del empresario titular de las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en la forma y con el contenido y alcance establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.

Entre las “medidas necesarias” a adoptar por el empresario para cumplir con las obligaciones del art. 24.2 se encontraría la de llevar a cabo una evaluación de riesgos en su centro de trabajo que le permita informar y dar instrucciones a los empresarios concurrentes. En este sentido la STSJ de Extremadura de 8 de marzo de 2005⁹⁸ sanciona a la empresa titular del centro de trabajo por infracción del art. 24.2 LPRL pues “no comprobó que las labores que iba a realizar la entidad subcontratada se podían realizar de manera segura, puesto que omitió cualquier evaluación, adopción de medida de seguridad e información a la empresa subcontratada sobre los riesgos existentes en el interior del edificio, no llevándose a cabo una primera evaluación de los riesgos existentes en el centro de trabajo titularidad de la demandante”, sin que sea posible admitir que el desconocimiento de los riesgos excluya su responsabilidad al deber el empresario titular adoptar las “medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores, esto es, el empresario titular del centro de trabajo está obligado a conocer los riesgos existentes para poder transmitírselos a los demás empresarios, al no hacerlo, omitió el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales”.

⁹⁶ BLASCO MAYOR, A., op. cit., pág. 816.

⁹⁷ Tal y como señala el apartado IV de la Exposición de Motivos de este texto legislativo, entre sus objetivos básicos está el de mejorar el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, “mediante la adecuación de la norma sancionadora a la norma sustantiva”.

⁹⁸ JUR 2005/90294.

B. Problemas de autoría: el empresario titular.

A diferencia de la infracción del art. 13.7 TRLISOS, la infracción del apartado 8 del citado precepto no presenta problemas de interpretación acerca de quienes puedan ser sujetos responsables, ya que los deberes del art. 24.2 LPRL se imponen exclusivamente al titular del centro de trabajo, de tal forma que sólo a él podrá imputarse la responsabilidad derivada del art. 13.8 TRLISOS.

Ahora bien, fue la Ley 54/2003 la que modificó el apartado octavo del art. 2. TRLISOS en orden a incorporar como posibles “sujetos responsables” de las infracciones en el Orden social a los empresarios titulares de los centros de trabajo, despejando así la duda que existía con anterioridad acerca de si el empresario titular en el que no concurriese la condición de empleador laboral podía ser responsable de las infracciones administrativas de los art. 12.14 y 13.8 TRLISOS. La inclusión como sujeto responsable del empresario titular en el art. 2.8 TRLISOS y el hecho de que el empresario titular que no tenga trabajadores en el centro de trabajo venga obligado en virtud del art. 7 RDCA aclaran anteriores dudas en el sentido de que al empresario titular del centro de trabajo que no sea empleador laboral se le podrá exigir responsabilidad administrativa en virtud de los arts. 12.14 y 13.8 TRLISOS.

Si la responsabilidad administrativa *ex art.* 13.8 TRLISOS solo es exigible al empresario titular, es claro que el incumplimiento por parte de los empresarios concurrentes en el centro de trabajo de las obligaciones que les impone el art. 9 RDCA no será constitutivo de la infracción que estamos analizando. Como destaca LLANO SÁNCHEZ, por lo que se refiere a la obligación prevista en el art. 9.1 RDCA⁹⁹, podría considerarse tipificado su incumplimiento en el art. 12.1.a) y b) TRLISOS que, en su nueva redacción (dada por la Ley 54/2003), considera infracción grave no implantar y aplicar el plan de prevención, o no realizar la evaluación de riesgos, o sus revisiones y actualizaciones, con el contenido y alcance que establece la LPRL, debiendo también tener en cuenta la posibilidad de subsumir el incumplimiento de la obligación del art. 9.1 RDCA en la infracción grave del nuevo art. 12.6 TRLISOS, relativa al incumplimiento de la obligación de planificar la actividad preventiva. El incumplimiento de la obligación del art. 9.3 RDCA –comunicar los empresarios concurrentes a sus respectivos trabajadores la información y las instrucciones recibidas del empresario titular– podría sancionarse de acuerdo con la infracción del art. 12.11 TRLISOS¹⁰⁰. Sin embargo, no compartimos la opinión de la autora de que el incumplimiento de la obligación de los empresarios concurrentes de cumplir las instrucciones dadas por el empresario titular (art. 9.2 RDCA) pueda encontrar acomodo en las infracciones tipificadas en los art. 12.13 y 13.7 TRLISOS ya que, como vimos anteriormente, estos tipos administrativos sancionan el incumplimiento por parte de los empresarios concurrentes de su deber de cooperación recogido en el art. 24.1 LPRL, que conforme al desarrollo reglamentario implica el deber de informarse recíprocamente sobre los riesgos específicos de sus respectivas actividades y de establecer los medios de coordinación que consideren necesarios y pertinentes para la prevención de riesgos laborales, no pudiendo referirse las instrucciones del empresario titular a ninguna de

⁹⁹ Establece este precepto que los “empresarios que desarrollen actividades en un centro de trabajo del que otro empresario sea titular tendrán en cuenta la información recibida de éste en la evaluación de los riesgos y en la planificación de su actividad preventiva a la que se refiere el art. 16 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”.

¹⁰⁰ LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, *op. cit.*, pág. 1557.

estas obligaciones pues la información recíproca tiene lugar con anterioridad a la emisión de estas instrucciones (art. 8.1 RDCA) y estas últimas no pueden, en nuestra opinión y como ya vimos, imponer al resto de empresarios concurrentes un determinado medio de coordinación. Por tanto, el incumplimiento de estas instrucciones será sancionable en tanto sea subsumible en alguno de los tipos infractores recogidos en los arts. 11, 12, y 13 TRLISOS¹⁰¹.

C. Delimitación respecto al tipo infractor del art. 12.14 TRLISOS.

A efectos de delimitar la infracción muy grave del primer párrafo del art. 13.8 TRLISOS respecto a la infracción grave prevista en el art. 12.14 del mismo texto normativo, debe destacarse que ambas sancionan los mismos incumplimientos del empresario titular del centro de trabajo, siendo de aplicación el art. 13.8 TRLISOS, cuando aquéllos se produzcan en actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales. Como se dijo al analizar la infracción del art. 13.7 TRLISOS, el RD 604/2006, de 19 de mayo, vino a aclarar este elemento objetivo del tipo infractor que estamos analizando, al introducir en el RSP una disposición adicional duodécima que recoge en su primer apartado, las actividades que, a efectos de lo previsto en los apartados 7 y 8.a) del art. 13 TRLISOS, han de considerarse peligrosas o con riesgos especiales.

4. El trabajador autónomo como sujeto responsable de esta infracción.

El trabajador autónomo titular del centro de trabajo vendrá obligado a cumplir la obligación prevista en el art. 7 RDCA, esto es, a adoptar las medidas necesarias para que los otros empresarios concurrentes en el centro de trabajo reciban la información necesaria acerca de los riesgos propios del centro de trabajo, las medidas preventivas referidas a tales riesgos y las medidas de emergencia que deban aplicarse. Sin embargo no está obligado a impartir las instrucciones a las que se refiere el art. 8 RDCA ya que este precepto solo obliga al empresario titular del centro de trabajo, “cuando sus trabajadores desarrollen actividades en él”. En este sentido, la Exposición de Motivos RDCA subraya que los deberes de información afectan a los trabajadores autónomos de la misma forma que a las empresas cuyos trabajadores desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo y omite la referencia al deber de dar instrucciones.

El trabajador autónomo titular del centro de trabajo que incumpla su obligación de información será responsable de la infracción del párrafo primero del art. 13.8 TRLISOS ya que aunque este tipo infractor (a diferencia del art.13.7) no lo menciona expresamente, el trabajador por cuenta propia que es titular de un centro de trabajo es encuadrable en la figura del empresario titular toda vez que, como vimos, no es preciso ser empleador laboral para venir obligado (en parte) por el art. 24.2 LPRL.

¹⁰¹ Una posible excepción a lo que acabamos de decir lo constituiría el hecho de que los empresarios concurrentes hubiesen acordado establecer como medio de coordinación el previsto en el art. 11.d) RDCA, encargando al empresario titular la impartición de instrucciones a la que se refiere el citado precepto. En este caso, el que algún empresario concurrente desobedeciera las instrucciones del empresario titular –pero nótese que no se trata de las instrucciones del art. 8 RDCA sino del específico medio de coordinación previsto en el art. 11 del texto reglamentario– podría ser constitutivo de las infracciones previstas en los arts. 12.13 y 13.7 TRLISOS.

Por otra parte y como vimos al analizar la infracción del art. 13.7 TRLISOS, el trabajador por cuenta propia no aparece solo como sujeto obligado sino también como sujeto merecedor de protección en estas situaciones de concurrencia empresarial. En este sentido, el art. 9.4 RDCA al obligar a los trabajadores autónomos a tener en cuenta la información e instrucciones impartidas por el empresario titular presupone que las obligaciones de este último también se dan respecto a los trabajadores por cuenta propia, de forma que el incumplimiento de las mismas será encuadrable en el tipo infractor que estamos analizando.

El régimen normativo analizado hasta ahora no se ha visto modificado por la LETA, que, en su art. 8.3, no hace sino recordar su vigencia al establecer que, cuando los trabajadores autónomos ejecuten su actividad profesional en los locales o centros de trabajo de las empresas para las que prestan servicios, será de aplicación lo dispuesto en el art. 24.2 LPRL.

III. LAS INFRACCIONES EN SUPUESTOS DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN.

1. Introducción.

En el sector de la construcción, la concurrencia empresarial en un mismo centro de trabajo tiene un régimen normativo específico que supone una concreción del régimen general estudiado hasta ahora y que aparece configurado por el RD 1647/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción¹⁰², la LSC y el RD 1109/2007 que desarrolla reglamentariamente esta última Ley.

Por esta razón, parece conveniente dedicar dentro de este Capítulo un apartado que analice los diferentes tipos infractores relativos a la concurrencia de varios empresarios en el mismo centro de trabajo cuando la misma se da en el sector de la construcción dado que los tipos infractores hasta ahora estudiados ofrecen en esta actividad productiva ciertas peculiaridades derivadas de la citada normativa y que los ilícitos administrativos recogidos en los apartados 15, 16 y 17 del art. 13 TRLISOS se pueden dar exclusivamente en este ámbito de las obras de construcción.

2. La infracción administrativa del art. 13.7 en el sector de la construcción.

Frente a la inicial imprecisión y generalidad del régimen de coordinación establecido por el art. 24.1 LPRL, el RD 1627/1997 determinó la instauración de un específico sistema de coordinación¹⁰³. El citado reglamento atribuye el papel principal en este

¹⁰² Destaca TOLOSA TRIBIÑO que esta norma reglamentaria no solo desarrolla la LPRL en un ámbito específico de actividad, sino que, además, transpone la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, por la que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles: TOLOSA TRIBIÑO, C., “La difícil delimitación de la figura del promotor en la prevención de los riesgos laborales”, *JL*, nº 25, 2006, pág. 31.

¹⁰³ PÉREZ CAPITÁN, L., op. cit., pág. 48. MOLTÓ GARCÍA destaca que el RD 1627/1997 “es, esencialmente, una norma de coordinación preventiva”: MOLTÓ GARCÍA, J.I., *La ley de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales en las empresas y en las obras de construcción*, Aenor, Madrid, 2004, pág. 69.

peculiar sistema de coordinación a los promotores¹⁰⁴ que tienen el deber básico en materia de coordinación de designar al coordinador de seguridad y salud tanto durante la elaboración del proyecto como durante la ejecución de la obra (art. 3.3 RD 1627/1997).

Por tanto, la normativa específica de seguridad y salud en las obras de construcción establece un responsable encargado de la coordinación en materia preventiva –el promotor– que habrá de designar a quien se constituye como medio de coordinación específico –el coordinador de seguridad y salud¹⁰⁵– encargado de cumplir con el deber de coordinación establecido en el art. 24 LPRL (art. 9.d) RD 1627/1997¹⁰⁶), estando obligados el resto de empresarios concurrentes –contratistas¹⁰⁷, subcontratistas¹⁰⁸ y trabajadores autónomos¹⁰⁹– a observar las medidas concretas de coordinación adoptadas por el coordinador de seguridad y salud (arts. 11.e) y 12.g) RD 1627/1997) y a informar acerca de las mismas a sus respectivos trabajadores –el deber de información del art. 24.1 LPRL aparecería recogido implícitamente en la normativa específica del sector de las obras de construcción en el art. 11.c) RD 1627/1997 cuando impone a contratistas y subcontratistas la obligación de cumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, teniendo en cuenta, en su caso, las obligaciones sobre coordinación de actividades empresariales previstas en el art. 24 LPRL–.

El régimen, por tanto, para el sector específico de la construcción es netamente diferente del establecido para el resto de sectores no sólo por la existencia de un responsable de “coordinar” la actividad preventiva sino también por el hecho de que este responsable, el promotor, no es empresario en sentido laboral (no es uno de los empresarios concurrentes cuyos trabajadores desarrollan actividades en la obra de construcción).

¹⁰⁴ El promotor es definido por el art. 2.c) RD 1627/1997 como “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra”.

¹⁰⁵ El promotor deberá designar un coordinador de seguridad y salud para la ejecución de obra cuando en la misma intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos (art. 3.2 RD 1627/1997) y un coordinador durante la elaboración del proyecto de obra cuando en dicha elaboración intervengan varios proyectistas (art. 3.1 RD 1627/1997).

¹⁰⁶ El art. 9 se refiere a la fase de ejecución de obra. La obligación del promotor de garantizar que se produce la coordinación entre contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos se deriva de una lectura conjunta de los arts. 9 y 10 del RD 1627/1997. Así el art. 9.2.b) establece que es obligación del coordinador el coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen los principios de la acción preventiva que se recogen el art. 15 LPRL y en particular en lo que se refiere a su tarea de cooperación (art. 10.i) RD 1627/1997). Por lo que se refiere a la fase de elaboración del proyecto de obra, la coordinación se produce cuando al elaborar el estudio o el estudio básico de seguridad y salud se tienen en cuenta los diferentes tipos de actividades que se llevan a cabo en la obra (arts. 5.5 y 6.2 RD 1627/1997).

¹⁰⁷ Contratista es “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato”: art. 2.1.h) RD 1627/1997.

¹⁰⁸ El art. 2.1.i) RD 1627/1997 define al subcontratista como “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución”.

¹⁰⁹ Según el art. 2.1.j) RD 1627/1997, trabajador autónomo es “la persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal y directa una actividad profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra. Cuando el trabajador autónomo emplee en la obra a trabajadores por cuenta ajena tendrá la consideración de contratista o subcontratista a efectos del presente Real Decreto”.

Por su parte, la disposición adicional primera RDCA establece en su letra c) que los medios de coordinación en el sector de la construcción serán los establecidos en el Real Decreto 1627/1997 y en la disposición adicional decimocuarta LPRL, así como cualesquiera otros complementarios que puedan establecer las empresas concurrentes en la obra. Respecto a dicha disposición adicional cabe destacar los siguientes aspectos:

1. Nada dice la misma acerca de los deberes de información y comunicación regulados en el art. 4 RDCA por lo que cabe preguntarse si estas concretas obligaciones operan en el sector de las obras de construcción. Entendemos que la respuesta debe ser afirmativa toda vez que en la propia Exposición de Motivos del RDCA se establece que la normativa específica del sector de las obras de construcción “resultará enriquecida por lo establecido en este real decreto a través de la información preventiva que deben intercambiarse los empresarios concurrentes en la obra” y que los arts. 11.c) y 12.d) RD 1627/1997 obligan a los contratistas, subcontratistas y autónomos a observar los deberes de coordinación establecidos en el art. 24 LPRL, deberes que como ya hemos visto son desarrollados y concretados por el RDCA.
2. Al tratar de los medios de coordinación establece que serán de aplicación los recogidos en el RD 1627/1997 (coordinadores de seguridad y salud) y en la disposición adicional decimocuarta LPRL, que extiende la obligación regulada en el art. 32 bis LPRL (presencia de los recursos preventivos) al sector de las obras de construcción estableciendo una serie de peculiaridades. Debemos destacar que, en general, la coordinación es una obligación de prevención distinta a la regulada en el art. 32 bis aunque están estrechamente relacionadas (ya vimos como uno de los posibles medios de coordinación a los que podían acudir los empresarios concurrentes era el de la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las empresas concurrentes: art. 11.f) RDCA) y en el caso del sector de la construcción llegan a confundirse (el artículo séptimo Ley 54/2003 que introduce en la LPRL la disposición adicional decimocuarta aparece bajo el título de “*Coordinación de actividades empresariales en las obras de construcción*”).

Como veremos más adelante, la obligación del art. 32 bis LPRL no surge en todas las obras de construcción y, en las que exista la obligación de que estén presentes los recursos preventivos, dicha presencia se configura, por aplicación conjunta de la disposición adicional primera RDCA y la disposición adicional decimocuarta LPRL, como un medio de coordinación que cada contratista, que haya subcontratado determinadas partes o instalaciones de la obra, ha de establecer obligatoriamente con el objeto de vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en su plan de seguridad y salud. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra (apartado segundo de la disposición adicional decimocuarta LPRL), lo que como destaca MOLTÓ GARCÍA parece implicar que la preceptiva presencia de los recursos preventivos tiene “una función de coordinación de los subcontratistas de cada contratista y de cumplimiento directo del plan, dejando al coordinador la coordinación de contratistas”¹¹⁰. A pesar de esta concepción de la presencia de los recursos preventivos como una obligación de coordinación propia de los subcontratistas en las obras de

¹¹⁰ MOLTÓ GARCÍA, J.I., *La ley de reforma...*, op. cit. pág. 41.

construcción entendemos que el incumplimiento por parte de alguno de ellos de la misma será encuadrable no en las infracciones de los arts. 12.13 y 13.7 TRLISOS sino en los más específicos tipos infractores recogidos en los arts. 12.15 y 13.8 TRLISOS.

Por lo que se refiere a la responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento del deber de coordinación en el sector de las obras de construcción, no se nos plantea el problema acerca de la existencia o no de una responsabilidad solidaria toda vez que la normativa específica atribuye a uno de los empresarios (el promotor) la responsabilidad en materia de coordinación, por lo que, en principio, de la infracción del art. 13.7 TRLISOS en el sector de la construcción debería responder el promotor cuando éste no designase a los coordinadores en materia de seguridad y salud o cuando una vez nombrado el coordinador, este último incumpliese lo previsto en el art. 9.d) RD 1627/1997 –ya que las funciones que en materia de coordinación ejercen los coordinadores de seguridad y salud no eximen al promotor de sus responsabilidades (art. 3.4 RD 1627/1997) –, siempre que estos incumplimientos se produjesen en actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales. Entendemos que, al determinar las actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas, resulta aplicable al sector de la construcción el régimen general –que no establece excepción alguna al respecto–. De esta forma, constituyen este tipo de actividades las incluidas en el Anexo I RSP, siempre que su realización concorra con alguna de las situaciones a las que se refiere la disposición adicional duodécima RSP. No obstante, es de destacar que prácticamente la totalidad¹¹¹ de los trabajos previstos en el Anexo II RD 1627/1997 –que establece la relación no exhaustiva de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores en el sector de la construcción– aparecen recogidos en el Anexo I RSP.

Sin embargo, hasta que la Ley 54/2003 introduce en el art. 12 TRLISOS los tipos infractores referidos al incumplimiento de las obligaciones correspondientes al promotor que mencionaremos a continuación, los incumplimientos en esta materia no podían sancionarse en tanto la conducta del promotor no era subsumible en los tipos de los arts. 47.13 o 48.9 LPRL (ni en los posteriores tipos de los arts. 12.13 o 13.7 TRLISOS) al no ser éste empresario en sentido laboral –el art. 2.2 RD 1627/1997 establece que el “contratista y subcontratista a los que se refiere el presente Real Decreto tendrán la consideración de empresario a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”–¹¹².

El único supuesto en el cual entendemos que podría aplicarse estos tipos al promotor era el de que el promotor contratase directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma ya que, en este caso, el

¹¹¹ Únicamente los trabajos recogidos en los apartados 8 (trabajos realizados en cajones de aire comprimido) y 10 (trabajos que requieren montar o desmontar elementos prefabricados pesados) del Anexo II RD 1627/1997 no aparecen recogidos en el Anexo I RSP.

¹¹² La STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2003 (JUR 2004/262017) entiende que la empresa promotora no puede ser responsable solidaria respecto de las infracciones en materia de seguridad laboral cometidas por la empresa contratista pues “el promotor de una obra que aporta el terreno y encarga a otro empresario cualquier actuación en él, sin aportar elementos materiales ni medios personales, no puede nunca reputarse, estrictamente, como empresario en sentido laboral”. Este criterio de no considerar al promotor como empresario en sentido laboral a efectos de aplicación de la LPRL –y, por tanto, a efectos del régimen sancionador derivado de los incumplimientos de la ley prevencionista–, se recoge en la doctrina judicial citada en TOLOSA TRIBIÑO, C., “La difícil delimitación...”, op. cit., págs. 33-34: STSJ de Cantabria de 30 de enero de 1997; STSJ de Madrid de 15 de septiembre de 2004.

promotor tendrá “la consideración de contratistas respecto a aquéllos a efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto” (art. 3.3 RD 1627/1997), esto es, tendrá la consideración de empresario a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 2.2 del citado texto reglamentario).

Tal vez por no poder ser responsable de estos tipos infractores el promotor, nos encontramos con sentencias que, de modo equivocado a nuestro entender, sancionan a la empresa contratista por no coordinar a sus subcontratistas. Así, la STSJ de Madrid de 25 de julio de 2003¹¹³ confirma la sanción impuesta a la empresa contratista por la comisión de la falta grave prevista en el art. 47.13 LPRL al no haber “coordinado adecuadamente las actuaciones preventivas en la obra subcontratada a la empresa del trabajador fallecido, a la que no se dio conocimiento ni información de las normas de prevención establecidas en el Plan de seguridad y salud en el trabajo...”¹¹⁴. No compartimos lo establecido en esta sentencia porque a tenor de la regulación contenida en el RD 1627/1997, y como hemos visto anteriormente, quien tiene la obligación de garantizar que se produce la coordinación entre contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos es el promotor.

Tras la reforma operada por la Ley 54/2003, los incumplimientos del promotor en materia de coordinación pasan a estar tipificados como infracción administrativa grave en el art. 12.24.a) (“no designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo”¹¹⁵) y d) (“no cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el art. 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra”) TRLISOS.

Ahora bien, sorprendentemente, la Ley 54/2003, uno de cuyos objetivos era adecuar la norma sancionadora a la norma sustantiva, olvidó modificar el art. 13.7 TRLISOS en orden a hacer responsable al promotor por el incumplimiento de sus obligaciones en materia de coordinación cuando se tratase de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales¹¹⁶, por lo que, en el caso de que los incumplimientos de aquél en materia de coordinación se produzcan en este tipo de actividades no parece posible imputar al promotor (salvo que, como se dijo anteriormente, haya contratado directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra) la responsabilidad administrativa *ex* art. 13.7 TRLISOS toda vez que dicho precepto sancionador no se refiere a él en ningún momento, debiendo responder por estos incumplimientos a través de la infracción grave del art. 12.24 TRLISOS.

¹¹³ JUR 2004/178703.

¹¹⁴ En este mismo sentido, la STSJ de Valencia de 10 de octubre de 2002 (JUR 2003/405) sanciona a la empresa principal (contratista) por no coordinar a sus empresas subcontratadas.

¹¹⁵ Ya la STSJ Cantabria de 21 de mayo de 2002 (JUR 2002/222975) había sancionado al promotor en virtud del art. 47.13 LPRL –aun cuando éste no aparecía como sujeto responsable en el tipo infractor– por infringir el art. 3.2 RD1627/1997 al no haber designado un coordinador de seguridad durante la ejecución del proyecto existiendo dos o más empresas en el lugar de trabajo. Entiende la citada resolución judicial que, siendo la principal función del coordinador “la de organizar la coordinación de las actividades empresariales, tal y como viene prevista en el art. 24 LPRL, su ausencia constituye el tipo sancionador (...), dado que su inexistencia supone «no adoptar las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales»”

¹¹⁶ Sin embargo, como veremos a continuación, el art. 13.8.a) sí que menciona expresamente al promotor como responsable del incumplimiento de las obligaciones de informar e instruir a los empresarios que desarrollan actividades en la obra acerca de los riesgos y medidas de protección, prevención y emergencia.

No obstante, entendemos que sería más adecuado –por resultar una respuesta sancionadora más proporcional a la entidad de la infracción cometida– sancionar el incumplimiento del promotor en materia de coordinación en este tipo de actividades subsumiendo su conducta en el tipo infractor muy grave previsto en el art. 13.8.a) TRLISOS. Esto es posible dado que este tipo infractor sanciona el incumplimiento del promotor de sus obligaciones de informar y dar instrucciones para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo –obligaciones previstas en el art. 24.2 LPRL para el titular del centro de trabajo y desarrolladas en los arts. 7 y 8 RDCA– y, como veremos a continuación, el promotor cumple con su obligación de dar instrucciones a través de las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra (disposición adicional primera RDCA), por lo que la falta de nombramiento de este último –que supone el incumplimiento de la obligación prevista en el art. 24.1 LPRL– en actividades con riesgos especiales implicará necesariamente el incumplimiento simultáneo del art. 24.2 LPRL y será constitutivo de la infracción del art. 13.8.a) TRLISOS.

Por último, destacar que, como hemos visto, los contratistas, subcontratistas y trabajadores por cuenta propia también tienen obligaciones en materia de coordinación como las de observar las medidas concretas de coordinación adoptadas por el coordinador de seguridad y salud (arts. 11.e) y art. 12.g) RD 1627/1997) y los deberes de información y comunicación regulados en el art. 4 RDCA (arts. 11.c) y 12.d) RD 1627/1997). El incumplimiento de estas obligaciones de coordinación serán constitutivas de la infracción grave del art. 12.13 o de la muy grave del art. 13.7 TRLISOS.

3. La infracción administrativa del apartado primero del art. 13.8 TRLISOS en el sector de la construcción.

Las obligaciones preventivas del apartado segundo del art. 24 LPRL corresponden en el sector de las obras de construcción al promotor.

Tal y como establece la disposición adicional primera RDCA, en su letra a), el promotor cumplirá con su obligación de información mediante el estudio de seguridad y salud o el estudio básico, en los términos establecidos en los arts. 5 y 6 RD 1627/1997¹¹⁷ y cumplirá la obligación de dar instrucciones mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra; cuando tal figura no exista las instrucciones serán impartidas por la dirección facultativa. Los contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos deben atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra o, en su caso de la dirección facultativa (arts. 11.1.e) y 12.1.g) RD 1627/1997).

El incumplimiento por parte del promotor de sus obligaciones de información o instrucción cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales (para cuya determinación resulta aplicable lo dicho

¹¹⁷ Con anterioridad a que fuese de aplicación el RDCA, la doctrina judicial ya venía sancionando a la empresa promotora en virtud de la infracción del art. 47.14 LPRL por la falta del estudio previo de seguridad (STSJ de Extremadura de 8 de marzo de 2005 –JUR 2005/90294–) o por no haber facilitado a la empresa concurrente información alguna sobre dicho estudio (STSJ de Madrid de 19 de enero de 2004 –JUR 2004/182591–).

al analizar la infracción del art. 13.7 TRLISOS) será constitutivo de la infracción administrativa muy grave del primer párrafo del art. 13.8 TRLISOS ya que este precepto –a diferencia de los que ocurre con la infracción del art. 13.7 del citado texto– cita expresamente al promotor como posible sujeto responsable.

Cuando el incumplimiento del promotor se de en otro tipo de actividades responderá en virtud de la infracción recogida en el art. 12.24.c) TRLISOS, que establece como infracción grave del promotor en las obras de construcción el “no adoptar las medidas necesarias para garantizar, en la forma y con el contenido y alcance previsto en la normativa de prevención, que los empresarios que desarrollen actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia”.

4. Las infracciones en el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción: los apartados 15, 16 y 17 del art.13 TRLISOS.

a. Consideraciones generales.

La LSC, que ha sido desarrollada reglamentariamente por el RD 1109/2007, aborda la regulación del régimen jurídico de la subcontratación en el sector de la construcción y justifica, en su Exposición de Motivos, la intervención normativa sobre esta realidad económica, argumentando que el abuso en la utilización de esta forma de organización productiva –que se traduce en el exceso en las cadenas de subcontratación– , es una de las concausas de la siniestralidad laboral muy notoria que sigue registrando este sector económico.

Nos encontramos, por tanto, ante una Ley sectorial y básicamente reguladora de cuestiones relativas a la prevención de riesgos laborales.

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación, el art. 2 LSC establece que esta Ley “será de aplicación a los contratos que se celebren en régimen de subcontratación, para la ejecución de los siguientes trabajos realizados en obras de construcción: excavación; movimiento de tierras; construcción; montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento, conservación y trabajos de pintura y limpieza; saneamiento”.

La doctrina ha señalado que el ámbito de aplicación de la LSC coincide con el propio del RD 1629/1997, por lo que no puede decirse que sea coextenso con el ámbito productivo que le da nombre, toda vez que no abarca a todas las empresas incluidas en el Convenio Colectivo de la Construcción¹¹⁸.

¹¹⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Coord.), *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y el nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs.54-56; LANZADERA ARENCIBIA, E., “La limitación e la subcontratación en el sector de la construcción (Comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 288, 2007, pág. 50; FERNÁNDEZ URRUTIA, A., “Un intento de freno a la siniestralidad y precariedad laboral en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional”, *DL*, n° 80, Vol. II, 2007, págs. 61-62.

Por lo que se refiere al contenido, la LSC, tal y como indica en su Exposición de Motivos, responde a la necesidad de reducir la alta siniestralidad laboral que se produce en el sector de la construcción, por lo que nos encontramos ante una norma positiva de carácter preventivo, aunque sobrepase “el ámbito de las tradicionales medias «directas» de prevención colectiva o individual, que el empresario debe adoptar para garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores”¹¹⁹.

La LSC regula el fenómeno que estamos tratando a lo largo de este Capítulo consistente en la presencia de trabajadores de diferentes empresas que concurren en un mismo centro de trabajo debido, en este caso, a una muy arraigada forma de organización productiva en el sector como es la de la subcontratación¹²⁰. Por esto, puede decirse que esta Ley “se proyecta sobre el conjunto de normas dispuesto en relación con las contratas y subcontratas dentro del ámbito de la prevención de riesgos laborales”¹²¹, cuyo núcleo central se encuentra en el art. 24 LPRL.

El carácter fundamentalmente preventivo de la norma también se plasma en la dicción de su art. 1.1 que, al fijar el objeto de la Ley, indica que el mismo es “mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular”.

Pues bien, para la consecución de este objetivo, la LSC, partiendo de que los excesos en las cadenas de subcontratación ocasiona, en no pocos casos, la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, establece una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores.

Por lo que aquí interesa –en cuanto van a tener un reflejo en los tipos infractores que se analizan en este apartado–, la LSC fija dos garantías específicas en materia preventiva: por un lado, la exigencia a las empresas de unos requisitos de calidad o solvencia que implican la necesidad de que las mismas acrediten la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos y la existencia de una organización preventiva adecuada, reforzando de esta forma obligaciones preventivas ya existentes en la LPRL y, por otro, el establecimiento de limitaciones al proceso de subcontratación.

Para asegurar esta novedosa regulación preventiva en las obras de construcción, la Ley introduce las oportunas modificaciones en el TRLISOS, estableciendo la adecuada tipificación de las infracciones administrativas que pueden derivarse de la deficiente aplicación de estas garantías; entre estas infracciones se encuentran las de los apartados 15, 16 y 17 del art. 13 TRLISOS que son objeto de análisis en este apartado y que presentan las siguientes características:

¹¹⁹ LANZADERA ARENCIBIA, E., op. cit., pág. 47.

¹²⁰ TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, AS, nº 15, 2008, pág. 76.

¹²¹ MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P., “Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de Subcontratación en el Sector de la Construcción”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Coord.), *Contratas y subcontratas...*, op. cit., pág. 29.

1. Al introducir estos tres apartados en el art. 13 TRLISOS, el apartado cuarto de la disposición final primera LSC ha tenido en cuenta el posible sujeto activo de las infracciones, de forma que las infracciones del apartado 15 tendrán como sujeto activo a los subcontratistas, la del apartado 16 a los contratistas y la del 17 al promotor de la obra.
2. En los apartados 15 y 16 del art. 13 TRLISOS se lleva a cabo la tipificación de distintas conductas infractoras que pueden cometer los subcontratistas y contratistas y que se refieren a incumplimientos de diferentes normas sustantivas de las recogidas en la LSC.
3. Las conductas infractoras en estos apartados han sido tipificadas también como infracciones graves, siendo el criterio utilizado para subsumir las mismas en los tipos muy graves el que los comportamientos descritos se produzcan en “trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción”, esto es, en alguno de los trabajos enumerados en el Anexo II del RD 1627/1997.

Pasemos a analizar cada uno de los diferentes tipos.

b. Los incumplimientos del subcontratista recogidos en el art. 13.15 TRLISOS.

Como se acaba de comentar, las diferentes infracciones recogidas en el apartado 15 del art. 13 TRLISOS tienen como posible sujeto activo a los subcontratistas.

El art. 3.f) LSC define al subcontratista como “la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución”. También establece el citado precepto las variantes de esta figura, que pueden ser “las de primer subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el contratista), segundo subcontratista (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente”.

El art. 13.15 TRLISOS contiene diferentes infracciones que se agrupan en tres letras. Como veremos inmediatamente, las dos primeras letras contienen, a su vez, la descripción de diferentes conductas infractoras, por lo que a efectos de claridad expositiva analizaremos por separado cada una de las conductas empresariales que merecen el reproche administrativo según este precepto.

i. *El incumplimiento de las obligaciones del art. 4.2 LSC.*

Una primera conducta infractora, recogida en la letra a) del art. 13.15 TRLISOS es la consistente en incumplir el “deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente”.

Sujeto activo de este ilícito administrativo puede ser cualquier empresa subcontratista, sea la que sea su posición en la cadena de subcontratación¹²².

En realidad, en esta primera parte de la dicción de la letra *a*) del art. 13.15 TRLISOS, se tipifica como infracción el incumplimiento de dos obligaciones sustantivas distintas aunque, como veremos, estrechamente relacionadas.

Empecemos por el análisis de la segunda obligación sustantiva a la que se remite esta conducta infractora descrita, esto es, la del incumplimiento por parte de la empresa subcontratista del deber de estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas (REA, en adelante).

El art. 4.2.b) LSC establece como requisito exigible a los subcontratistas para que puedan intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción el estar inscritas en el REA, para lo cual el art. 6.1 LSC prevé que se creen estos registros que dependerán de la autoridad laboral competente, entendiéndose por tal la correspondiente al territorio de la Comunidad Autónoma donde radique el domicilio social de la empresa. El apartado segundo del art. 6 LSC establece que la inscripción en este REA tendrá validez para todo el territorio nacional, siendo sus datos de acceso público con la salvedad de los referentes a la intimidad de las personas.

En cumplimiento del mandato legal previsto en el art. 6.3 LSC, el Capítulo II del RD 1109/2007 ha establecido el contenido, la forma y los efectos de la inscripción en dicho registro, así como los sistemas de coordinación de los distintos registros dependientes de las autoridades laborales autonómicas.

Ahora bien, conforme al art. 4.2 RD 1109/2007, a la solicitud de inscripción, el empresario deberá acompañar una declaración suscrita por él mismo o por su representante legal relativa a que cumple los requisitos previstos en el art. 4.1 y 2.a) LSC¹²³, por lo que, en principio, el REA se configura como un instrumento de control público de la solvencia productiva u organizativa de las empresas que participan en los procesos de externalización en el sector de la construcción¹²⁴.

No obstante, la doctrina¹²⁵ ha destacado que la necesaria inscripción en el REA para poder actuar como subcontratista no pasa de ser un requisito formal, en tanto no se prevén instrumentos de control por parte del REA mediante los cuales estos registros puedan verificar el cumplimiento real de las obligaciones sustantivas del art. 4 LSC con carácter previo a la resolución de la solicitud.

¹²² SÁNCHEZ GRANDE, A., “Infracciones y sanciones en la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Coord.), *Contratas y subcontratas...*, op. cit., pág. 295.

¹²³ El art. 4.1. LSC prevé que para que una empresa pueda intervenir en el proceso de subcontratación en el sector de la construcción, deberá: a) poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada; b) asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial; c) ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra

¹²⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 59; TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., op. cit., pág. 82

¹²⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., págs. 76-80; FERNÁNDEZ URRUTIA, A., op. cit., pág. 82.

En efecto, la acreditación de que se cumplen los requisitos del art. 4.1 LSC no requiere del reconocimiento experto por parte de un tercero independiente del acreditado sino que bastará con la declaración del empresario o su representante¹²⁶.

Por lo que se refiere a los requisitos del art. 4.2.a) LSC, el RD 1109/2007 (art. 4.2) exige que la declaración del empresario se acompañe de la documentación acreditativa de que la empresa dispone de una organización preventiva y de recursos humanos que cuentan con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales. No obstante, no parece que esta exigencia reglamentaria pueda variar sustancialmente la valoración acerca del carácter formal de la inscripción en el REA toda vez que, como veremos a continuación, la documentación requerida hace que nos encontremos ante un sistema de “autoacreditación”.

El carácter formal de la inscripción queda patente en el art. 5.4 RD 1109/2007, al recoger como única causa posible denegatoria de la inscripción en el REA la circunstancia de que la solicitud o declaración aneja no reúnan los datos o no acompañen los documentos establecidos en el propio texto reglamentario. FERNÁNDEZ URRUTIA ha destacado que la anterior limitación a efectos denegatorios y el listado de funciones atribuidas al REA en el art. 10.1 RD 1109/2007 “indican que el REA está obligado a reunir los datos y la declaración en modelo oficial, junto con la documentación requerida, pero no a contrastar la veracidad de lo allí establecido”¹²⁷.

En definitiva, la conducta infractora que venimos comentando consistirá en estar la empresa subcontratista realizando trabajos en una obra de construcción sin estar inscrita en el REA correspondiente. Debe tenerse en cuenta a estos efectos que la disposición transitoria primera del RD 1109/2007 prevé que la obligación de inscripción en el REA sólo podrá exigirse después de que hayan transcurrido doce meses desde su entrada en vigor, esto es, a partir del 26 de agosto de 2008.

Por lo que se refiere a la conducta infractora de no acreditar que la empresa dispone de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales así como de una organización preventiva adecuada a la LPRL, se está tipificando en este art. 13.15.a) TRLISOS el incumplimiento empresarial del requisito exigible a las empresas subcontratistas para que puedan intervenir como tales en el sector de la construcción previsto en el art. 4.2.a) LSC.

Como ha destacado GIMENO DÍAZ DE ATAURI¹²⁸, la LSC no impone a la empresa el deber de formar a los trabajadores en materia preventiva, sino que presupone que dicha obligación ya existe en virtud de lo previsto en el art. 19 LPRL. Otro tanto sucede respecto a la obligación de organizar los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas conforme a alguna las modalidades previstas en el Capítulo V LPRL y desarrolladas normativamente en el Capítulo III RSP y que las empresas intervinientes en el sector de la construcción ya tenían antes de la LSC por serles aplicables esta normativa general.

¹²⁶ Art. 4.3 LSC y art. 4.2 RD 1109/2007.

¹²⁷ FERNÁNDEZ URRUTIA, A., op. cit., pág. 82.

¹²⁸ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La formación preventiva en el sector de la construcción”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Coord.), *Contratas y subcontratas...*, op. cit., pág. 265.

Por tanto, respecto a estas obligaciones sustantivas en materia preventiva, la LSC se limita e exigir a las empresas que acrediten su cumplimiento como requisito previo a la intervención en los procesos de subcontratación, reforzando de esta forma la observancia empresarial de estas medidas preventivas en el sector de la construcción.

En cuanto a la forma en la que las empresas subcontratistas deban acreditar la disposición de una organización preventiva adecuada y unos recursos humanos con formación en materia de seguridad y salud, del art. 4.3 LSC se deriva que desde la fecha en que se pueda exigir la obligación de inscripción en el registro, la acreditación se producirá mediante el acompañamiento a la solicitud de inscripción en el correspondiente REA de una declaración suscrita por el empresario o su representante legal, relativa al cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2.a) del art. 4 LSC.

El desarrollo reglamentario de la LSC exige, además, que esa declaración se acompañe de la “documentación acreditativa” de la disposición de los citados medios preventivos (art. 2 RD 1109/2007). Ahora bien, lo que podría parecer un “endurecimiento” de las exigencias normativas en cuanto al cumplimiento por parte de la empresa subcontratista de lo previsto en el art. 4.2.a) LSC que supusiese la posibilidad de que el REA llevase a cabo cierto control sobre el cumplimiento efectivo de las obligaciones preventivas recogidas en los arts. 19 y 30 y ss. LPRL, en realidad no pasa de ser un control formal de dicho cumplimiento.

Así, y por lo que se refiere a la organización preventiva adecuada, del “Modelo de solicitud de inscripción” ante el REA recogido en el Anexo I RD 1109/2007, se deriva que para acreditar la disposición de la misma es suficiente con aportar las actas de constitución de la modalidad o modalidades organizativas de los recursos preventivos por la que los subcontratistas hayan optado¹²⁹.

Respecto a la acreditación de que tanto el personal directivo como productivo de la empresa subcontratista cuenta con la formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales, el citado modelo exige que se adjunte el certificado acreditativo de dicha formación. Por lo que se refiere a los trabajadores de la empresa que presten servicios en las obras de construcción, del art. 12.4.a) RD 1109/2007 se deriva que dicho certificado puede ser expedido por la propia organización preventiva del empresario. En cuanto a la formación de las personas que ejercen funciones de dirección, prevé el art. 12.4.b) RD 1109/2007 que tendrá como finalidad integrar la prevención de riesgos laborales en el conjunto de actividades y decisiones de la empresa, será de una duración no inferior a 10 horas, incluirá un contenido mínimo – fijado por el propio precepto reglamentario– y “se podrá recibir en cualquier entidad acreditada por la autoridad laboral o educativa para impartir formación en materia preventiva”, por lo que parece lógico que sea la certificación otorgada por la correspondiente entidad la que sirva para acreditar la formación a efectos de inscribir la empresa en el REA.

¹²⁹ Actas/s de designación de el /los trabajador/es designado/s; acta de constitución del servicio de prevención propio; acta de constitución del servicio de prevención mancomunado; acta de adhesión de la empresa al servicio de prevención mancomunado; concierto o conciertos formalizados con entidades especializadas acreditadas como servicios de prevención ajenos.

Tal y como destaca GONZÁLEZ ORTEGA, este régimen del art. 12.4 RD 1109/2007 supone “un aplazamiento importante de la acreditación formativa externa, sustituida por la declaración de la propia empresa (una especie, pues, de autoacreditación)”¹³⁰.

No obstante, es de destacar que este régimen formal de acreditación cambiará, por lo que se refiere a la formación de los recursos humanos, a partir del 31 de diciembre de 2011, pues a partir de entonces y según la disposición transitoria cuarta del IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (CCGSC, en adelante), la acreditación de que los trabajadores han recibido la formación preventiva necesaria se deberá hacer mediante la adquisición por parte de cada uno de ellos de la Tarjeta Profesional de la Construcción (TPC, en adelante), documento regulado por el propio CCGSC y que se configura como un documento que podrá certificar con solvencia el nivel de formación requerido¹³¹.

En efecto, el CCGSC, haciendo uso de la delegación expresa contenida en los apartados 2 y 3 del art. 10 LSC, “ordena los programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial para los trabajos de cada especialidad, así como la forma de acreditar la formación preventiva específica recibida por el trabajador a través de la nueva TPC”¹³².

No obstante, entendemos que este sistema de acreditación de la formación establecido convencionalmente plantea dos dudas respecto al efectivo cumplimiento de la obligación prevista en el art. 4.2.a) LSC y, por tanto, respecto a las conductas empresariales que puedan servir para integrar el tipo infractor que estamos analizando.

Así, una primera cuestión es la relativa a que, tal y como destaca el art. 159 CCGSC, la TPC es el documento expedido por la Fundación Laboral de la Construcción (FLC, en adelante), con el objetivo de acreditar, entre otros datos, la formación específica recibida del sector por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, por lo que uno de los documentos que se han de acompañar a la solicitud del trabajador para la expedición de esta tarjeta es el original o fotocopia compulsada del diploma o certificado que acredite que el solicitante ha recibido al menos la formación inicial en materia de prevención de riesgos laborales (art. 163.3 CCGSC). De esta forma, tal y como ha señalado GIMENO DÍAZ DE ATAURI, “en puridad, la TPC, no es un título que acredite en sí mismo la formación, sino que es preciso previamente justificarla para que se incluya entre la información a la que se puede acceder por medio de su banda magnética”¹³³. De lo anterior se deriva que el subcontratista que emplee a un trabajador que dispone del diploma o certificado que acredita su formación aunque no de la TPC no podrá ser sancionado conforme al art. 13.15.a) TRLISOS.

Una segunda precisión acerca de este régimen de acreditación en cuanto al régimen sancionador que estamos analizando, es el relativo al nivel formativo que certifica y la necesaria formación del personal directivo.

El art. 133. 1 CCGSC establece que los ciclos de formación de la FLC constarán de dos tipos de acciones en materia de prevención de riesgos en construcción, comprendiendo el primer ciclo, denominado “Aula permanente”, la formación inicial sobre los riesgos

¹³⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 73.

¹³¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., op. cit., pág. 80.

¹³² FERNÁNDEZ URRUTIA, A., op. cit., pág. 89.

¹³³ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., op. cit., pág. 276.

del sector y los principios básicos y conceptos generales sobre la materia, debiendo el segundo ciclo “transmitir conocimientos y normas específicas en relación con el puesto de trabajo u oficio”.

Pues bien, como acaba de verse del art. 163.3 CCGSC, se deriva que para la obtención de la TPC es suficiente con que el trabajador solicitante acredite haber recibido la “formación inicial” en materia preventiva, esto es, la formación propia del primer ciclo. Por tanto, la posesión por parte de sus trabajadores de la TPC sirve a las empresas subcontratistas que les emplean como documento acreditativo de que estos poseen el nivel formativo necesario en materia preventiva y, por tanto, para cumplir con la obligación del art. 4.2.a) LSC y no incurrir en la infracción del art. 13.15.a) TRLISOS.

Ahora bien, no ocurre lo mismo en cuanto al personal directivo, ya que no resulta claro que les vaya a ser exigible la obtención de esta TPC¹³⁴ y en todo caso la formación exigible a los mismos excede de la inicial propia del primer ciclo. En este sentido, nótese que la finalidad de que las personas que ejercen funciones de dirección hayan recibido formación en materia preventiva es que puedan “integrar la prevención de riesgos laborales en el conjunto de sus actividades” (art. 12.4.b) RD 1109/2007) y esta competencia preventiva no se adquiere con la formación inicial sino con la impartida en el segundo ciclo de formación (arts. 140.2.A y 142.2.A CCGSC). Por tanto, para la acreditación de que este personal directivo tiene la formación necesaria será suficiente con cumplir lo previsto en el art. 12.4.b) RD 1109/2007, pues la regulación del CCGSC en materia de formación del personal directivo no tiene carácter vinculante.

Una última consideración conjunta de las conductas infractoras que se acaban de analizar es la relativa a si a partir de la fecha en que sea exigible la inscripción en el REA, podría entenderse que la tipificación del incumplimiento de la obligación prevista en el art. 4.2.a) LSC resulta redundante, en tanto uno de los requisitos necesarios para dicha inscripción es precisamente el de acreditar la disposición de una organización preventiva y un personal formado en materia de seguridad e higiene. De esta forma, podría pensarse que puesto que en los casos en los que el subcontratista no acredite la anterior disposición le será imposible cumplir con la obligación del art. 4.2.b) LSC, esto es, ser inscrito en el REA, bastaría con tipificar el incumplimiento de esta última obligación.

No obstante, entendemos que es adecuada la tipificación diferenciada del incumplimiento de las distintas obligaciones sustantivas, ya que es posible que una empresa subcontratista que esté inscrita en el REA, sea incapaz de acreditar la formación de la totalidad de sus recursos y, por tanto, incurra en el tipo infractor del art. 13.15.a) TRLISOS por incumplimiento de la obligación del art. 4.2.a) LSC. Esta situación se presentaría cuando tras haber obtenido la inscripción, el empresario subcontratista emplease a nuevos trabajadores que no hubiesen recibido la formación necesaria en materia preventiva. Debe recordarse a este respecto que, aunque una vez obtenida la inscripción, su validez se extiende durante un periodo de tres años, debiendo renovarse entonces por periodos iguales (art. 6.1 RD 1109/2007), la ITSS está facultada para, una vez obtenida la inscripción, llevar a cabo actuaciones tendentes a comprobar

¹³⁴ El art. 10 LSC hace referencia a los “trabajadores que presten servicios en las obras”; el art. 12.4 RD 1109/2007, diferencia claramente entre “trabajadores” (letra a)) y personas que “ejercen funciones de dirección” (letra b)) y la disposición transitoria cuarta CCGSC se refiere exclusivamente a los trabajadores

que las empresas no dejan de cumplir los requisitos exigidos legalmente para la inscripción. De esta forma, la empresa que ha procedido a nuevas contrataciones desde la inscripción, tendrá que acreditar que el personal incorporado a la empresa esta formado en materia preventiva y de no hacerlo verá cancelada de oficio por la autoridad laboral su inscripción en el REA (art. 7.2 RD 1109/2007)¹³⁵ y podrá ser sancionada administrativamente por incurrir en la infracción administrativa muy grave que estamos comentando.

ii. *El incumplimiento del régimen de subcontratación previsto en el art. 5 LSC.*

Recoge el art. 13.15.b) TRLISOS dos conductas infractoras, refiriéndose la primera de ellas al incumplimiento de la empresa subcontratista del régimen de subcontratación establecido en el art. 5 LSC, pues se tipifica como infracción muy grave de aquélla la subcontratación “con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin que disponga de la expresa aprobación de la dirección facultativa”.

El fundamento de la obligación sustantiva prevista en el art. 5 LSC de no superar determinados niveles de subcontratación viene explicado en la Exposición de Motivos de la propia Ley, que, tras destacar que la subcontratación constituye una forma de organización que es expresión de la libertad de empresa que reconoce la CE en su art. 38 y de la que se derivan determinados efectos positivos –permite mayor grado de especialización y cualificación de los trabajadores y una más frecuente utilización de los medios técnicos que se emplean, lo que influye positivamente en la inversión en nueva tecnología; facilita la participación de las pequeñas y medianas empresas en la actividad de la construcción, lo que contribuye a la creación de empleo–, señala que, sin embargo, el “exceso en las cadenas de subcontratación, especialmente en este sector, además de no aportar ninguno de los elementos positivos desde el punto de vista de la eficiencia empresarial que se deriva de la mayor especialización y cualificación de los trabajadores, ocasiona, en no pocos casos, la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores”. Para evitar que los indicados excesos de subcontratación provoquen la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo, la Ley introduce, entre otras cautelas, la exigencia de que se cumplan “determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas”.

La anterior cautela se traduce en el art. 5 LSC en el establecimiento de una serie de limitaciones a la subcontratación en sentido vertical. Como señala MARTÍN JIMÉNEZ¹³⁶, esta norma acoge un principio general de libertad en la contratación que se aplica al promotor (art. 5.2.a) LSC), a los contratistas (art. 5.2.b) LSC) y al primer y segundo subcontratista (art. 5.2.c) LSC), fijando el límite numérico de la subcontratación en el tercer subcontratista, quien “no podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista o trabajador autónomo” (art. 5.2.d) LSC).

¹³⁵ A estos efectos, el art. 6.2 RD 1109/2007 prevé que la inscripción no exime a la empresa inscrita de la obligación de justificar en cualquier momento, cuando sea requerido para ello por la autoridad laboral, el mantenimiento de los requisitos del art. 4 LSC.

¹³⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, R., op. cit., págs. 94-95.

No obstante, hay dos supuestos en los que la cadena de contrataciones concluiría antes de llegar al tercer nivel, pues la Ley contempla unos límites que pueden calificarse como absolutos¹³⁷: a) cuando el subcontratista sea trabajador autónomo, puesto que, sea cual sea el nivel que ocupen en la cadena de contratación, no podrá subcontratar “los trabajos a él encomendados ni a otras empresas subcontratistas ni a otros trabajadores autónomos” (art. 5.2.e) LSC¹³⁸; b) cuando el primer o segundo subcontratista realice trabajos que consistan fundamentalmente en la puesta en uso de mano de obra, pues en este caso tienen prohibido subcontratar (art. 5.2.f) LSC¹³⁹, al que se remite la letra c) del propio precepto).

Sin embargo, como el propio tipo infractor se ocupa de recordar, la subcontratación superando los límites que acabamos de analizar puede no ser constitutiva del ilícito administrativo, siempre y cuando aquélla se produzca contando con la expresa autorización de la dirección facultativa. De esta forma se establece en la propia Ley una excepción a su régimen de limitación de la subcontratación que nosotros analizaremos al comentar la infracción del art. 13.17 TRLISOS.

En resumen, sujetos activos de la conducta infractora recogida en el art. 13.15.b) LSC, serán los primeros y segundos subcontratistas que se encuentren en la situación descrita en el art. 5.2.f) LSC y los subcontratistas del tercer nivel y siempre y cuando hayan subcontratado sin contar con la aprobación de la dirección facultativa¹⁴⁰.

iii. *El incumplimiento del deber de vigilancia del art. 7.1 LSC.*

También tipifica como conducta infractora el art. 13.15 TRLISOS el incumplimiento de la empresa subcontratista de su deber de verificar el cumplimiento por parte de los subcontratistas con los que contrate de las obligaciones previstas en el art. 4.2 LSC (letra a) del art. 13.15 TRLISOS) y de las limitaciones a la subcontratación derivadas del art. 5 LSC (letra b) del art. 13.15 TRLISOS).

De esta forma, se recoge como ilícito administrativo en el listado del art. 13 TRLISOS, la inobservancia de los subcontratistas de su deber de vigilancia previsto en el art. 7.1 LSC, según el cual, las empresas subcontratistas “que intervengan en las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley deberán vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la misma por las empresas subcontratistas y trabajadores autónomos con que contraten; en particular, en lo que se refiere a las obligaciones de acreditación y registro reguladas en el artículo 4.2 y al régimen de la subcontratación que se regula en el artículo 5”.

¹³⁷ GUTIÉRREZ DE LA PEÑA, M.S., “La Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *Información Laboral*, nº 29, 2007, pág. LN-21.

¹³⁸ MARTÍN JIMÉNEZ ve lógica esta prohibición de contratar impuesta al autónomo, “al presumirse que carece de una infraestructura material y organizativa lo suficientemente compleja como para justificar una nueva descentralización funcional”: MARTÍN JIMÉNEZ, R., op. cit., pág. 98.

¹³⁹ Que especifica que se entenderá que el subcontratista pone en uso en la obra una organización productiva que consiste fundamentalmente en la aportación de mano de obra, cuando para la realización de la actividad contratada no utilice “más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas de la obra”.

¹⁴⁰ Nótese que, pese a venir obligado por el régimen de subcontratación previsto en el art. 5 LSC, el trabajador autónomo que incumpla dicho régimen no podrá ser sancionado administrativamente, toda vez que no aparece como sujeto responsable en la descripción del tipo infractor.

En esta conducta infractora no podrá incurrir, pues, cualquier empresa subcontratista sino únicamente aquéllas que, a su vez, son comitentes por haber hecho uso de su facultad de subcontratar con otra empresa o autónomo¹⁴¹.

Nótese que, aunque el deber de vigilancia del art. 7.1 LSC alcanza a los autónomos, éstos no aparecen citados en la infracción del art. 13.15.a) TRLISOS, lo que es debido a que las obligaciones del art. 4.2 LSC no les son aplicables.

Mediante este deber de vigilancia en cascada del art. 7.1 LSC, se erige a los implicados en la cadena de subcontratación en garantes del cumplimiento de lo establecido en la propia Ley¹⁴².

Este deber de vigilancia se diferencia respecto del deber de vigilancia previsto en el art. 24.3 LPRL –desarrollado reglamentariamente por el Capítulo IV RDCA– tanto en su alcance como en el régimen de responsabilidad derivado de su incumplimiento.

Por lo que se refiere a su alcance, como veremos posteriormente al analizar la infracción del art. 13.14 TRLISOS, entenderemos que en las cadenas de contrataciones, empresario principal obligado por el art. 24.3 LPRL es cada una de las empresas comitentes, extendiéndose su deber de vigilancia no sólo respecto a quien ocupa la posición inmediatamente inferior en la cadena de subcontratación sino a todas las empresas que intervienen en la misma en sentido descendente. Sin embargo, el deber de vigilancia previsto en el art. 7.1 LSC se limita a las “empresas con que contraten”, por lo que no alcanzaría a sucesivos escalones en la cadena de subcontratación para el caso de que aquéllas empresas se convirtiesen en empresas comitentes por haber acudido, a su vez, a la subcontratación.

En cuanto al régimen de responsabilidad, a diferencia de la responsabilidad solidaria que, según el art. 42.3 TRLISOS, se deriva del incumplimiento de la empresa comitente de su deber de vigilancia previsto en el art. 24.3 LPRL, la inobservancia del art. 7.1 LSC por parte de la empresa comitente será constitutiva de la infracción del art. 13.15 TRLISOS y generará, por tanto, una responsabilidad directa que es compatible con la propia de la empresa con la que ha contratado que habrá de responder igualmente por esta infracción –pues incurre necesariamente en alguna de las conductas infractoras que hemos analizado en los anteriores apartados–.

Es de señalar que el cumplimiento de este deber de vigilancia de los subcontratistas se ha facilitado, en cuanto a la verificación de que las empresas con las que contratan han cumplido con las obligaciones de acreditación y registro a las que se refiere el art. 4.2 LSC, por el RD 1109/2007, cuyo art. 6.3 prevé que cuando “la empresa comitente obtenga certificación relativa a la inscripción en el Registro de una empresa subcontratista, se entenderá que ha cumplido con su deber de vigilar el cumplimiento por dicha empresa subcontratista” de las citadas obligaciones¹⁴³.

¹⁴¹ SÁNCHEZ GRANDE, A., op. cit., pág. 295.

¹⁴² GUTIÉRREZ DE LA PEÑA, M.S., op. cit., pág. LN-32.

¹⁴³ El art. 6.4 RD 1109/2007 prevé que esta certificación “deberá haber sido solicitada dentro del mes anterior al inicio de la ejecución del contrato y deberá ser emitida por el órgano competente en el plazo máximo de diez días naturales desde la recepción de la solicitud y tendrá efectos con independencia de la situación registral posterior de la empresa afectada”.

En cuanto a la verificación por parte del comitente de que las empresas con las que contrata respetan el régimen de subcontratación previsto en el art. 5 LSC, debe tenerse en cuenta que el segundo párrafo del art. 7.1 LSC, para facilitar el cumplimiento del deber de vigilancia, prevé el deber de las empresas subcontratistas de “comunicar o trasladar al contratista, a través de sus respectivas empresas comitentes en caso de ser distintas de aquél, toda información o documentación que afecte al contenido de este capítulo”.

Como vemos, aunque el destinatario final de esta información es el contratista en el que se inició la cadena de contratación, –con la finalidad que analizaremos al comentar el art. 13.16 TRLISOS–, la misma se le hará llegar a través de la empresa comitente, por lo que ésta puede verificar que la subcontratista con la que contrató observa las obligaciones establecidas en el Capítulo II LSC, entre las que se incluye la relativa a la regulación de la subcontratación (art. 5 LSC). Por tanto, las subcontratistas deben informar a sus comitentes en el supuesto de que decidan acudir a la subcontratación para la ejecución de los trabajos contratados, lo que les permite, a su vez, a éstas cumplir eficientemente con su deber de vigilancia y no incurrir en la infracción del art. 13.15.b) TRLISOS.

No obstante, el tipo infractor prevé una causa de exoneración de responsabilidad aplicable al comitente de buena fe y que actuando diligentemente no ha podido impedir que el subcontratista incumpliese el régimen de subcontratación previsto en el art. 5 LSC, por haber incurrido este último en la infracción del art. 13.15.c) TRLISOS que pasamos a analizar.

iv. El falseamiento de los datos comunicados al contratista o a su subcontratista comitente.

El art. 13.15.c) TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave el falseamiento por parte del subcontratista de los datos que, en cumplimiento de la obligación prevista en el segundo párrafo del art. 7.1 LSC, debe comunicar a su contratista o subcontratista comitente. Como acabamos de ver, este comportamiento doloso del subcontratista exonera de responsabilidad a su comitente.

Teniendo en cuenta que la información comunicada al comitente ha de llegar finalmente al contratista que inició la cadena de contrataciones (en el supuesto de que no coincidan), este tipo infractor puede presentar problemas de delimitación respecto al recogido en el art. 12.27.b) TRLISOS y que tipifica como infracción grave la conducta del subcontratista consistente en no “comunicar los datos que permitan al contratista llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación” exigido por la LSC.

Entendemos que hay dos interpretaciones posibles:

1. Como la infracción muy grave tipifica únicamente el “falseamiento” de los datos, la falta de comunicación, aunque se produzca en actividades con riesgos especiales, no podrá ser constitutiva de la infracción del art. 13.15.c) TRLISOS y habrá de encuadrarse en el tipo infractor grave del art. 12.27.b) del citado texto sancionador.

2. Como la falta de comunicación “falsa” los datos transmitidos anteriormente, la misma será constitutiva de la infracción muy grave que estamos analizando siempre que se de en las actividades del Anexo II RD1627/1997. Entendemos como más ajustada a la finalidad de la normativa sustantiva esta interpretación del tipo infractor pues no parece que la ocultación de información deba merecer un menor desvalor que el falseamiento de la misma. Además, esta interpretación permite exonerar de responsabilidad al comitente diligente cuyo subcontratista le oculta dolosamente que ha subcontratado incumpliendo la regulación del art. 5 LSC.

c. Los incumplimientos del contratista recogidos en el art. 13.16 TRLISOS.

En el apartado 16 del art. 13 se recogen diferentes infracciones muy graves del contratista en el ámbito de la LSC, que en su art. 3.e) define a éste como “la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato”.

En la letra a) del art. 13.16 TRLISOS se recoge como infracción muy grave del contratista el que éste permita que “en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin que disponga de la expresa aprobación de la dirección facultativa, y sin que concurran las circunstancias previstas en la letra c) del apartado anterior”.

Respecto a esta infracción cabe hacer las siguientes consideraciones:

1. No se tipifica como infracción el que el contratista proceda a subcontratar superando los niveles establecidos en el art. 5 LSC toda vez que para los contratistas no existe limitación pues, según el art. 5.2.b) TRLISOS, éstos pueden contratar libremente con las empresas subcontratistas o trabajadores autónomos la ejecución de los trabajos que hubiera contratado con el promotor.
2. Esta infracción prácticamente coincide con la prevista en el art. 13.15.b) TRLISOS (a cuyo análisis nos remitimos), relativa al incumplimiento de los subcontratistas de su deber de vigilancia, pero con el importante añadido de que el contratista responde de que no se incumpla el régimen de subcontratación no sólo por parte de los subcontratistas o trabajadores autónomos con los que contrata sino en “el ámbito de ejecución de su contrato”. Lo anterior implica que el contratista responderá por esta infracción aunque no sea el comitente del sujeto que incumple la regulación del art. 5 LSC. Entendemos, que esta responsabilidad no puede derivar, por tanto, de la inobservancia del contratista de su deber de vigilancia que, como vimos, se circunscribe al subcontratista –o autónomo- con el que hubiese contratado (primer subcontratista) sino de la obligación de llevar correctamente el Libro de Subcontratación previsto en el art. 8 LSC y desarrollado reglamentariamente por el Capítulo IV RD 1109/2007. Como vimos, la información y documentación de las empresas subcontratistas que afecta al contenido de las obligaciones del Capítulo II de la Ley debe comunicarse a las empresas contratistas (aunque no sean las comitentes de aquéllas), lo que se debe a que en este nuevo documento introducido por la LSC

para lograr una mayor transparencia en las obras de construcción, se deberá reflejar, por lo que aquí interesa, “todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en una determinada obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa comitente (...), y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre su aprobación de cada subcontratación excepcional...” (art. 8.1.II LSC). Por tanto, este Libro de Subcontratación que los contratistas están obligados a llevar en toda obra de construcción incluida en el ámbito de aplicación de la LSC (art. 8.1.I LSC), se constituye como un instrumento de control sobre la cadena de subcontratación que permite al contratista verificar que todos los sujetos participantes en la ejecución de su contrato respetan las limitaciones del art. 5 LSC, derivándose en caso contrario una responsabilidad directa por la infracción del art. 13.16.a) TRLISOS compatible con la propia del subcontratista que supera los niveles de subcontratación (y que responderá por la infracción del art. 13.15.b) TRLISOS).

En el art. 13.16.b) TRLISOS se recogen como infracciones muy graves los mismos incumplimientos que aparecen tipificados para los subcontratistas en el art. 13.15.a) del propio texto sancionador, lo que obedece a que las obligaciones previstas en los arts. 4.2 y 7.1 LSC se imponen también a los contratistas. Las consideraciones hechas al analizar las infracciones de los subcontratistas son extensibles al art. 13.16.b) TRLISOS.

c. La infracción del promotor recogida en el art. 13.17 TRLISOS.

El art. 13.17 TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave del promotor¹⁴⁴ en el ámbito de la LSC, el que éste permita, “a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de las mismas previstas en dicha Ley”.

Esta conducta infractora nos remite al régimen de subcontratación y a los límites impuestos a esta forma de organización empresarial por el art. 5 LSC.

El apartado tercero del art. 5 LSC establece excepciones a las prohibiciones de subcontratación que aparecen en los dos primeros apartados y que supondrán que se pueda extender la subcontratación en un nivel adicional.

Así, el tercer subcontratista podrá contratar parte de la obra con terceros cuando en casos de fuerza mayor debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra, fuera necesario a juicio de la dirección facultativa¹⁴⁵ acudir a un nivel adicional de subcontratación (art. 5.3.I LSC).

En el caso de primeras y segundas subcontratas que se encuentran en el supuesto del art. 5.2.f) LSC y de trabajadores autónomos la ampliación excepcional de la subcontratación

¹⁴⁴ El promotor es definido por el art. 3.b) LSC como “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice la obra”.

¹⁴⁵ La dirección facultativa estará constituida por “el técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la dirección y del control de la ejecución de la obra”: art. 3.c) LSC.

solo podrá motivarse en causas de fuerza mayor (art. 5.3.II).

La doctrina ha señalado la trascendencia de esta función que asume la dirección técnica –y no sólo porque excepciona el régimen general sino también porque “puede ser determinante para la buena marcha o feliz conclusión de la obra de construcción”¹⁴⁶– y ha criticado la poca relevancia de las causas que pueden motivar el nivel adicional de descentralización¹⁴⁷ y la conflictividad jurídica que puede traer consigo la aplicación de las mismas¹⁴⁸.

El nivel de subcontratación adicional debe ser aprobado previamente por la dirección facultativa, debiéndose hacer constar esta aprobación y la causa o causas motivadoras de la misma en el Libro de Subcontratación.

La aprobación por parte del técnico de la subcontratación excepcional cuando manifiestamente no concurra ninguna de las causas motivadoras de la misma provocará que el promotor incurra en la infracción muy grave del art. 13.17 TRLISOS¹⁴⁹, por lo que debemos entender que, a través de este ilícito administrativo, se impone implícitamente al promotor un deber de control en relación a estas subcontrataciones¹⁵⁰.

¹⁴⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, R., op. cit., pág. 102.

¹⁴⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, entiende que estas causas “no son suficientemente relevantes, e introducen un factor de inseguridad que podría haberse evitado”: MARTÍN JIMÉNEZ, R., op. cit., pág. 102; GUTIÉRREZ DE LA PEÑA destaca que, aunque tanto el caso fortuito como la fuerza mayor son conceptos sobre los que puede encontrarse una definición en nuestra jurisprudencia, no ocurre lo mismo en los otros supuestos planteados y se pregunta cuándo podrá considerarse objetivamente que nos encontramos ante complicaciones técnicas de la producción y si no son precisamente las exigencias de especialización de los trabajos las razones por las que mayoritariamente se acude a la subcontratación como forma de ejecutar una obra de construcción: GUTIÉRREZ DE LA PEÑA, M.S., op. cit., pág. LN-23.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ URRUTIA, A., op. cit., pág. 106.

¹⁴⁹ De la misma forma que responden administrativamente por la infracción del art. 12.24.e) TRLISOS cuando el coordinador de seguridad por él designado no cumple con sus obligaciones.

¹⁵⁰ También tienen la posibilidad de controlar que estos niveles adicionales de subcontratación obedecen efectivamente a alguna de las causas previstas legalmente los coordinadores de seguridad, los representantes de los trabajadores de las diferentes empresas incluidas en el ámbito de ejecución de la contrata y la autoridad laboral competente, pues el contratista debe poner en conocimiento de los mismos esta subcontratación excepcional: apartado 4 del art. 5 LSC

CAPÍTULO VI: INFRACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PRESENCIA DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS EN EL CENTRO DE TRABAJO.

I. INTRODUCCIÓN.

Se tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la “falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales” (segundo párrafo del art. 13.8 TRLISOS).

Se trata de un tipo infractor que se añade al listado de infracciones muy graves por la Ley 54/2003, cuya Exposición de Motivos destaca que los siete años de vida que la LPRL ha tenido hasta la promulgación de este nuevo marco normativo han permitido constatar la existencia de ciertos problemas que dificultan la aplicación de la ley prevencionista y de determinadas insuficiencias en el contenido de la misma que se manifiestan en altos índices de siniestralidad laboral. El análisis de estos problemas – sigue explicando la Exposición de Motivos–, pone de manifiesto una falta de integración de la prevención en la empresa, que se evidencia en muchas ocasiones en un cumplimiento más formal que eficiente de la normativa. Con el objetivo de reforzar la necesidad de integrar la prevención de riesgos laborales en los sistemas de gestión de la empresa introduce esta ley de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales un nuevo precepto en la LPRL (art. 32 bis) que recoge una obligación de “presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos” en determinados supuestos.

Con el objeto de sancionar el incumplimiento empresarial de esta nueva obligación preventiva, y adecuando, de esta forma, la norma sancionadora a la norma sustantiva, la Ley 54/2003 modifica también el TRLISOS en orden a introducir (en lo que aquí interesa) dos nuevos tipos infractores: el segundo apartado del art. 12.15 tipifica como infracción grave la “falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia” mientras que el art. 13.8 recoge en su segundo apartado como infracción muy grave ese mismo incumplimiento empresarial cuando se de en “actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”.

Posteriormente, el RD 604/2006, de 19 de mayo, desarrolla el régimen normativo de esta obligación preventiva prevista en el art. 32 bis LPRL, mediante la introducción de un nuevo art. 22 bis en el RSP.

A continuación analizaremos, en primer lugar, la regulación sustantiva de la obligación de presencia de los recursos preventivos para, posteriormente, determinar las conductas empresariales subsumibles en el tipo infractor que estamos analizando. Finalizaremos el Capítulo examinado la configuración que la infracción del segundo párrafo del art. 13.8 TRLISOS presenta en uno de los sectores para los que, según lo previsto en la Exposición de Motivos de la Ley 54/2003, está pensada la obligación preventiva del art. 32 bis LPRL: el sector de la construcción.

II. ANÁLISIS DEL ART. 32 BIS LPRL.

La incorporación del art. 32 bis a la ley prevencionista supone uno de los aspectos más novedosos de la Ley 54/2003 y persigue que la actividad preventiva de las empresas se integre en sus sistemas de gestión, esto es, se pretende superar una prevención tecnicista y formalmente documentada¹ que se traducía en el hecho de que “en muchas empresas la actuación de los responsables de la prevención era, en términos de estancia *in situ* manifiestamente insuficiente”² mediante la presencia en el centro de trabajo de unos recursos preventivos en determinadas situaciones que se entiende generan mayores riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.

1. El concepto de “recursos preventivos”.

A tenor del art. 32 bis.2 LPRL, se consideran recursos preventivos, a los que el empresario podrá asignar la presencia, los siguientes: a) uno o varios trabajadores designados por la empresa; b) uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa; c) uno o varios miembros del o los servicios de prevención ajenos concertados por la empresa.

Como vemos, esta nueva obligación empresarial no implica necesariamente la existencia de recursos adicionales, “sino una presencia ampliada en el centro de los que ya se tuvieran”³. En este sentido, el art. 22 bis.2 RSP señala que la presencia es “una medida preventiva complementaria”, lo que implica, tal y como destacan MOLINA HERMOSILLA Y MOLINA NAVARRETE, que, para la normativa prevencionista, esta medida tiene un “*carácter complementario* a las relativas a la organización de la actividad preventiva. En consecuencia, no permite configurarla como alternativa a las ya existentes con carácter general, sino que las presupone, adicionando una medida para compensar el *factor de riesgo adicional* derivado de circunstancias especiales que requieren una especial alerta preventiva, que no puede cubrirse más que con la presencia de una persona competente que cuide del cumplimiento del plan de prevención”⁴.

Respecto a estos recursos preventivos debemos destacar los siguientes aspectos:

1. La primera cuestión surge en torno a qué debemos entender por “recursos preventivos”. Por recursos preventivos podríamos entender a los efectivos que integran alguna de las tres modalidades de organización de la prevención que cita el apartado segundo del art. 32 bis a los cuales el empresario asigna el cumplimiento de la obligación de presencia. Distinguiríamos así entre los “recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas” a los que se refiere el art. 10.1 RSP y que pueden organizarse conforme a las modalidades previstas en los arts. 30 y 31 LPRL (y desarrolladas en el Capítulo III RSP) y los

¹ ÁLVAREZ MONTERO, A. y GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 251, 2004, pág. 138.

² GUTIÉRREZ ARRANZ, R., “Comentarios a la Ley 54/2003, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales”, *Información Laboral*, nº 15, 2004, pág. LN-8.

³ MOLTÓ GARCÍA, J.I., *La ley de reforma...*, op. cit., pág. 38.

⁴ MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., “La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva «de» y «en» la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa (comentario sistemático del RD 604/2006, de 19 de mayo)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núms. 281-282, 2006, pág. 95.

“recursos preventivos” del art. 32 bis de la ley prevencionista que tienen encomendados el cumplimiento de la concreta obligación de presencia. Sin embargo, el apartado cuarto del art. 32 bis, al recoger la posibilidad de que el empresario cumpla con su “obligación de presencia” asignando la misma a uno o varios trabajadores de la empresa que no formen parte del servicio de prevención propio ni hayan sido designados para ocuparse de la actividad preventiva, establece la necesaria colaboración de este trabajador o trabajadores a los que se ha asignado la “presencia” con “los recursos preventivos del empresario”. Por tanto, los recursos preventivos del empresario existen aun cuando la obligación de presencia no haya sido asignada a ninguno de los miembros de alguna de las modalidades organizativas a las que se refiere el art. 32 bis.2 LPRL.

Ahora bien, si, por el contrario consideramos que –lo que nos parece más adecuado–, los recursos preventivos son “los medios personales con los que cuenta el empresario para la organización de la prevención en la empresa, en cumplimiento con lo establecido por los artículos 30 y 31 LPRL y en el Capítulo III RSP”⁵ (a saber: asunción personal por parte del empresario de las funciones preventivas; designación de trabajadores de la empresa para el desempeño de dichas funciones; constitución de un servicio de prevención propio; concertación con un servicio de prevención ajeno) la contradicción se daría entre los términos de los dos primeros apartados del art. 32 bis ya que, mientras que el art. 32 bis.1 establece que en determinados supuestos será necesaria la “presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos, *cualquiera* que sea la modalidad de organización de dichos recursos”, el segundo apartado del citado precepto no hace referencia a la posibilidad de que el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la presencia de los recursos preventivos se lleve a cabo a través de la asunción directa del empresario de las mismas. Por tanto, debemos entender que los “recursos preventivos” vienen constituidos por la modalidad organizativa de prevención de riesgos laborales por la que haya optado el empresario, si bien en el caso de que el empresario haya asumido personalmente las actividades de prevención de su empresa deberá, a efectos de cumplir con la obligación del art. 32 bis, acudir a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva. Esto es, con la obligación de presencia de los recursos preventivos ocurre lo mismo que con la obligación de vigilancia de la salud (art. 11.2 RSP): se trata de obligaciones preventivas cuyo cumplimiento no puede ser asumido personalmente por el empresario.

2. El empresario cumplirá con la obligación del art. 32 bis asignando la presencia en el centro de trabajo a alguno/s de los elementos personales que componen la modalidad organizativa de prevención de su empresa (uno o varios trabajadores designados; uno o varios trabajadores del servicio de prevención propio o ajeno⁶). Ahora bien, estos elementos personales han de “tener la capacidad

⁵ LANZADERA ARENCIBIA, E., “Comentarios a la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 252, 2004, pág. 136.

⁶ Destaca GUTIÉRREZ ARRANZ que, en los dos primeros supuestos del art. 32 bis.2 LPRL, debemos entender que nos encontramos ante empresas con varios centros de trabajo, en los que los encargados de la prevención están en uno de esos centros, “porque si existe un solo centro, con la regulación anterior era suficiente para saber que estas figuras deben estar constantemente en la empresa”. Respecto al tercer supuesto, señala el autor que la necesidad de presencia de estos recursos preventivos será por poco tiempo y para realizar actuaciones concretas y excepcionales pues en caso contrario “lo que se produciría sería la

suficiente, disponer de los medios necesarios y ser suficiente en número” (art. 32 bis.3 LPRL) para poder cumplir adecuadamente su función preventiva. Por tanto, el empresario no cumplirá con su obligación asignando la presencia en el centro de trabajo a parte de los elementos humanos que constituyen la modalidad organizativa de la empresa sino que deberá, además, garantizar que estos elementos disponen de los recursos organizacionales y materiales necesarios para cumplir su función preventiva. Respecto a la ubicación en el centro de trabajo de estas personas a las que se asigna la presencia, el art. 22 bis.3 RSP destaca que “deberá permitirles el cumplimiento de sus funciones propias, debiendo tratarse de un emplazamiento seguro que no suponga un factor adicional de riesgo, ni para tales personas ni para los trabajadores de la empresa”. Por otra parte, destaca este precepto reglamentario, que el empresario deberá “facilitar a sus trabajadores los datos necesarios para permitir la identificación de tales personas”

3. La función preventiva de estos recursos es la de “vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas” y deberán “permanecer en el centro de trabajo durante el tiempo en que se mantenga la situación que determine su presencia” (art. 32 bis.3 LPRL). El art. 22 bis.4 RSP concreta el alcance de este deber de vigilancia al circunscribirlo al “cumplimiento de las actividades preventivas *en relación con los riesgos derivados de la situación que determine su necesidad*”⁷. Si como resultado de esta función, las personas a las que se asigne la presencia detectasen un incumplimiento de las citada actividades, deberán hacer las indicaciones necesarias para su correcto e inmediato cumplimiento así como poner tales circunstancias en conocimiento del empresario para que éste adopte las medidas necesarias para corregir las deficiencias si éstas no hubieran sido aún subsanadas (art. 22 bis.5 RSP). Si lo que detectasen estas personas fuese no un incumplimiento de las actividades preventivas sino la ausencia, insuficiencia o falta de adecuación de las mismas, esta circunstancia deberá ponerse en conocimiento del empresario, “que procederá de manera inmediata a la adopción de las medidas necesarias para corregir las deficiencias y a la modificación de la planificación de la actividad preventiva y, en su caso, de la evaluación de riesgos laborales” (art. 22 bis.6 RSP).
4. Si el empresario asignase el cumplimiento de la obligación de presencia a diferentes recursos preventivos (para que esto sea posible es necesario que el empresario haya organizado la actividad preventiva de la empresa acudiendo a diferentes modalidades), “éstos deberán colaborar entre sí”: art. 32 bis.2 LPRL.
5. En virtud del apartado cuarto del art. 32 bis LPRL, el empresario podrá cumplir con la obligación de presencia sin acudir a los recursos preventivos que hemos analizado hasta ahora sino asignando aquélla de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa. Será necesario que estos trabajadores reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios en las actividades o procesos a los cuales se refiere el apartado primero de la art. 32 bis LPRL. Respecto a la formación preventiva exigible a estos trabajadores, será la

captación de un profesional para cederlo a otra, y eso en España sólo se puede hacer a través de las empresas de trabajo temporal” GUTIÉRREZ ARRANZ, R., op. cit, pág. LN-9.

⁷ El subrayado es nuestro. Las situaciones que determinan la necesidad de estos recursos son las enumeradas en el apartado primero del art. 32 bis y que analizaremos posteriormente.

necesaria, como mínimo, para poder desempeñar las funciones del nivel básico al que se refiere el art. 35 RSP. Este apartado se entiende sólo en el caso de que, como señala GUTIÉRREZ ARRANZ, la norma esté pensando en los profesionales –ingeniero superior o técnico; arquitecto técnico; titulado superior de escuela profesional– que tienen a su cargo la dirección de los concretos trabajos a los que se refiere el art. 32 bis.1 LPRL y que, “sin necesidad de cursos adicionales de 50 horas (...) tienen una formación académica suficiente, para dirigir y controlar un trabajo para el que se les ha enseñado en las aulas que, además de hacerlo bien, deben hacerlo con seguridad”⁸. Aún así, no nos parece adecuado que, como se desprende del propio art. 32 bis.4 LPRL –que exige la “necesaria colaboración” entre el trabajador o trabajadores a los que se asigna la presencia y los recursos preventivos–, esta nueva figura con funciones en materia de prevención de riesgos laborales no entre a formar parte de los “recursos preventivos” de la empresa. Esta concepción se manifiesta en el distinto nivel de formación exigido, de forma que será suficiente que el trabajador al que el empresario asigne la presencia de forma expresa cuente para desempeñar su función preventiva –vigilancia del cumplimiento de las actividades preventivas– con una formación correspondiente al nivel básico. Sin embargo, si el empresario acude a los recursos preventivos que tiene en la empresa, al trabajador designado o miembro de los servicios de prevención le será exigible como mínimo un nivel formativo correspondiente a las funciones de nivel intermedio ya que a estos recursos les será aplicable el Capítulo VI RSP y, entre las funciones preventivas que pueden llevarse a cabo contando con un nivel mínimo de formación y que aparecen recogidas en el art.35 RSP, no se encuentra la de vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas⁹. Además, surgen dudas acerca de si a estos trabajadores a los se asigna la concreta función preventiva del art. 32 bis les es de aplicación las garantías que para los trabajadores designados y los miembros del servicio de prevención propio prevé el art. 30.4 LPRL y de si en caso de que el empresario acuda a esta figura del art. 32 bis.4 LPRL basta con asignar la presencia a determinados trabajadores o también ha de garantizar, como establece el apartado tercero del art. 32 bis LPRL para el caso de se asigne la presencia a los recursos preventivos, que aquéllos cuentan con los medios necesarios, sean suficientes en número para cumplir con su función y permanezcan en el centro durante el tiempo en que se mantenga la situación que determina su presencia. Entendemos que lo correcto hubiese sido que el trabajador, al que se asigna la presencia en la empresa, entrase a formar parte de los recursos preventivos de la misma (se nos hace difícil distinguir entre los trabajadores designados para realizar actividades de prevención en la empresa –modalidad de organización de los recursos

⁸ GUTIÉRREZ ARRANZ, R., op. cit., pág. LN-10. Una visión crítica de esta figura del art. 32 bis.4 la encontramos en ÁLVAREZ MONTERO, A. y GARCÍA JIMÉNEZ, M., op. cit, pág. 139, para quienes supone una “flexibilización lamentable en la loable *fuera* que se desprende de la propia redacción del precepto para obligar a la presencia de expertos que controlen el desarrollo del proceso productivo en ciertos supuestos determinados por la presencia de mayores riesgos o su agravación”.

⁹ Sin embargo entre las funciones correspondientes al nivel intermedio aparece la de “vigilar el cumplimiento del programa de control y reducción de riesgos y efectuar personalmente las actividades de control de las condiciones de trabajo que tenga asignadas” (art. 36.1.e) RSP). Esta función preventiva puede englobar la función a la que se refiere el art. 32 bis.3 (“vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas”), no así, en nuestra opinión, la función de nivel básico a la que se refiere el art. 35.1.d) RSP: “colaborar en la evaluación y el control de los riesgos generales y específicos de la empresa,...”.

preventivos– y los trabajadores de la empresa a los que el empresario asigna el cumplimiento de una obligación en materia de prevención –art. 32 bis.4 LPRL–), de forma que le fuese de aplicación el régimen que para la modalidad organizativa de “designación de trabajadores” establecen el art. 30 LPRL y los arts. 12 y 13 RSP: nivel de formación exigido, garantías, necesidad de contar con medios organizacionales y materiales¹⁰,...

6. La forma en que finalmente decida el empresario llevar a cabo la presencia de los recursos preventivos quedará determinada en la planificación de la actividades preventiva a que se refieren los arts. 8 y 9 RSP (art. 22 bis.2 RSP).

2. Supuestos en los que será necesaria la presencia de los recursos preventivos.

La obligación del art. 32 bis sólo surgirá en los supuestos que aparecen recogidos en su apartado primero¹¹:

- a) Cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo. Será la evaluación de riesgos laborales la que habrá de identificar estos riesgos (art. 22 bis.2 RSP)¹².
- b) Cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales. Estas actividades o procesos aparecen recogidas en el art. 22 bis.1.b) RSP: trabajos con riesgos especialmente graves de caída desde altura; trabajos con riesgo de sepultamiento o hundimiento; actividades en las que se utilicen máquinas que carezcan de declaración CE de conformidad por ser su fecha de comercialización anterior a la exigencia de tal declaración con

¹⁰ El art. 13.2 RSP integraría el apartado cuarto del art. 32 bis en cuanto a la exigencia de que el empresario garantice que los trabajadores a los que se asigna la presencia disponen de los medios materiales y organizacionales necesarios para el cumplimiento de su función de vigilancia al establecer que “el número de trabajadores designados, así como los medios que el empresario ponga a su disposición y el tiempo de que dispongan para el desempeño de su actividad, deberán ser los necesarios para desarrollar adecuadamente sus funciones”.

¹¹ Ha señalado la doctrina que la limitación de la exigencia de la obligación del art. 32 bis LPRL a los concretos supuestos enumerados en el apartado primero del citado precepto prevencionista, evidencia “un claro giro en la política preventiva, apostando más por el carácter «discriminado» de la misma, en la línea de ciertos «planes de choque» y de «alerta especial». La estadísticamente constatada desigual distribución de los accidentes de trabajo, que afectarían de modo distinto en atención a características de la empresa, formas de organización del trabajo y sectores de actividad, está llevando a proponer que se concentre la actividad preventiva más intensamente en los sectores que más riesgo, y sobre todo, más accidentes vienen generando. En cierta medida, pues, la reforma legal pretende un efecto «redistribuidor» del impacto del sistema de obligaciones de la LPRL, originalmente diseñado con carácter general”: MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., op. cit., pág. 79.

¹² El art. 22 bis.9 RSP establece, relacionando la obligación del art. 32 bis LPRL con las recogidas en el art. 24 LPRL, que en el supuesto de que estas operaciones concurrentes se lleven a cabo por distintas empresas que coinciden en el mismo centro de trabajo, “la obligación de designar recursos preventivos para su presencia en el centro de trabajo recaerá sobre la empresa o empresas que realicen dichas operaciones o actividades, en cuyo caso y cuando sean varios dichos recursos preventivos deberá colaborar entre sí y con el resto de los recursos preventivos y persona o personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas del empresario titular o principal del centro de trabajo”.

carácter obligatorio, cuando la protección del trabajador no esté suficientemente garantizado no obstante haberse adoptado las medidas reglamentarias de aplicación; trabajos con riesgos de ahogamiento por inmersión, salvo lo dispuesto en el apartado 8.a) del propio precepto.

Explica la Exposición de Motivos del RD 604/2006 que en esta relación se incluyen actividades o trabajos en los que estadísticamente se concentran los mayores índices de siniestralidad, lo que fundamenta en definitiva la obligatoriedad de la aplicación de la medida del art. 32. bis LPRL, “y ello sin perjuicio de que se establezca la aplicabilidad propia de otras reglamentaciones que contemplan disposiciones específicas para determinadas actividades, procesos, operaciones, trabajos, equipos o productos que se relacionan de modo no exhaustivo en el nuevo art. 22.8 bis¹³ que se introducen en el reglamento, y que han de regirse por dicha reglamentación que contienen niveles de garantía que hacen innecesarios en tales casos el recurso a la presencia regulada en este artículo”

- c) Cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la ITSS, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas.

Respecto a estos supuestos, destaca la doctrina que los previstos en las letras *b)* y *c)* del apartado primero del art. 32 bis serán susceptibles de identificación objetiva mientras que el supuesto de la letra *a)* presentará mayores problemas de interpretación debido a su indeterminación¹⁴. Será el empresario quien a través de su actividad de evaluación y planificación de la actividad preventiva deberá determinar si concurren las circunstancias que recoge este primer supuesto para lo que deberá tener en cuenta que la Ley no se refiere a “cualesquiera supuestos de concurrencia de operaciones sucesivas o simultáneas, sino solamente a aquellos que además, hacen preciso un control específico de cómo se aplican los métodos de trabajo, dado que una aplicación inadecuada de tales métodos podría dar lugar a esa agravación o modificación del riesgo” (Exposición de Motivos V Ley 54/2003).

III. INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA MUY GRAVE POR INCUMPLIMIENTO DEL ART. 32 BIS LPRL.

Como ya hemos visto, establece el segundo párrafo del art. 13.8 TRLISOS que será constitutiva de infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la “falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o

¹³ Establece este precepto que la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos se entiende “sin perjuicio de las medidas previstas en disposiciones preventivas específicas referidas a determinadas actividades, procesos, operaciones, trabajos, equipos o productos en los que se aplicarán dichas disposiciones en sus propios términos, como es el caso, entre otros, de las siguientes actividades o trabajos: a) trabajos en inmersión con equipo subacuático; b) trabajos que impliquen exposición a radiaciones ionizantes; c) trabajos realizados en cajones de aire comprimido; d) trabajos con riesgo de explosión por la presencia de atmósferas explosivas; e) actividades donde se manipulan, transportan y utilizan explosivos, incluidos artículo pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos; f) trabajos con riesgos eléctricos”.

¹⁴ ÁLVAREZ MONTERO, A. y GARCÍA JIMÉNEZ, M., op. cit, pág. 139; FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Sobre la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales”, *AL*, n° 13, 2004, pág. 1587.

el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”. En cuanto a la determinación de estas actividades, la disposición adicional duodécima RSP, en su apartado segundo señala que, a efectos del art. 13.8.b) TRLISOS, “se consideran actividades peligrosas o con riesgos especiales las incluidas en el art. 22 bis.1.b) de este real decreto”.

Como vemos, el tipo objetivo de esta infracción no recoge el incumplimiento empresarial de la obligación de presencia en cualquiera de los casos en que la misma se hace necesaria sino únicamente en el supuesto previsto en la letra b) del art. 32 bis.1, siendo encuadrable el incumplimiento empresarial de esta obligación en los casos previstos en las letras a) y c) del citado artículo en el tipo de la infracción grave del párrafo segundo del art. 12.15 TRLISOS.

Lo que se sanciona no es únicamente la falta de presencia de los recursos preventivos sino también el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia, obligaciones que aparecen recogidas en el apartado tercero del art. 32 bis: que los recursos tengan la capacidad suficiente, dispongan de los medios necesarios y sean suficientes en número para vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas y permanezcan en el centro de trabajo el tiempo en que se mantenga la situación que ha determinado su presencia.

IV. LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DEL APARTADO SEGUNDO DEL ART. 13.8 TRLISOS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN.

1. La obligación de presencia de los recursos preventivos en las obras de construcción.

La disposición adicional decimocuarta LPRL (disposición añadida a la ley prevencionista por el art. 7 Ley 54/2003) regula la obligación de presencia de los recursos preventivos en las obras de construcción y establece en su apartado primero que lo previsto en el art. 32 bis LPRL será de aplicación a este concreto sector con las siguientes especialidades:

- a) La preceptiva presencia de los recursos preventivos se aplicará a cada contratista: el cumplimiento de la obligación de presencia corresponde a cada contratista que se encuentre en la obra de construcción, no afectando esta obligación a los subcontratistas y trabajadores autónomos¹⁵. De esta forma, sujeto responsable de la infracción del segundo párrafo del art. 13.8 TRLISOS en las obras de construcción sólo podrán ser los diferentes contratistas que actúen en la obra.
- b) En el supuesto previsto en el art. 32 bis.1.a), la presencia de los recursos preventivos de cada contratista será necesaria cuando, durante la obra, se desarrollen los trabajos con riesgos especiales que aparecen indicados en el Anexo II del RD 1627/1997: de la Exposición de Motivos de la Ley 53/2004 podría deducirse que la presencia de los recursos preventivos es necesaria en cualquier tipo de obra ya que al explicar el supuesto del

¹⁵ MOLTÓ GARCÍA, J.I., *La ley de reforma...*, op. cit., pág. 41.

párrafo *a*) del primer apartado del art. 32 bis destaca que la “la ley quiere referirse aquí a actividades tales como las obras de construcción o la construcción naval, en las que la investigación de accidentes ha demostrado que un gran número de éstos tiene su origen precisamente en el agravamiento o modificación de los riesgos” debido a la concurrencia de operaciones sucesivas o simultáneas. Sin embargo, de la letra *b*) del apartado primero de la disposición adicional que estamos comentando, se deriva que no todas las obras de construcción son subsumibles en el primer supuesto del art. 32 bis.1 (como parecería deducirse de la Exposición de Motivos Ley 54/2003), sino sólo aquellas en las que, según el desarrollo reglamentario, se ejecuten actividades o procesos considerados como peligrosos o con riesgos especiales¹⁶.

Respecto al supuesto previsto en el art. 32 bis.1.*b*) LPRL, cuya concreción es determinante para la configuración del tipo infractor que estamos analizando, y dado que la disposición adicional decimocuarta LPRL no contiene ninguna particularidad al respecto, entendemos que por actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales deben entenderse los previstos en el art. 22 bis.1.*b*) RSP y no los recogidos en el Anexo II RD 1627/1997 –la interpretación contraria implicaría, además, que en el sector de la construcción no se diferenciase entre los supuestos de las letras *a*) y *b*) del art. 32. bis.1 LPRL–.

También será necesaria la presencia de los recursos preventivos del contratista en la obra cuando dicha presencia sea requerida por la ITSS (supuesto del art. 32 bis.1.*c*) LPRL, respecto al cual no se establece ninguna especialidad en la disposición adicional decimocuarta).

- c) La preceptiva presencia de recursos preventivos tendrá como objeto vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y comprobar la eficacia de éstas: el plan de seguridad y salud es el documento que, en aplicación del estudio de seguridad y salud, o en su caso, del estudio básico, cada contratista ha de elaborar y en el cual se analizan, estudian y complementan las previsiones contenidas en el estudio o en el estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra, pudiendo el contratista incluir en dicho plan las propuestas de medidas alternativas de prevención, que en ningún caso podrán implicar una disminución de los niveles de protección previstos en el estudio o estudio básico (art. 7.1 RD 1627/1997).

La normativa específica de seguridad y salud ya prevé que los contratistas y subcontratistas, considerados como empresarios a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales – art. 2.2 RD 1627/1997–, tienen la obligación de cumplir y hacer cumplir a su personal lo establecido en el plan de seguridad y salud (art. 11.1.*b*) RD 1627/1997)¹⁷. La diferencia entre esta última obligación y la prevista

¹⁶ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la relación de trabajos que implican riesgos especiales recogida en el Anexo II RD 1627/1997 es una relación no exhaustiva. MOLTÓ GARCÍA señala, por otra parte, que los trabajos identificados en el punto 1 de este Anexo están presentes en cualquier “obra nueva”: MOLTÓ GARCÍA, J.I., *La ley de reforma...*, op. cit., pág. 41.

¹⁷ Los autónomos tienen también la obligación de cumplir lo establecido en el plan de seguridad y salud: art. 12.2 RD 1627/1997.

en la disposición adicional decimocuarta LPRL estaría además de en los sujetos obligados (contratista y subcontratista en aquella, únicamente contratista en esta última), en la “extensión” de la misma, pues en virtud de la obligación prevista en la ley prevencionista el contratista a la hora de cumplir con su obligación de vigilar que se cumple lo previsto en el plan de seguridad y salud lo habrá de hacer (cuando en la obra se realicen trabajos encuadrables en alguno de los supuestos del art. 32.bis.1 LPRL) mediante la presencia de sus recursos preventivos en la obra y además su deber de vigilancia no se limitará a su personal sino que se extenderá a los subcontratistas. A estos efectos debemos recordar que el contratista es el “empresario principal” del subcontratista y que del art. 24.3 LPRL y de la disposición adicional primera RDCA se deriva que aquél tiene el deber de vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de éste. Entendemos que con la obligación preventiva que la disposición adicional decimocuarta LPRL impone al contratista se concreta este deber de vigilancia. Así, cuando resulte aplicable el art. 32 bis LPRL en una obra de construcción, el contratista deberá, en cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta LPRL, vigilar que sus subcontratistas cumplen con la obligación preventiva prevista en el art. 11.1.b) RD 1627/1997 (obligación de cumplir y hacer cumplir a su personal lo establecido en el plan de seguridad y salud) mediante la presencia de sus recursos preventivos en la obra.

Se debe destacar por último, que, según lo previsto en la letra *c)* del primer apartado de la disposición adicional decimocuarta LPRL, con la presencia de los recursos no se persigue únicamente que el contratista vigile el cumplimiento de las medidas preventivas previstas en el plan de seguridad sino que además se pretende la comprobación de la eficacia de éstas. En el caso de que los recursos preventivos detecten en su actividad de vigilancia la ineficacia de alguna de las medidas preventivas previstas, el contratista habrá de modificar el plan de seguridad y salud en el trabajo de acuerdo con lo previsto en el art. 7.4 RD 1627/1997.

En este sentido la disposición adicional única RD 1627/1997, introducida en esta norma por el RD 604/2006¹⁸, viene a fijar una serie de especialidades –que se añaden a las ya previstas por la disposición adicional decimocuarta LPRL– aplicables al cumplimiento de la obligación de presencia por parte de los contratista. Además de recoger esta disposición que será en el plan de seguridad y salud donde se determine la forma de llevar a cabo la presencia de los recursos preventivos, recoge las necesarias actuaciones de las personas a las que se asigna la presencia cuando, como resultado de su actividad de vigilancia, observen un deficiente cumplimiento de las actividades productivas –deben dar las instrucciones necesarias para el correcto e inmediato cumplimiento de las actividades preventivas y poner tales

¹⁸ El RD 604/ 2006, introduce una nueva disposición adicional décima en el RSP, en la que se determina que el cumplimiento de la obligación preventiva del art. 32 bis LPRL en el ámbito de aplicación del RD 1627/1997 se aplicará en los términos establecidos en la disposición adicional única del citado RD – introducida por el propio RD 604/2006–.

circunstancias en conocimiento del empresario para que éste corrija las deficiencias observadas, si éstas no hubieran sido aún subsanadas– o la ausencia, insuficiencia o falta de adecuación de las medias preventivas – deben poner tales circunstancias en conocimiento del empresario, que procederá a corregir las deficiencias y a modificar el plan de seguridad y salud en lo términos previstos en el art. 7.4 RD 1627/1997–.

2. Infracción administrativa muy grave por incumplimiento de la disposición adicional decimocuarta LPRL.

El incumplimiento por parte de los contratistas de su obligación de mantener la presencia de sus recursos preventivos en la obra, cuando en la misma se ejecuten actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales, será encuadrable en el tipo infractor recogido en el segundo párrafo del art. 13.8 TRLISOS.

En cuanto a la determinación de estas actividades, es de destacar que a efectos sancionadores no se prevé ninguna especificidad para el sector de la construcción, por lo que será aplicable al mismo lo dispuesto en el segundo apartado de la disposición adicional duodécima RSP. Por tanto, a efectos de aplicación del tipo infractor del art. 13.8.b) TRLISOS en el sector de la construcción, se consideran actividades peligrosas o con riesgos especiales las incluidas en el art. 22 bis.1.b) RSP, y no las previstas en el Anexo II RD 1627/1997. Es de destacar que, de los trabajos enumerados en el Anexo II del RD 1627/1997, solo los recogidos en los números 1 –trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura– y 5 –trabajos con riesgo de ahogamiento por inmersión– aparecen previstos en el art. 22 bis.1.b) RSP.

También cometerá el contratista la citada infracción cuando, presentes sus recursos preventivos en la obra, se incumplan las obligaciones que derivan de su presencia, esto es, no se vigile efectivamente el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo o no se compruebe la eficacia de éstas.

Cuando el contratista incumpla el deber de presencia de sus recursos preventivos, en alguno de los trabajos enumerados en el Anexo II RD 1627/1997¹⁹ (excepto los recogidos en los apartados 1 y 5, que, como hemos visto, se incluyen en el art. 22 bis.1.b) RSP) o cuando dicha presencia hubiese sido requerida por la Inspección de Trabajo, dicho incumplimiento será constitutivo de la infracción grave del art. 12.15.b) TRLISOS.

A la hora de delimitar el tipo infractor que estamos analizando respecto de otras conductas punibles descritas en el TRLISOS, debemos tener en cuenta que, siendo la finalidad de la presencia de los recursos preventivos la vigilancia de que se cumple lo establecido en el plan de seguridad y salud, puede presentarse un problema de

¹⁹ No obstante, es de destacar que a un número importante de los trabajos enumerados en el Anexo II RD 1627/1997 –en concreto a los recogidos en los números 3, 4, 7, 8 y 9, que aparecen enumerados en el art. 22 bis.8 RSP– es de aplicación lo previsto en la Exposición de Motivos del RD 604/2006 en el sentido de que les serán de aplicación otras reglamentaciones que contemplan disposiciones específicas que contienen niveles de garantía que hacen innecesarios en tales casos el recurso a la presencia regulada en el art. 32. bis LPRL.

conurrencia de infracciones ya que la Ley 54/2003, en orden a mejorar la sistemática y precisión de los tipos infractores en el ámbito de aplicación del RD 1627/1997, añadió al listado de infracciones graves en materia de prevención de riesgos laborales del TRLISOS infracciones específicas en el ámbito de las obras de construcción, entre las que se encuentra la de incumplir “la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales” (art. 12.23.b) TRLISOS).

Entendemos que, cuando la obligación de vigilancia se incumple por parte del contratista en obras en las que resulta aplicable el art. 32 bis, aquél habrá de responder por la infracción grave del art. 12.15.b) TRLISOS o muy grave del art. 13.8.b) TRLISOS ya que, siendo el objeto de la presencia de los recursos preventivos vigilar el cumplimiento de las medidas previstas en el plan de seguridad o salud, el no seguimiento de este último implica necesariamente la “falta de presencia de los recursos preventivos” o “el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia”.

La infracción grave del art. 12.23.b) TRLISOS será aplicable²⁰, por tanto, cuando el incumplimiento por parte del contratista de su obligación preventiva prevista en el art. 11.1.b) RD 1627/1997 se produzca en obras de construcción donde no se requiera la presencia de los recursos preventivos.

También puede presentarse un problema de concurrencia de la infracción del art. 13.8 TRLISOS con la prevista en el apartado séptimo del propio art. 13, que, como vimos, tipifica como infracción muy grave la no adopción por parte de los empresarios concurrentes en un mismo centro de trabajo de las medidas de cooperación y coordinación necesarias cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.

Esta posible concurrencia se suscita porque la disposición adicional primera del RDCA al regular, en su apartado c), la aplicación de este real decreto en las obras de construcción establece que los *medios de coordinación* en el sector de la construcción serán los establecidos en el RD 1627/1997 (coordinadores de seguridad y salud) y en la *disposición adicional decimocuarta* LPRL. De esta forma, el incumplimiento del contratista de su obligación de presencia de los recursos preventivos puede ser constitutiva de la infracción prevista en el art. 13.7 TRLISOS.

Ahora bien, como vimos al analizar esta última infracción, la coordinación es una obligación de prevención distinta a la regulada en el art. 32 bis aunque estén estrechamente relacionadas –ya destacamos que uno de los posibles medios de coordinación a los que podían acudir los empresarios concurrentes era el de la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las diferentes empresas: art. 11.f) RDCA– y en el caso del sector de la construcción lleguen a confundirse –el artículo séptimo Ley 54/2003 que introduce en la LPRL la disposición adicional decimocuarta aparece bajo el título de “*Coordinación de actividades empresariales en las obras de construcción*”–.

Pero, a diferencia de la obligación de coordinación, la obligación del art. 32 bis LPRL no surge en todas las obras de construcción en las que concurre la actividad de varios

²⁰ También será aplicable cuando sea un subcontratista (que, como hemos visto, no responde por la infracción del art. 13.8 TRLISOS toda vez que no viene obligado por la disposición adicional decimocuarta LPRL) quien no cumple o hace cumplir a su personal lo establecido en el plan de seguridad y salud).

empresarios sino únicamente en las que se desarrollen trabajos de los previstos en el Anexo II RD 1627/1997 o art. 22.bis.1.b) RSP y en las que así lo requiera la Inspección de Trabajo. Además, en las obras en las que exista esta obligación, la presencia de los recursos se configura como un medio de coordinación que cada contratista que haya subcontratado determinadas partes o instalaciones de la obra ha de establecer obligatoriamente con el objeto de vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en su plan de seguridad y salud pero sin perjuicio de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra (apartado segundo de la disposición adicional decimocuarta LPRL), lo que, como destaca MOLTÓ GARCÍA, parece implicar que la preceptiva presencia de los recursos preventivos tiene “una función de coordinación de los subcontratistas de cada contratista y de cumplimiento directo del plan, dejando al coordinador la coordinación de contratistas”²¹.

De la concepción de la presencia de los recursos preventivos como medio de coordinación se deriva que el incumplimiento del contratista de esta obligación preventiva sea subsumible tanto en el tipo infractor del art. 13.7 TRLISOS como en el recogido en el segundo párrafo del art. 13.8 del propio texto sancionador. No obstante, entendemos que, al ser diferenciables las obligaciones de cooperación y de presencia de los recursos y establecer la normativa específica de seguridad y salud en las obras de construcción un responsable encargado de la coordinación en materia preventiva –el promotor– que habrá de designar a quien se constituye como medio de coordinación específico –el coordinador de seguridad y salud–, el contratista responderá por la infracción del art. 13.7 TRLISOS cuando incumpla con su deber de observar las medidas concretas de coordinación adoptadas por el coordinador de seguridad y salud –art. 11.e) RD 1627/1997– y cometerá la infracción prevista en el art. 13.8 TRLISOS cuando incumpla su obligación de presencia de los recursos preventivos.

Por último, destacar que con la obligación preventiva prevista en la disposición adicional decimocuarta y la posibilidad de que su incumplimiento se sancione a través de los arts. 12.15.b) y 13.8.b) TRLISOS, se ha modificado el régimen específico de responsabilidades que era de aplicación a las relaciones entre contratistas y subcontratistas. Así, antes de la Ley 54/2003, la inobservancia por parte del subcontratista, de las medidas preventivas previstas en el plan de seguridad, era constitutiva de alguna de las infracciones previstas en el listado de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales previsto en TRLISOS y el contratista, como empresario principal, respondía solidariamente con el subcontratista por esta infracción en virtud del art. 42.3 TRLISOS cuya aplicación al sector de las obras de construcción está específicamente previsto en el párrafo segundo del art. 11.2 RD 1627/1997²². La responsabilidad solidaria del empresario principal (contratista) sólo se daba en el caso de que existiese una previa infracción administrativa del subcontratista, al cual debía sancionarse, necesariamente, junto con el empresario principal.

Tras la Ley 54/2003, en las obras de construcción en las que sea aplicable el art. 32.bis LPRL, el incumplimiento del subcontratista de las medidas del plan de seguridad y salud es constitutivo de la infracción del art. 12.23.b) TRLISOS y si el contratista (empresario principal) ha desatendido su deber de vigilancia (que, como hemos visto, en estos casos se ha de cumplir mediante la presencia de sus recursos preventivos en la obra de construcción), éste responderá directamente a través de las infracciones del art.

²¹ MOLTÓ GARCÍA, J.I., *La ley de reforma...*, op. cit., pág. 41.

²² La remisión de este artículo al art. 42.2 LPRL debe entenderse hecha en la actualidad al art. 42.3 TRLISOS.

12.15.b) o 13.8.b) TRLISOS. Por tanto, para estos casos se modifica la norma específica de responsabilidad solidaria prevista en el art. 42.3 TRLISOS y cada uno responderá directamente por sus infracciones. Ahora bien, al tratarse de una responsabilidad directa del contratista no será necesario un previo incumplimiento del subcontratista de forma que, aun en el caso de que éste último observase todas las medidas preventivas del plan de seguridad, el contratista incurrirá en alguna de estas infracciones si no cumple con su deber de presencia de sus recursos preventivos.

Se introduce de esta forma un régimen específico de responsabilidad para el empresario principal en las obras de construcción en las que sea preceptiva la presencia de los recursos preventivos del contratista ya que éste responderá directamente por el incumplimiento de su deber de vigilancia regulado en la disposición adicional decimocuarta LPRL²³, mientras que el régimen general derivado de los arts. 24.3 LPRL, 42.3 TRLISOS y el listado de infracciones en materia preventiva previsto en este último texto sancionador determina que el incumplimiento del empresario principal de su deber de vigilancia no podrá ser sancionado si no va acompañado de una infracción administrativa del subcontratista toda vez que el TRLISOS no recoge una infracción administrativa independiente para sancionar dicho incumplimiento

²³ Ya que, como se acaba de decir, este incumplimiento es constitutivo de la infracción administrativa muy grave del segundo párrafo del art. 13.8 TRLISOS y esto con independencia de que el subcontratista esté o no cumpliendo con las medidas preventivas previstas en el plan de seguridad.

CAPÍTULO VII: INFRACCIÓN POR CELEBRACIÓN DE PACTOS QUE TENGAN POR OBJETO LA ELUSIÓN DE RESPONSABILIDADES EN EMPRESAS CON RELACIONES LABORALES TRIANGULARES.

I. INTRODUCCIÓN.

El art. 13.14 TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la “suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 de esta Ley”.

Por su parte, el apartado tercero del art. 42 TRLISOS establece unas normas específicas de responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales aplicables a los supuestos de contratación de obras o servicios correspondientes a la “propia actividad” –imponiendo una responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto a contratistas y subcontratistas–, y de relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal –declarando responsable a la empresa usuaria de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la seguridad y salud, así como del recargo de prestaciones–.

El tipo infractor que vamos a analizar fue añadido al listado de infracciones muy graves en materia preventiva por el art. 11.2 de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.

En el plano sustantivo, el art. 14 de la citada ley introdujo un tercer párrafo en el art. 42.3 TRLISOS para establecer que los “pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno”.

La doctrina¹ señaló, desde un primer momento, la innecesariedad de esta última declaración en tanto, tal y como destaca la propia Exposición de Motivos de la Ley 54/2003, “cualquier pacto que pretenda modificar un esquema de responsabilidades administrativas legalmente definido y tasado no puede surtir el efecto pretendido y debe tenerse por no puesto, a tenor de lo previsto en el art. 6.3 del Código Civil, según el cual los «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho»”.

Por lo que se refiere al recargo de prestaciones, el art. 123.2 LGSS ya establece que la responsabilidad del pago del recargo “recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”.

Por su parte, la doctrina judicial ya venía estableciendo la nulidad de los pactos que pretendiesen alterar el régimen de responsabilidades y así la STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2002² desestima el recurso de la empresa principal frente a la resolución que le sancionaba por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales al

¹ GUTIÉRREZ ARRANZ, R., op. cit., pág. LN-20. ÁLVAREZ MONTERO, A. y GARCÍA JIMÉNEZ, M., op. cit., pág. 146; ALEGRE LÓPEZ, J., *La Reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 116.

² JUR 2003/120453.

entender que los pactos contemplados en el contrato celebrado con la empresa contratista en virtud de los cuales esta última debía “cumplir y hacer cumplir durante la realización de los trabajos lo preceptuado en la Ordenanza de Seguridad e Higiene” y se responsabilizaba “plenamente de cualquier infracción a los Reglamentos de Seguridad”, son pactos “contra legem” que no “vinculan a la Administración, ni este Tribunal debe valorar”. En este sentido se pronuncia también la STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 1996³, señalando que la pretensión de la empresa principal, de exonerarse de responsabilidades derivadas de la aplicación de las normas de Seguridad e Higiene en el Trabajo en función del pacto contenido en el contrato celebrado con la empresa contratista en virtud del cual sería esta última empresa la que asumiría dichas responsabilidades, debe fracasar por tratarse aquéllas de “normas de derecho necesario inderogables por ninguna clase de pactos”.

No obstante, y como señala ALEGRE LÓPEZ⁴, la declaración del párrafo tercero del art. 42.3 TRLISOS “puede tener sentido como base para justificar formalmente la tipificación de su incumplimiento en la infracción”⁵ del art. 13.14 TRLISOS. Ahora bien, en este sentido hubiese sido preferible que en el ámbito sustantivo se recogiese una obligación en materia de prevención para los empresarios intervinientes en relaciones triangulares de trabajo consistente en abstenerse de celebrar estos pactos para eludir el régimen de responsabilidades establecido en el art. 42.3 TRLISOS. Nótese que, a través del art. 13.14 TRLISOS, se sanciona una conducta empresarial que no aparece prohibida expresamente en la normativa de prevención de riesgos laborales ya que la declaración del párrafo tercero del art. 42.3 TRLISOS se limita a invalidar los pactos suscritos pero no prohíbe su celebración. El deber de los empresarios de no suscribir este tipo de pactos se habrá de deducir de la regulación contenida en los arts. 13.14 y 42.3 TRLISOS.

En resumen, con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo de la normativa de prevención de riesgos laborales en los supuestos de pluralidad de empresarios, la Ley 54/2003 no se limita a declarar la nulidad de los pactos que pretendan alterar el régimen de responsabilidades que para estos supuestos recoge el TRLISOS, sino que completa esta declaración con la inclusión en el citado texto sancionador de un nuevo tipo infractor que recoge como infracción administrativa muy grave la celebración de dichos pactos⁶.

No obstante, la doctrina se muestra escéptica acerca del “efecto disuasor” de estas modificaciones introducidas por la ley de reforma en el TRLISOS por la dificultad de controlar estas prácticas de elusión de la responsabilidad cuando se producen por la vía

³ RJCA 1996/2395.

⁴ ALEGRE LÓPEZ, J., op. cit., pág. 116.

⁵ ÁLVAREZ MONTERO, A. y GARCÍA JIMÉNEZ, M., destacan que el art. 42.3 TRLISOS “cumple sólo una función pedagógica, de recuerdo de difusión de unos límites a la libertad de pactos, en esta materia, que son tradicionales en nuestro ordenamiento jurídico laboral”: op. cit., pág. 146.

⁶ Para RAMOS QUINTANA, “llama poderosamente la atención que la connivencia en este tipo de pactos sea objeto de una doble vía de represión; por una parte, utilizando la técnica sancionadora de la nulidad, es decir, invalidando los pactos suscritos y no reconociéndoles efecto alguno para el Derecho y, por otra, reconociéndolos, al convertirlos en tipo de infracción muy grave y sancionarlos consiguientemente. Se ataca una determinada actuación empresarial por medio de dos técnicas diferenciadas y de naturaleza diversa que ponen de manifiesto una incoherencia en el tratamiento jurídico de la ineficacia de ciertos negocios y prácticas jurídicas”: RAMOS QUINTANA, M.I., “El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre”, *RL*, n° 2, 2005, pág. 34.

de hecho⁷ y porque en la práctica la contratista no “se *atreve* a alegar esa solidaridad” en los supuestos en los que su negocio dependa de una manera importante de lo que facture a la principal⁸.

A continuación analizaremos los diferentes elementos de este tipo infractor introducido por la Ley 54/2003, haciendo referencia, en primer lugar, al hecho infractor y, posteriormente, determinando los sujetos responsables de este ilícito administrativo.

II. EL HECHO CONSTITUTIVO DE LA INFRACCIÓN.

1. La suscripción de pactos que tienen por objeto la elusión en fraude de ley...

El art. 13.14 TRLISOS sanciona la “suscripción de pactos”, sin hacer ninguna referencia expresa a la *forma* de los mismos, por lo que podemos entender que será subsumible en el tipo infractor todo pacto, escrito o verbal⁹, en el que se exima de responsabilidad a la empresa principal –en el caso de contratas y subcontratas de la propia actividad– o a la empresa usuaria –en las relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal–. Por otra parte, entendemos que será constitutivo de esta infracción tanto la elusión de la responsabilidad mediante pactos de mera adhesión aceptados por contratistas, subcontratistas o empresas de trabajo temporal como los supuestos en que dicha elusión se produce por la vía de hecho descontando la cuantía de la sanción del precio pactado por la prestación de servicios.

Por lo que se refiere a la referencia que el tipo infractor hace al “fraude de ley”, la doctrina¹⁰ ha señalado la discordancia que existe entre la Exposición de Motivos de la Ley 54/2003, que establece que cualquier pacto de elusión de la responsabilidad no podrá “surtir el efecto pretendido” y “debe tenerse por no puesto” ya que a tenor del art. 6.3 del Código Civil “los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho”, y la referencia que los arts. 42.3 y 13.14 TRLISOS hacen a que la elusión tenga que ser “en fraude de ley”, surgiendo la duda de si “la nulidad surge *ipso iure* o por el contrario debe existir una previa declaración judicial, como se exige para el fraude de ley”¹¹. Ante esta cuestión se ha entendido que no será necesaria la declaración judicial puesto que en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, el art. 42.3 TRLISOS establece claramente la nulidad absoluta¹², constituyendo la referencia al “fraude de ley” una confusión terminológica al no haber “pactos de exoneración de responsabilidades públicas, del tipo que éstas fueran, lícitos”¹³. Como hemos visto anteriormente, este criterio de nulidad de pleno derecho es seguido por los Tribunales al señalar que estos pactos de elusión de la responsabilidad son actos contra ley que no vinculan a la Administración¹⁴.

⁷ GARCÍA VIÑA, J., “Primeras aproximaciones a la Ley 54/2003”, AS, n° 19, 2004, pág. 84.

⁸ GUTIÉRREZ ARRANZ, R., op. cit., pág. LN-21.

⁹ GUTIÉRREZ ARRANZ, R., op. cit., pág. LN-20.

¹⁰ GONZÁLEZ LABRADA, M., “Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de contratación”, RDS, n° 27, 2004, pág. 64; ÁLVAREZ MONTERO, A. y GARCÍA JIMÉNEZ, M., op. cit., pág. 145;

¹¹ GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 64

¹² GONZÁLEZ LABRADA, M., op. cit., pág. 64

¹³ GUTIÉRREZ ARRANZ, R., quien señala que lo que seguramente quiere decir la norma es que la elusión sea antijurídica: op. cit., pág. LN-20.

¹⁴ STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2002 (JUR 2003/120453).

2. Las responsabilidades que se pretenden eludir.

Los pactos cuya celebración merecen el desvalor normativo del art. 13.14 TRLISOS tienen por objeto la elusión de las responsabilidades establecidas en el art. 42.3 del propio texto sancionador. Por tanto, para determinar el supuesto de hecho del tipo infractor que estamos analizando es necesario hacer referencia a estas responsabilidades.

Como vimos en la introducción, el apartado tercero del art. 42 TRLISOS establece unas normas específicas de responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales aplicables a los supuestos de contratación de obras o servicios correspondientes a la “propia actividad” y de relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal. Analizaremos a continuación estas responsabilidades de manera separada

A. La responsabilidad en el supuesto de contrata de la propia actividad.

El párrafo primero del apartado tercero del art. 42 TRLISOS establece que la “empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

La cuestión que suscita el art. 42.3 TRLISOS y que afecta al tipo infractor que estamos analizando es la determinación de las concretas responsabilidades alcanzadas por la solidaridad y cuya pretendida elusión mediante la celebración de pactos es constitutiva de la infracción que se está analizando.

a. La responsabilidad administrativa.

Como ya vimos en el primer Capítulo de este trabajo, la referencia literal a la «infracción» que hace el art. 42.3 LPRL nos permite entender que las responsabilidades administrativas están comprendidas en el ámbito de aplicación del precepto, por lo que la suscripción de pactos para eludir la misma será constitutivo de la infracción del art. 13.14 TRLISOS.

b. El recargo de prestaciones.

Debemos ahora determinar si la responsabilidad solidaria recogida en el art. 42.3 TRLISOS alcanza al recargo de prestaciones de forma que un pacto entre empresa contratista y principal que tuviese por objeto la elusión de dicha responsabilidad fuese constitutivo de la infracción tipificada en el art. 13.14 TRLISOS.

Inicialmente, la jurisprudencia, con ocasión de la aplicación del art. 93 LGSS (actual art. 123 LGSS) negó la posibilidad de imputar solidariamente la responsabilidad por el recargo de prestaciones a la empresa principal basándose en que el único personalmente obligado a cumplir las medidas de seguridad es el empresario del trabajador pues sólo él tiene contraída la deuda de seguridad por lo que el empresario principal no puede ser en

ningún caso el “empresario infractor” al que se refiere el citado precepto en su apartado segundo¹⁵. Posteriormente, el Tribunal Supremo, en sentencia unificadora sobre esta cuestión (STS 18 de abril de 1992¹⁶), acepta la imposición solidaria del recargo a la empresa principal en un supuesto de contrata correspondiente a la propia actividad de aquélla. Ahora bien, tal y como ha señalado la doctrina¹⁷, la *ratio decidendi* de esta sentencia no se encuentra tanto en las normas que establecen expresamente esta responsabilidad solidaria (la STS cita el art. 42.2 ET entendiendo que el pago de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo están “claramente comprendidas en el ámbito de protección de la Seguridad Social” y el art. 153 OGSHT, afirmando que en esta materia “no existe contradicción o enfrentamiento”¹⁸ sino “proximidad y coincidencia” entre este precepto y el art. 42.2 ET) sino más bien en una laxa interpretación de la noción de “empresario infractor” utilizada por el art. 123.2 LGSS. Señala la sentencia que “en los casos de contratas y subcontratas de obras o servicios, aunque es indiscutible que los empleados de la empresa contratista o subcontratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con ésta, no puede olvidarse que en muchas ocasiones desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella (...) por lo que “es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Por ello en estos casos, la determinación o aplicación del concepto de “empresario infractor” se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza sólo al empresario directo o propio, o sólo al principal, o a ambos a la vez”.

Así, posteriores sentencias del TS declararán la responsabilidad solidaria del empresario principal en supuestos de contratas que no son de su propia actividad entendiendo que aunque en la STS de 18 de abril de 1992 se refiere a un caso claro de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, “lo decisivo no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad”¹⁹.

¹⁵ STCT de 17 de junio de 1986; STCT de 20 de mayo de 1986; STCT de 1 de marzo de 1988. Como señala DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L. (“Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras o servicios en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de ley de prevención de riesgos laborales”, *AL*, nº 30 (I), 1995, pág. 518) esta línea jurisprudencial suponía ignorar la existencia o vigencia del art. 153.2 OGSHT, que establecía que “la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la ordenanza respecto de los trabajadores que aquéllos ocupen en el centro de trabajo de la empresa principal”.

¹⁶ RJ 1992/4849.

¹⁷ GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 141.

¹⁸ Por el contrario, la STS de 5 de febrero de 1992 (RJ 1992/886) había entendido que el art. 153 OGSHT había sido derogado “por la Disposición Final Tercera del ET, al disponer ésta que quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente Ley, pues estableciendo la Ley 8/80, de 10 de marzo en su art. 42 una nueva regulación de los supuestos de responsabilidad en casos de contratas y subcontratas de obras o servicios (...), se impone la conclusión de que el precitado art. 153, párrafo 2º, de la Ordenanza de 1971 quedó derogado en cuanto el mismo extiende la responsabilidad solidaria a la empresa principal más allá de los límites permitidos en el art. 42 del Estatuto...”

¹⁹ STS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9320). Esta doctrina es reiterada por la STS de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999/4705) que destaca que “aunque la sentencia de 18 de abril de 1992 se refiere a un supuesto en el que había coincidencia entre la actividad contratada y la propia de la empresa principal y se cita por ello el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, la decisión de esta sentencia no se funda de forma

Tras la entrada en vigor de la LRPL, el incumplimiento por parte de las empresas concurrentes en el mismo centro de trabajo de su deber de cooperación en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 24.1 LPRL) o de la empresa titular del centro –empresa comitente– de sus deberes de información e instrucción (art. 24.2 LPRL) han motivado la calificación de estas empresas como “infractoras” a efectos del art. 123.2 LGSS y la imposición solidaria del recargo de prestaciones en supuestos de contratas en el que las empresas no eran de la misma actividad productiva²⁰. Siguiendo esta doctrina podemos concluir que aun en el caso de entender, como hace cierto sector doctrinal²¹, que la responsabilidad por el recargo de prestaciones no tiene encaje en el art. 42.3 TRLISOS sería posible extender solidariamente la responsabilidad al empresario principal en contratas referidas a su propia actividad cuando éste incumpla su deber de vigilancia recogido en el art. 24.3 LPRL. Como destaca MIÑARRO YANINI, en las contratas que correspondan a la propia actividad de la

decisiva en este dato sino en una interpretación del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social sobre la noción d empresario infractor...”

²⁰ STSJ del País Vasco de 26 de junio de 2001 (AS 2001/4019); STSJ de Aragón de 27 de mayo de 2004 (AS 2004/2592).

Las obligaciones que impone el art. 24 LPRL también han servido a la jurisprudencia para imputar la responsabilidad solidaria a la empresa contratista (empleadora del trabajador accidentado) cuando ésta ha pretendido eludir la responsabilidad por recargo sosteniendo que no puede ser el “empresario infractor” al que se refiere el art. 123 LGSS por no serle imputable el incumplimiento que ha causado el accidente, debiendo responder exclusivamente la empresa principal. Como destaca la STSJ de Asturias de 5 de diciembre de 2003 (AS 2004/918) de aceptar lo anterior, parecería que las obligaciones preventivas “cesan en el momento en que el empleado es destinado a un centro de trabajo de otra empresa, siendo esta última a partir de entonces la encargada de garantizar la protección frente a los riesgos del trabajo. Desentenderse así de los propios trabajadores no es, desde luego, una conducta permitida en nuestro sistema jurídico de prevención de riesgos laborales, que, como regla general, atribuye directamente al empleador el deber de protección en todos los aspectos relacionados con el trabajo, incluso cuando los trabajadores se encuentran destinados en centros de trabajo de otras empresas (...). La satisfacción de ese deber (...) le ordenaba tomar constancia, por haber colaborado en su establecimiento, de la existencia de coordinación entre los trabajadores de las diversas empresas.” La STSJ de Castilla y León de 29 de diciembre de 2003 (AS 2004/377) también invoca las obligaciones preventivas recogidas en el art. 24 LPRL para declarar la responsabilidad solidaria de la empresa principal y contratista en el pago de recargo de prestaciones y rechazar el recurso de la empresa contratista (empleadora del trabajador accidentado) porque aunque el accidente ocurre en la obra de la empresa principal y con maquinaria suministrada por la misma, se debe tener en cuenta que el art. 24 LPRL “establece la obligación de la empresa principal y la contratista de coordinar las medidas de seguridad a adoptar, por lo que la recurrente debió requerir al empresario principal para que subsanase las deficiencias en los medios de trabajo puestos a disposición de sus trabajadores”.

²¹ En opinión de LLANO SÁNCHEZ “la aplicación de la solidaridad del art. 42.2 LPRL a todo tipo de responsabilidades no está clara, y ello porque la LPRL se limita a regular la responsabilidad administrativa, sin perjuicio a que también aluda a la responsabilidad civil y a la de Seguridad Social, pero sin entrar en su regulación (salvo en algún aspecto como la compatibilidad), remitiéndose para su regulación a la normativa específica”: LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 346. En este sentido también ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 142, para quienes la “responsabilidad solidaria del empresario principal con sus contratistas y subcontratistas, a que se refiere el artículo 42.2 de la LIS, afecta sólo a las administrativas reguladas en ésta, no a los recargos (...) que, según la LPRL, artículo 42.3, se siguen ajustando a su «normativa reguladora»”. Otro indicio de que la responsabilidad del art. 42.2 TRLISOS no se extiende al recargo aparece en la Exposición de Motivos de la Ley 54/2003 que, al hacer referencia a la tipificación como infracción muy grave de la suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión de la responsabilidad solidaria recogida en aquel precepto, no hace referencia al recargo de prestaciones al señalar que la nulidad de estos pactos establecida en su último párrafo obedece a que “cualquier pacto que pretenda modificar un esquema de *responsabilidades administrativas* legalmente definido y tasado no puede surtir el efecto pretendido y debe tenerse por no puesto”.

empresa principal, “el extenso deber de vigilancia que impone al principal el art. 24.3 LPRL ha reforzado su condición de empresario infractor”²² ya que en el caso de que la empresa principal contrate obras o servicios que no sean de su propia actividad, únicamente se le podrá hacer responder solidariamente a aquélla por el recargo de prestaciones en el caso de que le sea imputable una infracción de la normativa preventiva que haya contribuido a desencadenar el siniestro pero en ningún caso responderá cuando las deficiencias en materia de seguridad se deban exclusivamente a un incumplimiento de la empresa contratista o subcontratista –lo que, tras la entrada en vigor de la LPRL, parece más difícil dado las obligaciones preventivas de coordinación, información e instrucción que imponen a las empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo los dos primeros apartados del art. 24 LPRL²³–; pero si la contrata es de la propia actividad de la empresa principal, el deber de vigilancia de ésta supondrá su implicación en los incumplimientos de contratistas y subcontratistas por lo que será posible calificarla de empresario infractor²⁴ y hacerle responder solidariamente del recargo.

Ahora bien, nótese que en los anteriores supuestos la imposición solidaria del recargo se hace al margen del art. 42.3 TRLISOS, por lo que si existiese un pacto entre empresa principal y contratista que pretendiese eludir esta responsabilidad, el mismo carecería de efectos ya que, conforme al apartado segundo del art. 123 LGSS, la responsabilidad del pago del recargo “recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”²⁵ pero no sería constitutivo de la infracción que estamos analizando.

No obstante, nos alineamos con el sector doctrinal que entiende que la responsabilidad solidaria del empresario principal recogida en el art. 42.3 TRLISOS se extenderá al recargo de prestaciones “pues así se deduce de su tenor literal que no hace distinción alguna”²⁶ por lo que los pactos celebrados entre empresa principal y contratista con objeto de eludir esta responsabilidad además de resultar nulos por aplicación de los artículos 123.2 LGSS y 42.3 TRLISOS serán constitutivos de la infracción del art. 13.14 TRLISOS.

El alcance aquí defendido de la responsabilidad solidaria aparece en la STS de 11 de mayo de 2005²⁷ que al imponer solidariamente el recargo de prestaciones a la empresa principal aplica el art. 42.3 TRLISOS.

c. La responsabilidad civil.

Por último, y por lo que se refiere a la responsabilidad civil de carácter indemnizatorio, entendemos que, al igual que la responsabilidad administrativa y por recargo de

²² MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 107.

²³ Ver en este sentido las resoluciones judiciales citadas en la nota nº 20 de este Capítulo.

²⁴ El incumplimiento por parte de la empresa principal de su deber de vigilancia supondrá la calificación de ésta como empresario infractor ya que ese deber de vigilancia “tiene cabida entre las medidas generales de seguridad e higiene en el trabajo que deben ser observadas por el empresario según dispone el art. 123.1 de la LGSS...” (STSJ del País Vasco de 9 de abril de 2002: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núms. 233-234, 2002, págs. 248 y ss.).

²⁵ En este sentido, la citada STSJ del País Vasco de 9 de abril de 2002.

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 345; GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 151.

²⁷ RJ 2005/6026.

prestaciones, se encuentra incluida en el ámbito de aplicación del art. 42.3 TRLISOS²⁸. Esta postura es la asumida, entre otras, por las STSJ de Cataluña de de 26 de febrero de 2001²⁹ y de 19 de julio de 2001³⁰ que aplican los arts. 24.3 y 42.2 LPRL a la hora de imponer solidariamente la responsabilidad civil por daños a empresario principal y contratista. No obstante, y como señala LLANO SÁNCHEZ³¹, aun en el caso de entender que la responsabilidad civil no está incluida en el ámbito de aplicación del art. 42.3 también sería posible aplicar la técnica de la solidaridad para exigir la responsabilidad civil por daños ya que “en el Derecho Civil se admite que medie la solidaridad entre los causantes directos del hecho dañoso y los que contribuyeron al mismo por culpa *in eligendo o in vigilando*, por lo que es posible exigir tal responsabilidad sin necesidad de la mediación del art. 42.2 LPRL”. En este último sentido, la STSJ de Asturias de 3 de octubre de 1997³² condena solidariamente a la empresa principal y contratista al abono de la indemnización de daños y perjuicios establece que “cuando queda acreditado que la conducta culposa conminada en la ley con la responsabilidad relativa al resarcimiento resulta imputable a varios sujetos, es el propio artículo 1101 del Código Civil –siempre que los mismos actúen en cumplimiento de obligaciones que les vinculan con el acreedor afectado por el perjuicio– el que ya en principio prescribe una solidaridad derivada del hecho natural de la coautoría”.

Ahora bien, la responsabilidad civil presenta una importante diferencia a efectos del tipo infractor que estamos analizando respecto a la responsabilidad administrativa y por recargo de prestaciones. Nos referimos al hecho de que la responsabilidad civil es una responsabilidad asegurable³³.

Tal y como recoge la STSJ de Asturias de 3 de octubre de 1997³⁴, el art. 1102 del Código civil “al prohibir sólo la disposición de la responsabilidad contractual procedente de dolo, acoge la legitimidad de los pactos cuyo objeto sea la originada en simple culpa, que es así una *res in consorcium* con plena aptitud para ser materia de negocios jurídicos, conforme al artículo 1271 del propio cuerpo legal. La validez y eficacia de convenios de esta naturaleza, habituales, por otro lado, en los contratos de obra, viene siendo reconocida por el Tribunal Supremo con tan unánime reiteración, que ello es prácticamente un verdadero tópico jurisprudencial. Pero también lo es que esta eficacia se establece rigurosa y exclusivamente entre las partes, impidiendo la jurisprudencia aludida su oposición a tercero. Nada se opone, por tanto, a las pretensiones de este signo que la recurrente pueda ejercitar en su momento contra la que aquí es litisconsorte suya, pero sí a que el concierto en cuestión pueda servir para eximirla frente al demandante perjudicado, que evidentemente no es parte en él”.

Por otra parte, y por lo que se refiere al ámbito preventivo, debemos recordar que el art. 15.5 LPRL permite a las empresas concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo respecto de sus trabajadores.

²⁸ GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 150; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 345.

²⁹ AS 2001/759.

³⁰ AS 2001/2749.

³¹ LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 347.

³² AS 1997/3417.

³³ MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 273

³⁴ AS 1997/3417.

Lo anterior supone que estos pactos de elusión de la responsabilidad civil, al no ser contrarios a normas imperativas, no tendrán encuadramiento en el tipo infractor que estamos analizando.

B. La responsabilidad en el supuesto de empresas de trabajo temporal.

Establece el segundo párrafo del art. 42.3 TRLISOS que en las relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal y sin perjuicio de las responsabilidades propias de éstas, “la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de faltas de medidas de seguridad e higiene”. Como vemos, aunque el precepto recoge una norma específica sobre responsabilidad empresarial en materia preventiva para los supuestos de relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal, las responsabilidades previstas en el mismo se imputan, con carácter exclusivo, a la empresa usuaria.

Por lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales en estas relaciones de trabajo, el RD 216/1999, de 5 de febrero, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en las empresas de trabajo temporal, señala que los trabajadores de estas últimas están más expuestos que los demás trabajadores a riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales. Estos riesgos suplementarios están relacionados con determinados modos específicos de integración en la empresa, lo que supone valorar la peculiar relación triangular que genera el contrato de puesta a disposición, de forma que el trabajador contratado, por una empresa de trabajo temporal, presta sus servicios en el ámbito organizativo de una empresa distinta, la empresa usuaria, con sus consiguientes efectos en cuanto a su presencia en un ámbito de condiciones de trabajo y, con ello de riesgos laborales, que no es el de su empresario laboral. Es esta circunstancia la que motiva que se establezcan para estas empresas usuarias deberes y obligaciones específicas en materia preventiva, con objeto de garantizar el derecho de los trabajadores de empresas de trabajo temporal (reconocido en el art. 28.1 LPRL) al mismo nivel de protección de su seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan servicios.

Las obligaciones preventivas de la empresa usuaria (que como acabamos de ver es a la única que se refiere el art. 42.3 TRLISOS) las podemos clasificar en:

1. Obligaciones con carácter previo a la celebración del contrato de puesta a disposición:
 - a. Obligación de información, a la empresa de trabajo temporal, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas desde el punto de vista de la protección de la salud y la seguridad del trabajador que vaya a ser contratado y de los restantes trabajadores de la empresa usuaria. Esta obligación preventiva aparece recogida en el párrafo segundo del art. 28.5 LPRL y ha sido desarrollada por el art. 2 RD 216/1999.

- b. De la anterior obligación deriva la prohibición de celebrar un contrato de puesta a disposición para cubrir un puesto de trabajo respecto del que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos (art. 2.1 RD 216/1999).
- c. Obligación de no celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos que presenten especial peligrosidad para la seguridad o la salud. Se trata de una exclusión a la celebración de contratos de puesta a disposición establecida en el art. 8.b) LETT y basada en el hecho de que la especial peligrosidad de estos trabajos hace que la adopción de medidas preventivas de otra índole no garantice los adecuados niveles de seguridad y salud. La relación de actividades y trabajos excluidos aparece recogida en el art. 8 RD 216/1999.

2. Obligaciones previas al inicio de la prestación de servicios del trabajador:

- a. Obligación de información al trabajador de la empresa de trabajo temporal acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a los mismos. Se trata de una obligación que la empresa usuaria deberá con carácter previo al inicio de la prestación de servicios. Esta obligación aparece recogida en los arts. 16.1 LETT, 28.5 LPRL y 4.1.c) RD 216/1999.
- b. Deber de recabar la información necesaria de la empresa de trabajo temporal para asegurarse de que ésta ha cumplido con sus obligaciones preventivas de vigilancia de la salud, formación e información (art. 4.1 RD 216/1999).
- c. Obligación de informar a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención o, en su caso, al servicio de prevención, de la incorporación de los trabajadores de empresas de trabajo temporal (art. 28.5 LPRL; art. 4.3 RD 216/1999).
- d. Obligación de informar a los delegados de prevención o, en su defecto, a los representantes legales de sus trabajadores de la incorporación de un trabajador puesto a disposición por una empresa de trabajo temporal (art. 28.5 LPRL; art. 4.3 RD 216/1999).

3. Obligaciones desde la prestación de servicios del trabajador:

- a. Obligación de informar a la empresa de trabajo temporal, a efectos de que ésta pueda cumplir con sus obligaciones en materia de vigilancia periódica de los trabajadores puestos a disposición, de los resultados de toda evaluación de riesgos a que estén expuestos dichos trabajadores (art. 5.3 RD 216/1999).
- b. Deber de tener en cuenta la incorporación, en cualquiera de las empresas que realizan actividades en un mismo centro de trabajo, de trabajadores de empresas de trabajo temporal a efectos de cumplir con las obligaciones preventivas previstas en el art. 24 LPRL (art. 5.2 RD 216/1999).
- c. La empresa usuaria será responsable de la ejecución del trabajo de los trabajadores puestos a su disposición por una empresa de trabajo temporal en todo lo relacionado con la protección de su salud y seguridad (art. 16.2 LETT; art. 28.5 LPRL; art. 5.1 RD 216/1999). Esta imputación de responsabilidad supone que la empresa usuaria es la obligada a realizar las actividades preventivas previstas en la LPRL (con la salvedad de las obligaciones

expresamente imputadas a la empresa de trabajo temporal³⁵), lo que resulta lógico teniendo en cuenta que es esta empresa la titular del centro de trabajo, de los bienes de producción y del poder de dirección respecto al trabajador cedido.

El incumplimiento de las anteriores obligaciones tiene su respuesta en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, al recoger el TRLISOS diversos tipos infractores que sancionan dichos incumplimientos.

A estos efectos debe tenerse en cuenta que la empresa usuaria se constituye como sujeto responsable respecto de las obligaciones que se establecen en su legislación específica y en la de prevención de riesgos laborales (art. 2.7 TRLISOS), siempre, claro está, que el incumplimiento de dichas obligaciones esté tipificado como infracción administrativa.

Esta tipificación se produce de manera clara por lo que se refiere al incumplimiento: de la prohibición de celebrar contratos de puesta a disposición para la cobertura de puesto de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos (art. 19.2.b) TRLISOS); de la prohibición de formalizar contratos de puesta a disposición para la realización de aquellas actividades y trabajos que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente (art. 19.3.b) TRLISOS); de la obligación de información al trabajador temporal acerca de los riesgos y de las medidas preventivas adoptar (art. 19.2.d) TRLISOS); del deber de recabar, antes del inicio de la prestación de servicios de los trabajadores puestos a disposición, la información necesaria de la empresa de trabajo temporal para asegurarse de que ésta ha cumplido con sus obligaciones preventivas de vigilancia de la salud, formación e información (art. 19.2 f) TRLISOS); del deber de información a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de prevención o, en su caso, al servicio de prevención de la incorporación a la empresa de trabajadores proporcionados por empresas de trabajo temporal (art. 12.18 TRLISOS).

Fuera del listado de tipos infractores y como norma específica de responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales, el art. 42.3 TRLISOS declara responsable a la empresa usuaria de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la seguridad y salud y del recargo de prestaciones.

Como hemos visto más arriba, los arts. 16.2 Ley 14/1994, 28.5 LPRL y 5.1 RD 216/1999 establecían esta responsabilidad de la empresa usuaria respecto a las condiciones de trabajo lo que implicaba imputar, en el ámbito sustantivo a la empresa usuaria, las obligaciones que en materia preventiva se derivan de la titularidad del centro de trabajo, de los medios de producción y del poder de dirección sobre el trabajador cedido temporalmente.

El art. 42.3 TRLISOS complementa las anteriores normas sustantivas en el sentido de declarar responsable a la empresa usuaria de los incumplimientos de las anteriores obligaciones tanto por lo que se refiere a la responsabilidad administrativa como al recargo de prestaciones.

³⁵ Estas obligaciones que aparecen recogidas en el segundo párrafo del art. 28.5 LPRL y desarrolladas en el art. 3 RD 216/1999 son las de proporcionar una formación en materia preventiva al trabajador, encargarse de la vigilancia de su salud y trasladarle la información que la empresa usuaria ha dado a la empresa de trabajo temporal acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas.

La anterior responsabilidad no excluye, como el propio precepto se encarga de recordar, la responsabilidad administrativa de la empresa de trabajo temporal por los incumplimientos de las obligaciones que la normativa de prevención le impone y que aparecen tipificados en el TRLISOS (arts.12.2; 12.8; 18.2.c); 18.3.b)) ni, como es lógico, la responsabilidad de la propia empresa usuaria por incumplimientos de otras obligaciones preventivas y que como hemos visto aparecen tipificados como infracciones específicas.

Por lo que se refiere al tipo infractor que estamos analizando debemos tener en cuenta que al referirse el art. 42.3 TRLISOS exclusivamente a la responsabilidad de la empresa usuaria derivada del incumplimiento de la obligación preventiva de garantizar la seguridad y salud en las condiciones de ejecución del trabajo (la específica obligación que recoge el art. 5.1 RD 216/1999) y del recargo de prestaciones, el respeto al principio de tipicidad implica que sólo serán encuadrables en el art. 13.14 TRLISOS los pactos suscritos por empresa usuaria y empresa de trabajo temporal que persigan trasladar a esta última aquellas responsabilidades. Si el pacto suscrito pretende alterar el reparto de otro tipo de responsabilidades –por ejemplo asumiendo la empresa de trabajo temporal en exclusiva la responsabilidad por celebrar un contrato de puesta a disposición para la realización de actividades y trabajos de especial peligrosidad³⁶–, el mismo carecerá de efectos pero no será constitutivo de la infracción muy grave que estamos comentando.

III. SUJETO RESPONSABLE DE LA INFRACCIÓN: EL EMPRESARIO PRINCIPAL EN EL SUPUESTO DE CADENA DE CONTRATAS.

En primer lugar cabe destacar que la conducta sancionable a través del art. 13.14 TRLISOS es el intento de eludir el régimen de responsabilidades establecido en el art. 42.3 de la citada norma por lo que parecería lógico que los sujetos responsables del tipo infractor fuesen los empresarios que intentan eludir aquéllas, esto es, las empresas principales en supuestos de contratas de la propia actividad³⁷ y las empresas usuarias en las relaciones de trabajo de las empresas de trabajo temporal. No obstante, entendemos que de la redacción del art. 13.14 TRLISOS se deriva que las empresas contratistas y las de trabajo temporal deberán responder solidariamente con aquéllas ya que, necesariamente, han participado en el hecho típico recogido en aquel tipo infractor: la suscripción de determinados pactos. Se trataría de aplicar a estos supuestos el 130.3.I LRJAP: como la obligación de abstenerse de celebrar determinados pactos se impone de manera conjunta a las empresas que intervienen en estas relaciones triangulares de trabajo, éstas responderán de forma solidaria en el caso de que se cometa la infracción del art. 13.14 TRLISOS.

A la hora de determinar los sujetos responsables del tipo infractor que estamos analizando pueden surgir dudas en cuanto a la identificación de la empresa principal en los supuestos de cadena de contratas dada la diferente redacción del art. 24.3 LPRL respecto al art. 42.3 TRLISOS.

³⁶ Conducta que aparece sancionada en el TRLISOS por lo que se refiere a la empresa de trabajo temporal a través del art. 18.3.b) y respecto a la empresa usuaria a través del art. 19.3.b).

³⁷ En este sentido, GUTIÉRREZ ARRANZ, para quien la sanción administrativa se aplicará al empresario principal, “que se supone que es el que ha puesto esta cláusula en el contrato que podríamos llamar de adhesión”: GUTIÉRREZ ARRANZ, R., op. cit., pág. LN-21.

Como venimos viendo, este último precepto establece que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado tercero del art. 24 LPRL. Para determinar quién haya de entenderse como empresario principal en los supuestos de cadena de contrata analizaremos previamente el supuesto de hecho del art. 24.3 LPRL y el alcance del deber de vigilancia impuesto por el citado precepto.

1. El supuesto de hecho del art. 24.3 LPRL.

Establece el art. 24.3 LPRL que 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 sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”.

El supuesto de hecho del apartado tercero del art. 24 LPRL comparte con los supuestos recogidos en los dos primeros apartados del propio artículo el requisito locativo: la obligación preventiva surge cuando en un mismo centro de trabajo³⁸ concurren varias empresas; para que surja el deber de vigilancia de la empresa principal es necesario que la contrata o subcontrata se desarrolle en el centro de trabajo de aquélla. Por tanto, el art. 42.3 TRLISOS no es aplicable al supuesto previsto en el art. 24.4 LPRL: contrata o subcontrata en la que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no prestan servicios en los centros de trabajo de la empresa principal pero deben operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por esta última. De esta forma, aunque esta última contrata fuese de la propia actividad de la empresa principal, ésta no tiene el deber de vigilancia al que se refiere el art. 24.3 LPRL por lo que en ningún caso podrá ser sujeto responsable de la infracción del art. 13.14 TRLISOS.

También es necesario para que surja la obligación de vigilancia del art. 24.3 LPRL, que las empresas contratistas y subcontratistas sean de la “propia actividad”³⁹ de la empresa principal.

³⁸ Respecto al centro de trabajo, debemos recordar lo dicho al analizar los dos primeros apartados del art. 24 LPRL, esto es, que “la doctrina científica y la jurisprudencia (...) vienen entendiendo que el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el art. 1.5 del Estatuto de los Trabajadores no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión «lugar de trabajo»” (STS de 26 de mayo de 2005 –RJ 2005/9702–). Postura doctrinal y jurisprudencial recogida por el art. 2.a) RDCA al definir el centro de trabajo como “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”.

³⁹ Señala el TS que “dos teorías doctrinales han procurado precisar el alcance de este concepto jurídico indeterminado que es la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal. La primera de ellas es la teoría del ciclo productivo, de acuerdo con la cual el círculo de la propia actividad de una empresa queda delimitado por las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado. Una segunda posición sobre el alcance de las responsabilidades establecidas en el art. 42 del ET es la teoría que podemos llamar de las actividades indispensables, que dilata el alcance de aquéllas a todas las labores, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones. La más reciente doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo se ha inclinado por la primera de estas dos tesis, excluyendo del ámbito de la propia actividad de la empresa principal a las actividades complementarias inespecíficas, como la vigilancia de edificios de centros de trabajo”: STS de 29 de octubre de 1998 (RJ 1998/9049).

Algunos autores⁴⁰ han criticado el que la obligación preventiva de vigilancia que estamos comentando se imponga únicamente a la empresa principal cuando el contratista o subcontratista desarrolle la propia actividad de aquélla ya que este dato no debería ser relevante cuando de lo que se trata es de garantizar la seguridad en un determinado medio de trabajo. No compartimos esta crítica al entender, como destaca LLANO SÁNCHEZ⁴¹, que la prevención de riesgos laborales en caso de contratas y subcontratas que no son de la propia actividad queda garantizada con las obligaciones preventivas que los dos primeros apartados del art. 24 LPRL establecen, en supuestos de concurrencia de empresarios, para las empresas concurrentes y para el empresario titular del centro de trabajo⁴². Teniendo en cuenta que del incumplimiento del deber de vigilancia se puede derivar –siempre que exista infracción por parte de la empresa contratista o subcontratista–, la responsabilidad solidaria de la empresa principal, parece que la ley ha querido introducir, mediante el requisito de la propia actividad, un factor limitativo que evite la “responsabilidad general e indiscriminada”⁴³ ya que la exigencia de un deber de vigilancia, que coloca a la empresa principal en situación de “garante” del cumplimiento de la normativa preventiva por parte de contratistas y subcontratistas, tiene sentido en los casos en los que los riesgos de la actividad contratada y las normas de seguridad e higiene aplicables a los mismos deben ser necesariamente conocidos por la empresa comitente al tratarse de una actividad integrada en el ciclo productivo de la empresa y de cuyos resultados se beneficia directamente⁴⁴.

Por último, el supuesto del apartado tercero difiere con el apartado primero y comparte con el segundo (que, como vimos, impone la obligación de informar acerca de los riesgos del centro de trabajo al empresario titular aún cuando no tenga trabajadores en dicho centro) el hecho de que la obligación de vigilancia se impone al empresario principal aunque éste no tenga trabajadores en el centro de trabajo en el que los trabajadores de la contrata o subcontrata están desarrollando su trabajo⁴⁵.

⁴⁰ PÁRAMO MONTERO, P., op. cit., pág. 230.

⁴¹ LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 330.

⁴² Si hemos rechazado la crítica al requisito de la propia actividad basándonos en que el nuevo régimen preventivo introducido por el art. 24 LPRL asegura las exigencias de seguridad e higiene en el caso de concurrencia empresarial, debemos compartir las críticas que sobre este requisito formuló la doctrina al comentar el art. 40 LISOS, con anterioridad a la entrada en vigor de la LPRL: DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L., op. cit., pág. 530; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *RL*, nº 12, 1992, pág. 145. En la situación anterior a la LPRL, los incumplimientos de la empresa principal de la normativa de prevención que afectasen a los trabajadores de una contrata o subcontrata que no fuese de la propia actividad de aquélla quedarían sin sanción administrativa al no ser la empresa principal sujeto responsable (no es el empresario en la relación laboral al que se refiere el art. 2.1 LISOS) ni podersele imputar la responsabilidad directa que recogía el art. 40 LISOS (por no ser la contrata o subcontrata de la propia actividad). En la actualidad, estos incumplimientos de la empresa principal serán encuadrables en algunos de los tipos infractores que sancionan la inobservancia de las obligaciones preventivas recogidas en los dos primeros apartados del art. 24 LPRL que hemos comentado anteriormente.

⁴³ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo (el art.40 de la Ley 8/1988)”, *AL* (I), 1992, pág. 7.

⁴⁴ LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 331.

⁴⁵ Así, la STS de 26 de mayo de 2005 –RJ 2005/9702– impone solidariamente el recargo de prestaciones a la contratista principal que subcontrata una obra perteneciente a su propia actividad aun cuando en el centro de trabajo en el que el trabajador de la subcontratista sufre el accidente no hubiese trabajadores de la contratista.

2. Alcance del deber de vigilancia.

A la hora de determinar el ámbito del deber de vigilancia, esto es, las normas de seguridad y salud que, afectando al contratista o subcontratista, deben ser vigiladas por la empresa principal, debemos tener en cuenta que, según el RDCA, este deber da lugar a la realización de determinadas comprobaciones por parte del empresario principal. Así, en cumplimiento del art. 10.2 RDCA la empresa principal exigirá antes del inicio de la actividad en su centro de trabajo a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado para las obras y servicios contratados la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva y que han cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo.

También deberá el empresario principal “comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas” (art. 10.3 RDCA).

Entendemos que este desarrollo reglamentario no agota el deber de vigilancia del empresario principal⁴⁶, que seguirá viniendo obligado a vigilar que los contratistas y subcontratistas cumplen efectivamente las medias preventivas que formalmente han establecido en su plan de prevención⁴⁷, de forma que el cumplimiento por parte de la empresa principal de las actividades de comprobación previstas en el art. 10.2 RDCA no le exoneran de la responsabilidad solidaria en caso de incumplimiento de la normativa prevencionista por parte de contratistas o subcontratistas. En este sentido, hay que interpretar el art. 10.4 RDCA cuando establece que lo dispuesto en sus apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en el art. 42.3 TRLISOS⁴⁸.

3. El “empresario principal” en el supuesto de cadenas de contratas.

Como se dijo anteriormente las diferentes redacciones de los arts. 24.3 LPRL y 42.3 TRLISOS suscitan dudas a la hora de determinar quién haya de considerarse como empresario principal en los casos en que se produzca una sucesión de contratas, lo que tendrá importancia a la hora de reconocer en estos supuestos a los sujetos responsables de la infracción que estamos examinando.

⁴⁶ Como destaca FERNÁNDEZ MARCOS, la vigilancia del empresario principal ha de comprender dos actuaciones: “la evaluación «a priori» de la solvencia técnica del contratista, de que está en condiciones técnicas y organizativas de poder cumplir la normativa de prevención y la comprobación periódica de que efectivamente la cumple, en la ejecución del trabajo”: FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 122. El RDCA vendría a concretar las obligaciones de vigilancia «a priori» a las que se refiere el autor.

⁴⁷ Como determina el art. 16.2.b) LPRL, el plan de prevención deberá, una vez detectados los riesgos para la seguridad y salud a través de la evaluación, determinar las diferentes actividades preventivas que se han de llevar a cabo para eliminar o reducir y controlar tales riesgos, incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución.

⁴⁸ De opinión contraria es LLANO SÁNCHEZ, M., “El reglamento de...”, op. cit., pág. 1561, quien interpreta el reglamento en el sentido de que el empresario principal que cumpla con los deberes de comprobación establecidos en el art. 10.2 RDCA debe quedar al margen de la responsabilidad solidaria del art. 42.3 TRLISOS pues de otra forma se “provocaría una gran inseguridad jurídica, ya que la regulación reglamentaria produciría el efecto de multiplicar los deberes preventivos sin que su cumplimiento se traduzca en la posibilidad de evitar la responsabilidad empresarial”.

A. Las cadenas de contratatas en el art. 24.3 LPRL.

Por lo que se refiere a las empresas obligadas por el deber de vigilancia, debemos tener en cuenta que el art. 24.3 LPRL impone el mismo a las empresas contratistas y subcontratistas por lo que en el caso de cadenas de contratatas y subcontratatas de la propia actividad este deber lo tiene no sólo la comitente inicial sino también la “contratista y la subcontratista siempre que estas dos últimas recurran a su vez a la subcontratación”⁴⁹.

Además, el deber de vigilancia de las empresas intervinientes en la cadena de contratatas y subcontratatas no se limita a la que ocupa la posición inmediatamente inferior sino que se extiende por toda la cadena de contratatas y subcontratatas en sentido descendente⁵⁰. En este sentido, el art. 10.2 RDCA al regular la obligación de la empresa principal de exigir a contratistas y subcontratistas la acreditación por escrito de que han cumplido con sus obligaciones de evaluación y planificación de riesgos y de información y formación respecto a los trabajadores, señala para el caso de cadena de contratatas que estas acreditaciones deben ser exigidas por la empresa contratista, para su entrega al empresario principal, cuando aquella subcontrate con otra empresa la realización de parte de la obra o servicio.

B. La responsabilidad del art. 42.3 TRLISOS en el supuesto de cadenas de contratatas.

Respecto a la responsabilidad solidaria, que establece el art. 42.3 TRLISOS en los supuestos de cadenas de contratatas, la duda surge por la falta de correspondencia entre las redacciones del art. 24.3 LPRL y del art. 42.3 TRLISOS en tanto el precepto prevencionista impone el deber de vigilancia a “las empresas que contraten o subcontraten” (lo que como acabamos de ver supone que este deber se impone a cualquier empresa que intervenga en la cadena de contratatas y respecto a todas aquellas que le sucedan en la misma) mientras que el precepto del texto sancionador impone la responsabilidad solidaria a “la empresa principal”.

Por tanto, el alcance de la responsabilidad solidaria vendrá determinado por lo que entendamos como “empresa principal”. Un sector de la doctrina⁵¹ ha mantenido que empresario principal es, únicamente, el comitente inicial por lo que sólo él responderá solidariamente del incumplimiento de la normativa preventiva por parte de su contratista o de sucesivos subcontratistas, aunque con respecto a estos últimos no medie ningún tipo de relación jurídica (ya que la comitente inicial no ha intervenido en su

⁴⁹ MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 100. En este sentido también, CABEZA PEREIRO, J y LOUSADA AROCHENA, J.F (Coords), op. cit., pág. 139; GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 148; PÁRAMO MONTERO, P., “En torno al art. 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción”, *RL* (II), 1997, pág. 511; LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 338.

⁵⁰ MIÑARRO YANINI, M., op. cit., pág. 100; GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 148; LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 338.

⁵¹ GARCÍA NINET, J.I., “Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (Contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (II)”, *TS*, n° 97, 1999, pág. 7; PÁRAMO MONTERO, P., “En torno al art. 42.2 LPRL...”, op. cit., pág. 511. MIÑARRO YANINI, M., (op. cit., pág. 107) aunque interpreta el art. 42.3 TRLISOS en este sentido, destaca que imputar la responsabilidad solidaria únicamente a la empresa principal es una “medida desafortunada, que determina la ineficacia del deber de vigilancia en los eslabones intermedios de la cadena de subcontratación, pues no existe ningún mecanismo para castigar su incumplimiento”.

contratación). Los autores que identifican empresario principal con comitente inicial lo hacen basándose en el hecho de que el precepto sancionador exige para imputar la responsabilidad solidaria a la empresa principal que la infracción de la normativa preventiva por parte de contratistas y subcontratistas se haya producido en el centro de trabajo de aquél.

En sede judicial, esta parece ser la postura de la STSJ de Andalucía de 19 de febrero de 2001⁵² que, en un supuesto de cadena de tres contrata, estima acertada la interpretación de la Administración que decide sancionar solidariamente –aplicando el régimen normativo derivado de los arts. 24.3 y 42.2 LPRL– por infracción grave en materia preventiva a la comitente inicial y a la segunda subcontrata, eximiendo a la empresa con la que había subcontratado aquélla –primea subcontrata–. Entiende la citada resolución que “el centro de trabajo tiene en esta materia una importancia decisiva, determinando las obligaciones concurrentes de los distintos empresarios, de tal manera que el titular de dicho centro, (...), sigue teniendo obligaciones en relación a todos los trabajadores que en el mismo prestan sus servicios, aunque lo hagan para otro empresario, (...), además de las que cada empresario tiene sobre los suyos...”, por lo que la responsabilidad solidaria de la comitente inicial y de la empresa empleadora del trabajador accidentado –con la que aquélla no había contratado– no es discutible. Sin embargo, decide exonerar a la empresa intermedia en la cadena de contratación –subcontrata de la empresa titular del centro y comitente de la empresa empleadora– por entender acreditado que no ha tenido “protagonismos alguno en la infracción cometida, bien mediante la presencia de trabajadores suyos en el centro de trabajo, bien mediante la impartición de órdenes” a la empresa empleadora sobre cómo desarrollar el trabajo. Nótese que, para poder defender que la empresa intermedia en la cadena de contrata no ha tenido nada que ver en la comisión de la infracción –carencia en la obra de construcción de redes horizontales de seguridad que hubieran evitado la caída del trabajador fallecido–, es necesario interpretar que a dicha empresa no le es exigible la obligación del art. 24.3 LPRL, esto es, el deber de vigilancia sobre su subcontrata –empleadora–.

Esta interpretación tiene importantes consecuencias en lo que se refiere a los posibles sujetos activos de la infracción del art. 13.14 TRLISOS en los supuestos de cadenas de contrata en el sentido de que en estos casos dicha infracción sólo se podrá cometer por el comitente inicial. Nótese que si el incumplimiento de la normativa de prevención es por parte de una empresa subcontratista, a las empresas que ocupen posiciones intermedias no les será imputable la responsabilidad regulada en el art. 42.3 TRLISOS, por lo que, con independencia de lo que hayan pactado entre sí, no podrán cometer la infracción del apartado decimocuarto del art. 13 TRLISOS.

Frente a esta interpretación, otros autores, con los que nos alineamos, entienden que la condición de “empresario principal” la puede tener “no sólo uno sino varios empresarios cuando hay un encadenamiento de contrata y subcontratas”⁵³ ya que como vimos anteriormente el centro de trabajo en materia de seguridad y salud equivale “al medio de trabajo sobre el que razonablemente puede incidir el empresario... y la titularidad del así entendido centro es cualquier tipo de título jurídico que asigne a un determinado empresario una posición preeminente sobre los demás empresarios en el centro de trabajo” por lo que “no parece haber ningún inconveniente para imputar el deber de vigilancia y la subsiguiente responsabilidad solidaria a quien ocupe una posición

⁵² JUR 2001/85884.

⁵³ LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 338.

intermedia en la cadena de contratas pues, con respecto a los que le siguen en ella, ocupa a su vez la posición de empresario principal”⁵⁴.

En vía jurisprudencial es de destacar que, como ha señalado MERCADER UGUINA, la STS de 9 de julio de 2002⁵⁵, “dictada en unificación de doctrina, ha dejado resuelto, esperemos que de forma definitiva, el problema de la determinación de los sujetos responsables en los casos de encadenamiento de contratas al pronunciarse sobre el alcance subjetivo de las responsabilidades previstas en el art. 42 ET, y a concluir que la solidaridad alcanza a toda la cadena de contratistas y subcontratistas, interpretación extensiva que, con toda probabilidad, pudiera proyectarse sobre una futura interpretación del art. 42.3 LISOS”⁵⁶.

En este sentido, la STSJ de Asturias de 12 de septiembre de 2006⁵⁷, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 24.3 LPRL y 42.3 TRLISOS, impone solidariamente la sanción de multa por infracción grave en materia de prevención de riesgos laborales a la empresa principal, a la contratista y a la subcontratista de esta última que era la empleadora del trabajador accidentado.

La interpretación que aquí se viene defendiendo parece también haberse asumido en vía normativa por el desarrollo reglamentario del art. 24 LPRL, ya que el art. 2.c) RDCA define al empresario principal como aquel que “contrata o subcontrata con otros...”, poniendo fin a la falta de correspondencia entre el precepto prevencionista y el art. 42.3 TRLISOS.

A efectos del art. 13.14 TRLISOS, esta concepción del empresario principal implicará que en la cadena de contratas podrán cometer la infracción que estamos analizando cualquier empresario implicado en la misma pues la responsabilidad solidaria del art. 42.3 TRLISOS puede exigirse a todos los empresarios implicados en sentido vertical ascendente, hasta llegar al primer eslabón de la cadena de contratación.

⁵⁴ GOERLICH PESET, J.M., op. cit., pág. 149.

⁵⁵ RJ 2002/ 10538.

⁵⁶ MERCADER UGUINA, J.R., “El principio de culpabilidad...”, op.cit., pág. 198. Esta proyección de la doctrina sentada por la citada sentencia del TS sobre el art. 42.3 TRLISOS viene expresamente amparada por la citada resolución jurisprudencial al entender que esta interpretación amplía acerca de los sujetos responsables en las cadenas de contratas reguladas en el art. 42 ET es la que aparece recogida en los arts. 24.3 y 42.2 LPRL.

⁵⁷ JUR 2006/269526.

CAPÍTULO VIII: LA CLÁUSULA GENERAL EN LAS INFACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

I. INTRODUCCIÓN.

El art. 13.10 TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la conducta empresarial consistente en la no adopción de “cualesquiera otra medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

Recoge este tipo infractor para las infracciones muy graves en materia preventiva la cláusula general de cierre que en la LISOS venía prevista en el art. 11.4.

En el primer capítulo de este trabajo ya se analizó la finalidad que en el sistema administrativo sancionador cumple este tipo infractor como cláusula general de cierre y las dudas que el mismo suscita en cuanto al necesario respeto del principio de tipicidad que debe informar la descripción de las conductas infractoras conforme al art. 25 CE.

Ahora procede examinar los diferentes elementos del art. 13.10 TRLISOS que configuran a esta infracción como norma en blanco que establece una infracción omisiva y de riesgo concreto. Posteriormente, estudiaremos la conducta infractora recogida en el art. 13.6 TRLISOS, analizando la misma como concreción de la cláusula general del art. 13.10 del propio texto sancionador.

II. LA CONDUCTA EMPRESARIAL SUBSUMIBLE EN EL TIPO INFRACTOR DEL ART. 13.10 TRLISOS.

Como señala la STS de 3 de noviembre de 2003¹, el art. 48.4 LPRL (actual art. 13.10 TRLISOS) es “una norma en blanco, en cuanto ha de ser integrada por una norma de prevención de riesgos laborales que establezca determinada medida preventiva; y es una norma que configura una infracción omisiva y de riesgo concreto, en cuanto se consuma por la ausencia o falta de implantación de tal medida, originándose con ello un riesgo grave e inminente”.

Analicemos a continuación los diferentes elementos constitutivos de este tipo infractor.

1. La no adopción de “cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo”: el art. 13.10 TRLISOS como infracción omisiva.

A diferencia de las cláusulas generales previstas en los listados de infracciones leves (art. 11.4 TRLISOS) y graves (art. 12.16 TRLISOS) y de lo que se preveía en el art. 11.4 LISOS, el tipo infractor que estamos comentando no sanciona cualquier “incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales” sino la no

¹ RJ 2003/8893.

adopción de medidas preventivas² aplicables a las condiciones de trabajo que estén previstas en dicha normativa.

Lo anterior puede llevarnos a considerar la posibilidad de que con el art. 13.10 TRLISOS se esté restringiendo el tipo infractor que se preveía en el art. 11.4 LISOS en tanto aquel precepto sancionador no se podrá integrar con cualquier norma sustantiva de la normativa preventiva sino sólo con aquellas que impongan al empresario la adopción de medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo.

Entendemos que a la anterior cuestión se debe responder de manera negativa por las siguientes razones.

1. La amplitud de la definición legal que de “condiciones de trabajo” hace el art. 4.7º LPRL, incluyendo en la misma (letra *d*)) “todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador”, permite incluir entre las medidas preventivas cuya inobservancia puede ser constitutiva de la infracción del art. 13.10 TRLISOS no sólo aquellas que el empresario ha de aplicar directamente sobre circunstancias ambientales de carácter físico o material que rodean la prestación del trabajo³, sino también las que se refieren a la persona del trabajador como puedan ser la obligación de información (art. 18 LPRL) y formación (art. 19 LPRL) de los trabajadores en materia preventiva⁴. Las sentencias del TS de 18 de febrero de 1997⁵ y de 24 de octubre de 2001⁶

² Entendemos que la adopción de una medida preventiva de manera insuficiente de forma que resulte ineficaz para combatir el riesgo laboral es equiparable a la “no adopción” de aquella a la hora de integrar el tipo infractor que estamos analizando. No parece aceptable el argumento de la empresa recogido en la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2005 (JUR 2005/90107) de que, como dicho tipo “implica la no adopción de medidas preventivas de seguridad, y en el presente caso sí se adoptaron, aunque resultaran insuficientes, puesto que había valla de seguridad, por lo que de existir vulneración de preceptos relativos al incumplimiento de medidas de prevención, sería de aplicación el art. 47.16 de la ley 31/95 en la letra h)”. Sin embargo, la citada resolución judicial parece validar esta interpretación de la empresa al entender que “es cierto que pudiera ser discutible el que la ineficacia de la barandilla para sujetar al trabajador pudiera equipararse a la insuficiencia de medidas preventivas de seguridad, que es el tipo previsto en el art. 48.8 de la Ley 31/95; siendo factible que dicha conducta pudiera subsumirse mejor en el tipo establecido en el art. 47.16. h) de la citada Ley, lo que motivaría que la conducta se calificara como infracción grave en lugar de muy grave”, a pesar de lo cual confirma la sanción impuesta en virtud del art. 48.8 LPRL pero porque “en el Acta de infracción no sólo se recoge el citado incumplimiento sino otros de igual o mayor importancia, (...) y esta conducta sí es plenamente incardinable en el tipo aplicado”.

³ Como las enunciadas en las letras *a*) –características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo–, *b*) –características de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo– y *c*) –procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente– del art. 4.7 LPRL.

⁴ El hecho de que el concepto que de condición de trabajo da el art. 4.7 TRLISOS excede el de condiciones materiales de trabajo queda patente en el art. 60 RD 138/2000, de 4 de febrero, que aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que, al determinar el ámbito funcional de las actuaciones comprobatorias de los técnicos habilitados dependientes de las Comunidades Autónomas que colaboran con la Inspección, establece que aquellas estarán referidas a las “condiciones de trabajo *materiales o técnicas de seguridad y salud*” entre las cuales cita las recogidas en las tres primeras letras del art. 4.7 LPRL sin que por lo tanto exista una identificación absoluta entre el concepto que de condición de trabajo da este último precepto y el de aquellas condiciones.

⁵ RJ 1997/1102.

⁶ RJ 2001/9908.

sancionan a la empresa en virtud art. 11.4 LISOS por infracción del deber de instruir a sus trabajadores en materia preventiva. Entendemos que la inobservancia empresarial de las obligaciones previstas en los arts. 18 y 19 LPRL siguen siendo encuadrables en la cláusula general ahora recogida en el art. 13.10 TRLISOS en tanto la información y formación de los trabajadores constituyen medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo. En este sentido, hay que tener en cuenta que el art. 12.8 TRLISOS al calificar como grave la infracción del empresario de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo y sobre las medidas preventivas aplicables, lo hace a salvo de que “se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente”, sin que en el listado de tipos recogidos en el art. 13 TRLISOS se recoja expresamente el incumplimiento empresarial de las obligaciones informativas y formativas por lo que es posible referir la salvedad establecida en el art. 12.8 TRLISOS al supuesto en el que la conducta empresarial descrita sea encuadrable en el apartado décimo del art. 13 TRLISOS al derivar de la misma un riesgo grave e inminente. Este es el criterio seguido por la STSJ de Castilla-La Mancha⁷ que entiende que la falta de formación de los trabajadores es constitutiva de la infracción muy grave prevista en el art. 13.10 TRLISOS pues de aquella se deriva un riesgo grave e inminente y esto en relación con el tipo infractor previsto en el art. 12.8 del propio texto sancionador.

2. La existencia de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales que no imponen al empresario la adopción de medidas preventivas –obligaciones de carácter formal como la de documentación previstas en el art. 23 LPRL o de carácter instrumental como la de organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas regulada en el Capítulo IV LPRL–, no conlleva una restricción del tipo ya que del incumplimiento de dichas obligaciones no se puede derivar en ningún caso un riesgo grave e inminente, algo que, como hemos visto, es necesario para entender cometida la infracción del art. 13.10 TRLISOS.

2. La “normativa de prevención de riesgos laborales” como bloque normativo de referencia: el art. 13.10 TRLISOS como norma en blanco; el problema de las normas jurídico-técnicas.

Como vimos al comienzo de esta pregunta, el art. 13.10 TRLISOS se configura como una norma en blanco, en cuanto ha de ser integrada por una norma de prevención de riesgos laborales que establezca determinada medida preventiva cuya inobservancia por parte del empresario es constitutiva del tipo infractor.

La normativa de prevención de riesgos laborales como bloque normativo de referencia está constituida por la LPRL, “sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito” (art. 1 LPRL).

⁷ JUR 2005/128324.

La posibilidad de que las medidas preventivas a adoptar vengan impuestas al empresario en reglamentos laborales o en cláusulas normativas de convenios colectivos ya se trató en Capítulo I de este trabajo. Es claro que el incumplimiento empresarial de estas medidas será constitutivo de la infracción genérica prevista en el art. 13.10 TRLISOS – siempre que de aquél se derive un riesgo grave e inminente– pues tanto los reglamentos como los convenios que contienen prescripciones en materia de seguridad y salud laborales se integran en la normativa prevencionista a la que se remite aquel tipo infractor.

Más discutible es la posibilidad de que el tipo infractor que estamos comentando se integre con medidas preventivas previstas en las denominadas “normas jurídico-técnicas”. Lo que se discute de esta forma es si de la inobservancia empresarial de esta normativa técnica se deriva o no responsabilidad administrativa. La respuesta a dicha cuestión vendrá necesariamente determinada por la respuesta que demos a la cuestión de si las normas jurídico-técnicas forman parte o no de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales. Si la respuesta es afirmativa habrá que concluir que su inobservancia acarrea la respuesta administrativa sancionadora mientras que si es negativa se habrá de entender que el incumplimiento de las medidas preventivas recogidas en las normas jurídico-técnicas no constituye infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

A. Características de las normas jurídico-técnicas.

La denominación legal de “normas jurídico-técnicas” aparece por primera vez en nuestro ordenamiento laboral en la LISOS, cuyo art. 41 se refería a “las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo, pero que no tuviesen la calificación directa de normativa laboral, reglamentaria o paccionada en materia de seguridad y salud laborales”.

Podemos caracterizar a estas normas jurídico-técnicas por los siguientes rasgos:

1. Por su forma, la norma jurídico-técnica es esencialmente una norma jurídica, es decir, “reúne el requisito fundamental de una norma jurídica: está sancionada por quien posee legítimamente poder normativo y el proceso de su producción como norma se ha cumplido adecuadamente”⁸. Como destaca FERNÁNDEZ MARCOS, aunque no faltan leyes formales (entre las que destaca la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria), estas normas jurídico-técnicas “son fundamentalmente disposiciones reglamentarias elaboradas por distintos Departamentos Ministeriales”⁹. Por tanto, quedan fuera de este concepto las normas elaboradas por organismos técnicos siguiendo criterios estrictamente técnicos hasta que no hayan sido apropiadas por normas “jurídicas”, ya sea incluyendo esos criterios en su propio texto o remitiéndose a los mismos.
2. Su contenido tiene carácter fundamentalmente técnico¹⁰ pues establecen especificaciones de este tipo relativas a productos, procesos o instalaciones productivas a tener en cuenta para su fabricación, comercialización o utilización.

⁸ DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. I), pág. 145.

⁹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “La aplicación de la normativa técnica no laboral en materia de prevención de riesgos laborales”, *AL* (I), 2001, pág. 196.

¹⁰ DÍAZ MOLINER, R., op. cit. (Vol. I), pág. 145.

3. Es normativa no laboral¹¹ en cuanto a su calificación ya que las normas jurídico-técnicas pertenecen al ámbito de la seguridad industrial y por lo tanto tienen por objeto “la prevención y limitación de riesgos, así como la protección contra accidentes y siniestros capaces de producir daños o perjuicios a las personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente, derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones o equipos y de la producción, uso o consumo, almacenamiento o desecho de los productos industriales” (art. 9 Ley 21/1992). Como puede observarse, el ámbito de aplicación de estas normas “es más amplio y no se circunscribe al ámbito laboral. Sin embargo, las medidas técnicas de prevención que establecen, no solamente garantizan el normal funcionamiento de la actividad productiva que regulan, sino que también redundan, en directo beneficio de la Seguridad y Salud de los trabajadores que prestan sus servicios profesionales en la actividad o instalación.”¹². Por tanto, las normas jurídico-técnicas no tienen la calificación directa de normativa laboral pero inciden en las condiciones de trabajo en materia de prevención de riesgos laborales.

B. El incumplimiento de las normas jurídico-técnicas y la cláusula general del art. 13.10 TRLISOS.

Se trata ahora de determinar si de la inobservancia empresarial de las medidas preventivas previstas en las normas jurídico-técnicas que inciden en las condiciones de trabajo del art. 4.7 LPRL se puede derivar respuesta administrativa sancionadora en el Orden social. Si la respuesta es afirmativa, la normativa técnica a la que estamos haciendo referencia podrá integrar el tipo del art. 13.10 TRLISOS si de la inobservancia de la misma se deriva un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. Veamos a continuación cómo se ha regulado esta cuestión en las sucesivas normas que han establecido el régimen sancionador administrativo en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

a. El incumplimiento de las normas jurídico-técnicas en la OGSHT.

Bajo la regulación de la OGHST quedaba claro que a esta cuestión debía responderse en sentido afirmativo dada las remisiones que ésta hacía a las normas jurídico-técnicas (aunque no se refiriese a éstas con esta denominación). Así, en su disposición final primera se establecía la imposibilidad de invocar las prescripciones de esta Ordenanza para enervar la vigilancia y plena eficacia de los Decretos y Órdenes dictados por la Presidencia del Gobierno sobre actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, o cualquier otra materia relacionada con la seguridad e higiene que incidiese en el ámbito laboral y de los Decretos y Órdenes de los restantes Departamentos Ministeriales que en materias de su específica y respectiva competencia regulen técnicamente aspectos

¹¹ Esto no implica la inexistencia de normativa laboral de carácter técnico. Por el contrario, tal y como señala FERNÁNDEZ MARCOS, la normativa laboral reglamentaria de carácter preventivo se caracteriza precisamente por su contenido técnico (“La aplicación de...”, op cit., pág. 196). Pero la calificación directa de esta normativa técnica como laboral hace que su inclusión en el concepto de normativa de prevención de riesgos laborales no presente dudas

¹² FERNÁNDEZ MARCOS, L., “La aplicación de...”, op. cit., pág. 196. Destaca este autor que generalmente “la incidencia en las condiciones de trabajo no alcanza a la entera disposición o Reglamento, calificado como norma jurídico-técnica, sino solamente a la parte o artículos de ésta, que tengan realmente repercusión sobre las condiciones en que el trabajo se presta”: op. cit., pág. 197.

relativos o conexos con la seguridad e higiene del trabajo. Esta remisión de carácter general dejaba clara la eficacia y vigencia de estas disposiciones en materia de seguridad e higiene en el ámbito laboral. Por su parte, el art. 156, al regular las faltas y sanciones del empresario en esta materia establecía en su apartado primero que las “*infracciones a esta Ordenanza, a sus Anexos, y demás disposiciones vigentes en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo* cometidas por los empresarios se calificarán como leves, graves o muy graves y serán sancionables” (el subrayado es nuestro).

De la anterior normativa se derivaba que la inobservancia empresarial de estas normas que, aunque no tenían la calificación directa de normativa laboral (pues derivaban de la actividad reglamentaria de la Presidencia del Gobierno o de Departamentos Ministeriales distintos del de Trabajo), incidían en las condiciones de trabajo (pues regulaban técnicamente aspectos relativos o conexos con las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo) era constitutiva de infracción administrativa en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo. Así, la STS de 21 de octubre de 1981¹³ mantiene la sanción impuesta a la empresa por infracción muy grave a tenor del art. 156 OGSHT por entenderse que no “se aplicó correctamente la preceptiva contenida en la O. de 25 de abril 1973 de la Presidencia del Gobierno por la que se probó el Reglamento de Actividades Sub-acuáticas, al faltar los pertinentes dispositivos de vigilancia y asistencia en el exterior...”.

Pero además, junto con la remisión general a la normativa técnica prevista en la disposición final primera, se recogía en el articulado de la OGSHT una serie de remisiones específicas a dicha normativa que, de esta forma, adquiriría la calificación de laboral por vía indirecta, esto es, por reenvío o remisión de la propia normativa laboral¹⁴, pudiéndose sancionar su incumplimiento en el Orden social.

Así, por ejemplo el art. 106 OGSHT al regular las medidas de protección que deben reunir los ascensores y montacargas establece que la “construcción, instalación y mantenimiento de los ascensores para el personal y de los montacargas reunirán los requisitos y condiciones del Reglamento Técnico de Aparatos Elevadores”. De esta forma, la STS de 7 de mayo de 1984¹⁵ confirma la sanción impuesta a la empresa por infracción “de disposiciones imperativas especialmente impuestas en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo...” al “incumplir medidas de estabilidad, resistencia, seguridad y funcionamiento de un montacargas establecida por la normativa vigente como prevención para evitar accidentes laborales”. Entre los preceptos infringidos de esta normativa vigente se citan en esta resolución jurisprudencial los arts. 123 y 126 del Reglamento de aparatos elevadores aprobado por Orden Ministerial de 30 de junio de 1966, señalándose que este Reglamento Técnico aparece reconocido en el art. 106 OGSHT.

b. El incumplimiento de las normas jurídico-técnicas en la LISOS.

La cuestión acerca de qué consecuencias deba tener el incumplimiento empresarial de las normas jurídico-técnicas en el ámbito administrativo sancionador del Orden social no recibe una respuesta clara en la LISOS. En esta Ley sancionadora se recoge como norma específica en materia de seguridad e higiene que las infracciones de las normas

¹³ RJ 1981/3769.

¹⁴ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “La aplicación de...”, op. cit., pág. 196.

¹⁵ RJ 1984/2864.

jurídico-técnicas “serán consideradas como transgresión a esta normativa a los efectos de declaración de los derechos de los trabajadores en materia de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y seguridad social” (art. 41 LISOS).

Aunque este precepto puede interpretarse en el sentido de que las infracciones empresariales de las normas jurídico-técnicas no generarán responsabilidad administrativa, limitándose la responsabilidad en el Orden social a la imposición del recargo de prestaciones previsto en el art. 123 LGSS¹⁶, lo cierto es que en el propio articulado de la LISOS existen preceptos que permiten defender la respuesta administrativa sancionadora frente al incumplimiento de estas normas.

Así, en el concepto de infracción laboral recogido en el art. 5 se establece que son “infracciones laborales las acciones u omisiones de los empresarios contraria a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia laboral, de seguridad e higiene y salud laborales, tipificadas y sancionadas de conformidad a la presente Ley”. Partiendo de este concepto de infracción debe tenerse en cuenta que, en la fecha de promulgación y durante la vigencia de la LISOS, la normativa sustantiva en materia preventiva venía constituida por la OGSHT por lo que la remisión general a la que hemos hecho referencia anteriormente permitía entender que las normas jurídico-técnicas eran aplicables en materia de seguridad e higiene y que su incumplimiento era constitutivo de infracción siempre que el mismo estuviese tipificado en la propia LISOS. Este requisito de tipificación previa necesario para poder sancionar los incumplimientos de la normativa técnica también se cumplía ya que en el listado de “Infracciones en materia de seguridad e higiene y salud laborales” previsto en la Sección 2ª del Capítulo II de la propia LISOS se tipificaban como conductas infractoras del empresario en esta materia incumplimientos de obligaciones que necesariamente habrían de estar recogidas en normas técnicas, destacando en este sentido el tipo infractor recogido en el art. 10.9 LISOS¹⁷ que sancionaba la inobservancia empresarial de la prescripciones relativas, entre otras materias, al “diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipo” o a la “señalización de seguridad y etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, en cuanto éstas se manipulen o empleen en el proceso productivo”. En correspondencia con esta inclusión de las normas jurídico-técnicas en algunos tipos infractores de la LISOS, el art. 30.1 de la Ley de Industria establece el criterio de que cuando las infracciones a los mandatos –entre los que se encuentran los relativos a la seguridad industrial– establecidos en esa Ley “constituyan incumplimientos de la normativa de seguridad e higiene y salud laborales, será esta infracción la que será objeto de sanción conforme a lo previsto en dicha normativa”.

Además, y una vez establecido que esta normativa jurídico técnica es aplicable en materia de seguridad e higiene, también podía entenderse que su incumplimiento era

¹⁶ CASAS BAAMONDE, M.E., op. cit., pág. 157. En este sentido también: MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 46; CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 154. Frente a estas opiniones doctrinales, ALFONSO MELLADO entiende que del incumplimiento de las normas jurídico-técnicas se puede derivar responsabilidad administrativa en el Orden social ya que la cita del art. 41 LISOS “no es concluyente, pues éste simplemente aclara uno de los efectos de la transgresión de estas normas, pero no excluye otros”: ALFONSO MELLADO, C.L., op. cit., pág. 96.

¹⁷ Se ha entendido que este tipo infractor “se dirigía a incluir prácticamente todo el Título II de la Ordenanza de 1971 y sus normas complementarias”: LLUIS Y NAVAS, J., *Derecho de la Seguridad e Higiene en el Trabajo*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 276. Entre estas normas complementarias se incluirían las normas jurídico-técnicas.

subsumible en el tipo infractor que estamos analizando siempre que del mismo se derivase un riesgo grave e inminente. Así, la STSJ de Andalucía de 2 de octubre de 1995¹⁸ se pronuncia sobre la procedencia¹⁹ de una sanción impuesta a la empresa por infracción muy grave a tenor de lo dispuesto en el art. 11.4 LISOS en relación con lo dispuesto, entre otros preceptos, en el art. 45 del RD 1495/ 1986, que aprueba el Reglamento de Seguridad en las Máquinas²⁰ y la STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2004²¹ confirma la sanción impuesta a la empresa por la infracción del art. 11.4 LISOS al ser subsumible en dicho tipo infractor el incumplimiento de, entre otras²², las prescripciones establecidas en el Decreto 3151/1968, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico de Líneas Eléctricas de Alta Tensión.

c. El incumplimiento de las normas jurídico-técnicas en la LPRL y el TRLISOS.

La promulgación de la LPRL suscitó distintas opiniones doctrinales acerca del tema que estamos tratando.

Por una parte, el concepto que sobre normativa de prevención de riesgos laborales da el art. 1 de la Ley prevencionista fue interpretado por un sector doctrinal en el sentido de que la referencia en este precepto a las normas susceptibles de producir la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral perseguía incluir en dicho concepto a las normas jurídico-técnicas²³. Basándose en este carácter de normativa de prevención de riesgos laborales que tiene la normativa técnica, estos autores entendían que los incumplimientos de ésta podían ser constitutivos de infracción administrativa en materia de seguridad y salud ya que la laboralización de normas que se produce en el art. 1 LPRL al entender que también son disposiciones de seguridad y salud en el trabajo las de este alcance contenidas en normas no específicamente laborales “debe tener su traducción en la posibilidad de sancionar por la Administración laboral las infracciones de tales normas”²⁴.

¹⁸ RJCA 1995/670.

¹⁹ Esta resolución judicial estimó el recurso de la empresa y declaró la improcedencia de la sanción basándose en la falta de culpa del empresario toda vez que la máquina utilizada por el trabajador accidentado estaba homologada por la autoridad gubernativa.

²⁰ En el art. 51 de este RD se establece que las infracciones al mismo “cometidas por los usuarios que actúen como empresarios en el ámbito de las relaciones laborales tendrán la consideración de infracciones laborales, a los efectos del art. 57 del Estatuto de los Trabajadores...”

²¹ JUR 2004/34325.

²² Nótese que las normas laborales cuyo incumplimiento se utiliza para integrar el tipo (art. 65 OGSHT – “Trabajos en proximidad de instalaciones de alta tensión en servicio”– y art. 290 de la Ordenanza Laboral de Construcción, Vidrio y Cerámica) no contienen una remisión a la normativa jurídico-técnica en esta materia por lo que la utilización de esta última para integrar el tipo ha de partir necesariamente de su concepción (por parte de la Administración sancionadora y del Tribunal) como norma en materia de seguridad e higiene laboral. Aunque no se produce una remisión expresa de la normativa laboral, en este supuesto se cumple la afirmación del profesor FERNÁNDEZ MARCOS de que generalmente, “el precepto concreto infringido del Reglamento Técnico que debe contener el Acta de Infracción, guarda o está en relación con otro, u otros preceptos concretos de disposiciones preventivas directamente laborales”.

²³ ALFONSO MELLADO, C.L., op. cit., pág. 96; FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 30; MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 46.

²⁴ MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 251. En este sentido también, FERNÁNDEZ MARCOS, L., “La aplicación de...”, op. cit., pág. 207; ALFONSO MELLADO, C.L., op. cit., pág. 96.

Frente a este criterio, otro sector doctrinal²⁵, basándose en el art. 9.1.a) LPRL niega el carácter de normativa en materia de prevención de riesgos a las normas jurídico-técnicas y, por tanto, la posibilidad de que su incumplimiento empresarial pueda acarrear responsabilidad administrativa en el Orden social. Establece este precepto entre las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la de “vigilar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, así como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral, proponiendo a la autoridad laboral competente la sanción correspondiente, cuando comprobase una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales”. Ciertamente la dicción de este precepto puede interpretarse en el sentido de que la función de la Inspección de Trabajo respecto a las normas jurídico-técnicas se limita, a diferencia de lo que ocurre con la normativa sobre prevención de riesgos –que, además de ser vigilada en su cumplimiento, puede motivar la iniciación de expediente sancionador en el Orden social en caso de inobservancia empresarial de la misma–, a la posibilidad de su fiscalización sin poder proponer la sanción administrativa por su incumplimiento²⁶.

Sin embargo, nos parece más acertada la primera interpretación doctrinal sin que lo dispuesto en el art. 9.1.a) LPRL permita negar el carácter de normativa en materia de prevención a las normas jurídico-técnicas. Pudiera interpretarse lo dispuesto en este precepto en el sentido de querer destacar que la función de vigilancia y proposición de sanciones no se extiende a todo el contenido de las normas jurídico-técnicas sino únicamente a aquellos concretos preceptos de la norma “que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención”. Como destaca el profesor FERNÁNDEZ MARCOS, “no es fácil que todo el contenido de un Reglamento Técnico no laboral incida en las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, sino sólo alguna parte de sus preceptos”²⁷. De esta forma, la normativa jurídico-técnica queda sometida a una doble vigilancia o inspección: “la general y natural que corresponde a los órganos inspectores y sancionadores del respectivo Ministerio con competencia en la materia (Industria, Fomento, Agricultura y Pesca, etc. y órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas), y la excepcional y específicamente preventiva laboral de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se manifiesta cuando se incumpla alguno de sus preceptos, que incidan en las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo”²⁸.

Además, es de destacar que el nuevo listado de infracciones, en materia de prevención, que introducía la LPRL en sus arts. 46, 47 y 48 mantiene tipos infractores que sancionan

²⁵ CASAS BAAMONDE, M.E., op. cit. pág. 157; CAMAS RODA, F., “Las infracciones y sanciones administrativas del empresario en el orden social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 26, 2004, pág. 10.

²⁶ CAMAS RODA señala que en el caso de que la Inspección de Trabajo detecte un incumplimiento de la normativa jurídico-técnica “puede comunicar las infracciones detectadas sobre las reglas técnicas (por ejemplo de carácter industrial) a la autoridad laboral para que ésta lo ponga en conocimiento de la Administración competente no laboral, a efectos de la posible concurrencia de una sanción de tipo específicamente administrativo, pero obsérvese, al margen del régimen de responsabilidades y sanciones de la LISOS...”: CAMAS RODA, F., “Las infracciones y...”, op. cit., pág. 10. En este mismo sentido, SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., op. cit., pág. 204.

²⁷ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *La aplicación de...*, op. cit., pág. 205. Como señala el propio autor en esta misma página, lo anterior es consecuencia de que estas normas, “en coherencia con su finalidad de velar por el correcto funcionamiento de una actividad productiva determinada, contiene reglas y medidas de protección «al público»; a «la población en su conjunto»; a «seres vivos»; a «hacienda y bienes»; así como otras reglas no directamente protectoras, como régimen de autorizaciones, licencias, etc.”.

²⁸ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “La aplicación de...”, op. cit., pág. 207.

el incumplimiento de obligaciones que estarán recogidas en normas jurídico-técnicas (el art. 47.16 LPRL reproduce de manera prácticamente literal²⁹ lo dispuesto en el art. 10.9 LISOS al que hicimos referencia anteriormente).

Por otra parte, partiendo de la interpretación restrictiva que vimos anteriormente del art. 41 LISOS –según la cual del incumplimiento de las normas jurídico-técnicas únicamente se puede derivar responsabilidad en materia de recargo de prestaciones–, algunos autores³⁰ defienden que bajo la LPRL el incumplimiento de la normativa técnica no será constitutivo de infracción administrativa en materia de prevención de riesgos laborales toda vez que la LPRL mantiene la vigencia de aquel precepto (disposición derogatoria única *a*), *a sensu contrario*). Aunque frente a esta interpretación entendemos más acertada la que acabamos de defender más arriba –la consideración de las normas jurídico-técnicas como normativa de prevención de riesgos y, por tanto, posibilidad de respuesta sancionadora administrativa en el orden social por su incumplimiento; existencia de tipos infractores en el listado de la LPRL que se refieren a la regulación sustantiva de este tipo de normas–, es de destacar que este argumento carece en la actualidad de validez toda vez que a través del TRLISOS³¹ se ha procedido a derogar el art. 41 LISOS.

Finalmente, debe destacarse que la doctrina judicial³² y jurisprudencial ha mantenido, tras la entrada en vigor de la LPRL, el criterio de sancionar en el Orden social los incumplimientos empresariales de la normativa jurídico-técnica tal y como venía haciendo bajo la vigencia de la OGSHT y la LISOS. Así, la citada STS de 3 de noviembre de 2003 confirma la sanción impuesta a la empresa por comisión de la infracción que estamos analizando (art. 48.8 LPRL)³³, estribando en este caso el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en la no implantación o incorporación de un mecanismo automático de seguridad en una caldera, medida preventiva que le venía impuesta a la empresa en la normativa industrial (Instrucción técnica complementaria relativa a Calderas, Economizadores y Precalentadores, Sobrecalentadores y Recalentadores contenida en la OM de 17 de marzo de 1981).

3. El “riesgo grave e inminente”: el art. 13.10 TRLISOS como tipo infractor de riesgo concreto.

Como señala STS de 3 de noviembre de 2003, el art. 48.4 LPRL (actual art. 13.10 TRLISOS) configura una infracción de riesgo concreto, en cuanto para que se consume no basta con el incumplimiento empresarial de la normativa preventiva sino que además es necesario que dicho incumplimiento origine un “riesgo grave e inminente”.

²⁹ Con la excepción de la referencia a la normativa sobre vigilancia de la salud de los trabajadores cuyo incumplimiento constituye en la LPRL la infracción específica del art. 47.2.

³⁰ SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., op. cit., pág. 203.

³¹ Letra *a*) del apartado segundo de su disposición derogatoria única.

³² La STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de abril de 2004 (RJCA 2004/45) confirma la sanción impuesta a la empresa por la “comisión de una infracción tipificada como grave, conforme al art. 47.16, b) de la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, por incumplimiento de las medidas de seguridad especificadas en la ITC referente a grúas torres desmontables para obras aprobada por OM de 28 de junio de 1988, y de conformidad a lo establecido por el RD 2291/1985 por el que se aprueba el Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención”.

³³ Actual art. 13.10 TRLISOS.

III. EL ART. 13.6 TRLISOS COMO CONCRECIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL.

Establece el art. 13.6 TRLISOS como infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la conducta empresarial consistente en superar “los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes”.

Este tipo infractor no aparecía recogido en el listado de infracciones muy graves en materia de seguridad e higiene y salud laborales previsto en la LISOS. Sin embargo, la cláusula general establecida en el listado de infracciones graves en esta materia sí tipificaba específicamente el incumplimiento empresarial de la normativa relativa a los “límites de exposiciones a los agentes nocivos” siempre que del mismo se derivase un riesgo grave para la integridad física o salud de los trabajadores expuestos a dichos agentes (art. 10.9 LISOS). Si, como consecuencia de este incumplimiento empresarial, el riesgo originado no era solo grave sino también inminente, es claro que el mismo era subsumible en el art. 11.4 LISOS y, por tanto, constitutivo de infracción muy grave.

Posteriormente la LPRL introdujo entre las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales un tipo específico relativo al incumplimiento empresarial de la normativa sobre límites de exposición a los agentes nocivos (art. 48.6 LPRL). Por lo que se refiere al listado de infracciones graves, el incumplimiento de esta normativa deja de ser un supuesto concreto de la cláusula general (art. 47.16 LPRL) y pasa a configurarse como tipo infractor específico (art. 47.9 LPRL).

Con el TRLISOS, la infracción grave en esta materia se recoge en el art. 12.9 y la muy grave en el ya citado art. 13.6, reproduciéndose en ambos casos la redacción de los tipos infractores de la LPRL. Como vimos que ocurría con las cláusulas generales establecidas en los listados de infracciones graves y muy graves, la diferencia entre la conducta recogida en el art. 12.9 TRLISOS y la prevista en el art. 13.6 TRLISOS radica en el carácter cualitativo del riesgo generado por el incumplimiento empresarial de la misma normativa (la relativa a los límites de exposición a los agentes nocivos): si el riesgo es grave la conducta empresarial será encuadrable en el art. 12.9; si además de grave es inminente, el incumplimiento empresarial será constitutivo de la infracción muy grave prevista en el art. 13.6.

Analizamos el tipo infractor recogido en el art. 13.6 TRLISOS como concreción de la cláusula general ya que todos los elementos de este tipo se encuentran recogidos en el art. 13.10 TRLISOS.

A través del art. 13.6 TRLISOS se sanciona, al igual que en la cláusula general:

1. *La no adopción de medidas preventivas.* En este tipo infractor se concreta el supuesto previsto en la cláusula general en el sentido de que no se sanciona la no adopción de cualquier medida preventiva aplicable al trabajo con agentes nocivos sino únicamente las aplicables en el supuesto de superación de límites de exposición a los agentes nocivos. Los incumplimientos empresariales de otras medidas preventivas que se deben adoptar cuando en la empresa se trabaja con

agentes nocivos tendrán su encaje en otros tipos infractores. Así, la cláusula general del art. 12.16 TRLISOS tipifica como infracciones graves los incumplimientos en materia de: comunicación a la autoridad laboral, cuando legalmente proceda, de las sustancias, agentes físicos, químicos y biológicos en los lugares de trabajo (letra *a*)); prohibiciones o limitaciones respecto de operaciones, procesos y uso de agentes físicos, químicos y biológicos en los lugares de trabajo (letra *c*)); limitaciones respecto del número de trabajadores que puedan quedar expuestos a determinados agentes físicos, químicos y biológicos (letra *d*)); registro de los niveles de exposición a agentes físicos, químicos y biológicos, listas de trabajadores expuestos y expedientes médicos (letra *i*)).

2. *Aplicables a las condiciones de trabajo.* El art. 13.6 TRLISOS especifica en este caso la cláusula general en tanto se refiere a una concreta condición de trabajo: los agentes nocivos. Estos agentes constituyen “condiciones de trabajo” a las que se refiere la cláusula general, tal y como se deriva del art. 4.7°.c) LPRL, que incluye específicamente entre aquéllas la “naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia”.
3. *En ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.* El art. 13.6 TRLISOS no se remite de manera genérica a esta normativa sino que lo hace específicamente a aquella normativa preventiva reguladora de la seguridad y salud del trabajo con agentes nocivos.
4. *De la que se derive un riesgo grave e inminente.* El art. 4.4° LPRL contiene una precisión que será aplicable cuando hablemos de riesgos generados por exposición a agentes nocivos. Establece este precepto que en “el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata”. Como ha señalado la doctrina, en el caso de riesgos generados por agentes, la inmediatez del riesgo se refiere a la exposición y no de los daños, “bastando que la exposición actúe como causa productora de un daño grave a largo plazo”³⁴.

Por último, señalar que, al igual que la cláusula general prevista en el art. 13.10 TRLISOS, el tipo infractor del art. 13.6 del texto sancionador se configura como una infracción omisiva en blanco y de riesgo concreto, por lo que le son aplicables las consideraciones hechas en el apartado anterior.

³⁴ SEMPERE NAVARRO, A.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 338.

SEGUNDA PARTE: SANCIONES ADMINISTRATIVAS POR INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

CAPÍTULO I: LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA TÍPICA: LA MULTA.

I. INTRODUCCIÓN.

La comisión por parte de la empresa de alguna de las infracciones analizadas en la I Parte de este trabajo podrá dar lugar a la imposición por parte de la autoridad laboral de la sanción administrativa por excelencia¹, esto es, de una sanción pecuniaria o multa², que como cualquier sanción administrativa cumple dos funciones o fines: el retributivo y el preventivo³.

Por lo que se refiere a la cuantía de las multas a imponer, por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, es de destacar que la LPRL puso fin a la regulación unitaria que para las diferentes infracciones en el Orden social preveía el art. 37 LISOS e introdujo un “régimen sancionador administrativo autónomo de exclusiva aplicación en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, que se desgaja y distancia considerablemente, por su especial rigor sancionador del general y común para todas las demás infracciones laborales y sociales”⁴. Ciñéndonos a las infracciones que son objeto de análisis en este trabajo, la LPRL sancionó las infracciones muy graves del empresario en materia de prevención de riesgos laborales con multa, en su grado mínimo de 5.000.001 a 20.000.000 pesetas; en su grado medio, de 20.000.001 a 50.000.000 pesetas; y en su grado máximo, de 50.000.001 a 100.000.000 pesetas (art. 49.4 LPRL). Estas cuantías agravaron seriamente la respuesta administrativa sancionadora que para esta clase de infracciones se derivaba del art. 37.4 LISOS (multas de 500.001 a 15.000.000 pesetas). El específico y agravado régimen sancionador que la ley prevencionista recogió para las infracciones en materia de seguridad y salud cumple sobradamente con el criterio previsto en el art. 131.2 LRJAP⁵

¹ Destaca PEMÁN GAVÍN que el ordenamiento jurídico recoge variadas medidas sancionadoras en función del contenido del sector de la realidad social que regula pero que la multa se configura como el eje sobre el que gira el sistema sancionador: PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 44. En este sentido, señala DÍAZ RODRÍGUEZ que la “sanción administrativa mayoritariamente utilizada es la sanción prevista por antonomasia en todo orden sancionador administrativo, a saber, la sanción pecuniaria, la multa”: DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 424.

² El art. 25.3 CE prohíbe a la Administración la imposición de sanciones que, “directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. El que con anterioridad al texto constitucional la normativa sancionadora administrativa previese como modalidad de sanción el arresto o detención personal constituía una “muestra extrema del fenómeno de expansión degenerativa de la potestad sancionadora de la administración, sin paralelo en otros Derechos occidentales”: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo (II)*, Civitas, Madrid, 1981, pág. 177

³ PÁRAMO MONTERO, P., “Comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: Infracción y Responsabilidad”, *REDT*, nº 54, 1992, pág. 516.

⁴ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 237.

⁵ Establece este precepto que el “establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”.

y tiene su fundamento en la relevancia de los bienes jurídicos protegidos a través de la normativa cuya vulneración se sanciona: la vida, salud e integridad de los trabajadores⁶.

Posteriormente, el TRLISOS mantiene en su art. 40.2 las cuantías sancionatorias previstas en la LPRL y la Resolución de la Subsecretaría de Trabajo y Asuntos Sociales, de 16 de octubre de 2001 convierte en euros estas cuantías.

Finalmente, el Gobierno, haciendo uso de la autorización contenida en la disposición adicional primera TRLISOS, ha procedido a actualizar el importe de las sanciones “teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo” a través del RD 306/2007⁷, quedando establecidas las cuantías de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales del siguiente modo: multa, en su grado mínimo, de 40.986 a 163.955 euros; en su grado medio, de 163.956 a 409.890 euros; y en su grado máximo, de 409.891 a 819.780 euros.

Como puede observarse, constatados por el Inspector los hechos que son subsumibles en alguno de los tipos infractores que hemos analizado en este trabajo, la propuesta de una multa de determinada cuantía no puede ser automática en tanto el importe de la misma no es fijo sino que se ha de determinar entre un mínimo y un máximo (en nuestro caso, la multa puede oscilar entre 40.986 y 819.780 euros).

Por tanto, una vez calificada la infracción empresarial –lo que supone un primer paso para determinar la cuantía sancionatoria⁸– como muy grave, el operador jurídico (Inspección de Trabajo, autoridad laboral que ha de sancionar u órgano jurisdiccional que conoce del recurso contra la sanción administrativa), deberá imponer la sanción en su grado mínimo, medio o máximo (art. 39.1 TRLISOS) y, posteriormente, fijar la

⁶ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 240; CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 159; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 327.

⁷ Para la actualización de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales se ha aplicado el incremento del índice general de precios al consumo desde el 10 de febrero de 1996, fecha de entrada en vigor de la LPRL.

⁸ Como destaca SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, el primer elemento para determinar la proporcionalidad de las sanciones lo encontramos en la previa clasificación de las infracciones ya que con la calificación de éstas en leves, graves y muy graves “se establece un parámetro que constituye una primera delimitación en el proceso de determinación de las cuantías sancionatorias que puede imponer el órgano competente, de acuerdo con el artículo 40 del TRLISOS”: SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 28. Así, en materia de prevención de riesgos laborales, las infracciones leves se sancionarán con multa de 40 a 2.045 euros y las graves con multa de 2.046 a 40.985 euros. La administración sancionadora, al establecer esta primera delimitación de la cuantía de la multa, no lleva a cabo una actividad discrecional –a diferencia de lo que, como veremos, ocurre al cuantificar definitivamente el importe de la sanción–, en tanto una vez descritos los hechos infractores “la calificación de la infracción administrativa no es una facultad discrecional de la Administración, sino propiamente una actividad jurídica de aplicación de las normas que exige como presupuesto objetivo el encuadramiento o subsunción de la falta en el tipo predeterminado legalmente” (STSJ de Madrid de 25 de julio de 2003 –JUR 2004/178703–). Por tanto, “la discrecionalidad en ningún caso aparece vinculada a los tipos de infracción y de sanción que corresponde imponer en cada caso. La calificación de las infracciones –como las sanciones– corresponde en exclusiva al legislador; el tipo de las infracciones y sanciones viene predeterminado legalmente; por tanto, no es posible reconocer margen de discrecionalidad alguno a la autoridad (judicial o administrativa) competente no sólo respecto a la subsunción de la conducta en el tipo de infracción sino, sobre todo, respecto de la sanción susceptible de ser impuesta”: MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Derecho Sancionador...*, op. cit., pág. 109.

cuantía exacta de la multa dentro de los márgenes que corresponden a cada grado (cuantificación de la multa). Para estas operaciones de graduación y cuantificación los operadores jurídicos habrán de tener en cuenta los criterios de graduación que vienen recogidos en el art. 39.3 TRLISOS y que analizaremos en la segunda pregunta de este Capítulo. Junto con estas circunstancias que pueden valorarse para atenuar o agravar la sanción administrativa, el TRLISOS regula dos figuras cuya apreciación por el órgano sancionador supondrá una agravación de la responsabilidad; nos estamos refiriendo a la reincidencia (art. 41) y a la persistencia continuada en la infracción (art. 39.7), que serán objeto de análisis en el tercer apartado. Finalmente haremos referencia a dos instituciones que pueden influir en la determinación final del reproche administrativo frente a las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales: el concurso de infracciones y la responsabilidad solidaria.

II. LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN

Según el art. 39.3 TRLISOS, en las sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, a efectos de su graduación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo; b) el carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades; c) la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias; d) el número de trabajadores afectados; e) las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de riesgos; f) el incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social; g) la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los Delegados de prevención o el Comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes; h) la conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales .

Al analizar estos criterios que el aplicador del Derecho tendrá en cuenta para sancionar las infracciones muy graves del empresario en materia de seguridad y salud destacaremos, en primer lugar, su conexión con principios informadores de la potestad administrativa sancionadora para, posteriormente, señalar los caracteres más importantes de estos criterios y, finalmente, analizar su aplicación en el concreto campo de las infracciones muy graves previstas en el art. 13 TRLISOS y que han sido objeto de estudio en la I Parte de este trabajo.

1. La conexión de los criterios de graduación de las sanciones con los principios de proporcionalidad y de motivación.

La graduación de las sanciones se conecta con dos de los principios generales que rigen la potestad sancionadora de la Administración: el principio de proporcionalidad y el principio de motivación⁹.

⁹ SÁNCHEZ -TERÁN HERNÁNDEZ, J.M, op. cit., pág. 72.

A. El principio de proporcionalidad.

En virtud del principio de proporcionalidad, la sanción a imponer deberá adecuarse a la gravedad de la infracción cometida y al grado de culpabilidad existente en la misma¹⁰. Este principio viene recogido para el ámbito administrativo sancionador en el art. 131.3 LRJAP que establece que en “la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”.

De este precepto normativo se deriva que el principio que estamos comentando opera en dos planos: en el normativo (determinación normativa del régimen sancionador) y en el de aplicación (imposición de sanciones por las Administraciones Públicas).

Desde un punto de vista normativo, el principio de proporcionalidad obliga al legislador a que, en el momento de establecer en disposiciones generales, las sanciones correspondientes a las distintas infracciones, tenga en cuenta la entidad de estas últimas¹¹. Para cumplir con este principio se clasifican en los textos normativos las infracciones en leves, graves y muy graves¹² y, posteriormente, se gradúa en tres niveles –grado mínimo, medio y máximo– las sanciones correspondientes a cada clase de infracción, estableciéndose para cada nivel una cuantía sancionadora que oscila entre un mínimo y un máximo y para cuya concreción se prevé normativamente unos criterios de graduación que el aplicador jurídico deberá tener en cuenta al determinar el importe de la sanción correspondiente.

En la fase de aplicación, debe partirse del hecho de que “cuando la ley no atribuye automáticamente una sanción concreta a una infracción, se pone en marcha la facultad discrecional de la Administración”¹³. Ahora bien, “la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida (...), dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras” (STS de 30 de abril de 1995¹⁴).

Puede decirse, por tanto, que la Administración no goza de una discrecionalidad absoluta o plena libertad para imponer las sanciones en el grado que estime conveniente,

¹⁰ REY GUANTER, S., DEL, *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el Orden social*, MTSS, Madrid, 1990, pág. 64.

¹¹ Como señala NIETO GARCÍA, en cuanto a la graduación proporcional de las sanciones, el legislador tiene en el ámbito normativo “un margen amplísimo que sólo puede ser controlado por el Tribunal Constitucional cuando sus determinaciones sean irracionales, violen algún derecho fundamental o no sean congruentes con los fines proclamados”: NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 355.

¹² El art. 1.3 TRLISOS establece que las “infracciones se califican como leves, graves y muy graves en atención a la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, de conformidad con lo establecido en la presente Ley”.

¹³ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 355.

¹⁴ RJ 1995/3081.

sino que ha de sujetarse –en cuanto sean agravatorias para el administrado– a las circunstancias marcadas en la ley.

Pues bien, son los criterios de graduación previstos en el art. 39.3 TRLISOS los que fijan precisamente esas “circunstancias concurrentes” que la Administración sancionadora deberá ponderar al ejercitar su *ius puniendi* frente a infracciones empresariales de la normativa de prevención de riesgos laborales, limitando, de esta forma, la discrecionalidad administrativa al aplicar el grado de la correspondiente sanción¹⁵ e impidiendo que aquélla se convierta en arbitrariedad.

En el ejercicio de esta facultad discrecional debilitada, la Administración estará sometida al control de los órganos jurisdiccionales que podrán sustituir el criterio de aquélla en cuanto a la cuantificación de la sanción a imponer puesto que corresponde a la actividad jurisdiccional “no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también (...) el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principio integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción” (STS de 30 de abril de 1995¹⁶). De esta forma, el principio de proporcionalidad sirve a la jurisprudencia como un “importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria” (STSJ de Extremadura de 8 de marzo de 2005¹⁷).

B. El principio de motivación.

Exige el art. 54.1.a) LRJAP la motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, de los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, entre los que sin duda se han de incluir los actos de naturaleza sancionadora¹⁸. En el Orden social el requisito de motivación de las resoluciones sancionadoras aparece previsto en el art. 20 RPS¹⁹.

Los criterios de graduación están conectados con este principio procedimental que rige la potestad sancionadora de la Administración en tanto para cuantificar la multa a imponer debe tenerse en cuenta que “cuando para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones, la imposición de una más grave o elevada de la establecida con el carácter de mínima deberá ser claramente motivada mediante la consignación de las específicas razones y circunstancias en que se funda la superior

¹⁵ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 238.

¹⁶ RJ 1995/3081.

¹⁷ JUR 2005/90294.

¹⁸ TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Derecho Sancionador...*, op. cit., pág. 399.

¹⁹ Destaca TOLOSA TRIBIÑO que el fundamento de la motivación se encuentra en el sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y el control que corresponde a los Tribunales de la legalidad de la acción administrativa pero que además con este principio que ha de regir el ejercicio por parte de la Administración de su poder sancionador se cumple con la finalidad de dar a conocer al administrado “el fundamento, circunstancias o motivos del acto que le interesa y que debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa, con lo que la motivación del acto administrativo se conecta con el derecho fundamental a la tutela efectiva y al derecho de defensa”: TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Derecho Sancionador...*, op. cit., pág. 398.

malicia o desidia que se tienen en cuenta para elegir ese mayor castigo” (STS de 25 de septiembre de 2003²⁰) y estas específicas razones y circunstancias son, para el caso de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, los criterios de graduación previstos en el art. 39.3 TRLISOS. Por esta razón, el apartado sexto del art. 39 TRLISOS señala que el “acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que inicie el expediente sancionador²¹ y la resolución administrativa que recaiga deberán explicitar los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta, de entre los señalados en los anteriores apartados de este artículo”.

La falta de motivación de la sanción impuesta derivada de la omisión, en la resolución sancionadora, de los criterios tenidos en cuenta para graduar y cuantificar el importe pecuniario de la multa ocasionará que la sanción a imponer sea la mínima. Este es el supuesto recogido en la STSJ de Madrid de 17 de enero de 1996²², en el que se impugna una resolución administrativa sancionadora por infracción muy grave, en materia de prevención de riesgos laborales prevista en el art. 11.4 LISOS²³, apreciada en su grado mínimo que impone a la empresa infractora una multa de 700.000 pesetas (las infracciones muy graves eran sancionables conforme al art. 37.4 LISOS con multa, en su grado mínimo de 500.001 a 2.000.000 de pesetas). Entiende la resolución judicial que queda acreditada la comisión empresarial de la infracción muy grave pero estima parcialmente el recurso interpuesto y gradúa la sanción impuesta (minorándola) por insuficiente justificación de la cuantía fijada en atención a las circunstancias concurrentes pues, “no se contiene efectivamente en el acta la más mínima referencia a cualquiera de las circunstancias del art. 36.2 de la Ley 8/1988²⁴ en orden justificativo de la cuantificación de la multa impuesta por encima del importe mínimo previsto en el art. 37.4 de igual Ley, con lo que procede su reducción a las 500.001 ptas.”²⁵.

2. Caracteres de los criterios de graduación.

Entre los caracteres de los criterios de graduación cabe destacar los siguientes:

1. Llama la atención SÁNCHEZ-TERÁN²⁶ acerca de la “estabilidad legislativa” de los criterios de graduación que, en el caso concreto de los que son aplicables a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, se traduce en el hecho de que, tras la enunciación de los mismos en el art. 49.1 LPRL, solo se ha

²⁰ RJ 2003/7199.

²¹ En este mismo sentido, el art. 14.1.b) RPS prevé que las actas de infracción de la ITSS habrán de reflejar “los criterios en que se fundamenta la graduación de la propuesta de sanción”.

²² RJCA 1996/358.

²³ Actual art. 13.10 TRLISOS.

²⁴ Este precepto recogía los criterios de graduación de las sanciones aplicables a las infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

²⁵ Este criterio de aplicar la sanción mínima en el caso de que se omitan los criterios de graduación tenidos en cuenta para determinar la cuantía de la multa se ha seguido posteriormente por la jurisprudencia en materia de infracciones y sanciones en el Orden social: STS de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10283). No obstante, el criterio judicial y jurisprudencial no era uniforme respecto a esta cuestión pues no faltaron resoluciones judiciales que, ante la falta de mención, explicitación o relevancia de los criterios de graduación, optaron por aplicar el grado mínimo pero en su cuantía intermedia (SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 294). La regla prevista en el art. 39.6 TRLISOS (esta regla ya se había incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 24.4 RD 396/1996 y fue recogido posteriormente por el art. 49.3 LPRL) pone normativamente fin a esta discrepancia judicial optando por aplicar en estos casos la sanción en la cuantía inferior de su grado mínimo.

²⁶ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 26.

operado una modificación que les afecte: la Ley 54/2003 dio una nueva redacción al art. 39.3.f) TRLISOS para precisar que el incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos que actúan como criterios de graduación son los regulados en el art. 43 LPRL, dando cabida de esta forma, entre los mismos, a los requerimientos efectuados por los funcionarios técnicos dependientes de las CCAA.

2. Tanto la doctrina laboralista²⁷ como administrativista²⁸ destaca la exhaustividad del catálogo de criterios de graduación previstos en el Orden laboral pues se ofrece una importante cantidad de éstos –hasta ocho en materia de prevención de riesgos laborales–, con los que se evita la arbitrariedad de la poderes públicos al imponer sanciones por infracciones en esta materia.
3. Una importante cuestión a determinar es la de si en el ámbito de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales son aplicables, al fijar la correspondiente sanción, exclusivamente los criterios previstos en el apartado tercero del art. 39 TRLISOS o también es posible graduar la respuesta sancionatoria haciendo uso de los criterios de graduación que con carácter general se recogen en el segundo apartado del citado precepto²⁹.
Bajo la aplicación del régimen sancionador previsto en la LISOS era claro que a las infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo les eran aplicables los criterios de graduación genéricos enunciados en el art. 36.1 del citado texto normativo toda vez que el art. 36.2 LISOS señalaba que en esta materia se tendrían en cuenta a efectos de graduar las sanciones “además” de los enumerados en el primer apartado, los específicos de la materia. Así, la STS confirma una sanción impuesta por infracción en materia de seguridad e higiene bajo el régimen normativo de la LISOS que había tenido en cuenta como factor de graduación la capacidad económica³⁰ de la empresa (criterio de graduación previsto en el apartado primero del art. 36 LISOS)³¹.

²⁷ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 437.

²⁸ PEMÁN GAVÍN señala que el art. 36 LISOS recoge un conjunto de agravantes y atenuantes con un mayor grado de concreción de lo que es habitual en nuestro ordenamiento jurídico por lo que constituye un ejemplo de que determinados esfuerzos resultan factibles en cuanto a la consecución de una mayor concreción normativa del régimen jurídico sancionador: PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 277, nota 152.

²⁹ Establece el art. 39.2 TRLISOS que, calificadas las infracciones, “las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida”.

³⁰ El art. 36.1 LISOS cita, entre los criterios de graduación genéricos que se han de tener en cuenta al sancionar las infracciones, el de la “cifra de negocios de la empresa”, circunstancia que ya tenía en cuenta para graduar la sanción el art. 156.4 OGSHT que recogía, entre los criterios de graduación aplicables a las infracciones en materia de seguridad e higiene, “la importancia y situación económica de la empresa”. El RD 396/1996 que aprueba el procedimiento sancionador para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden social explicaba en su art. 24.1 que por cifra de negocios habría de entenderse “el volumen de facturación anual o el volumen de operaciones realizadas en el último ejercicio”. Con anterioridad, alguna resolución judicial había confirmado la aplicación de este criterio de graduación sin que fuese necesario la prueba de la cifra de negocios cuando fuese notorio el relevante papel que la empresa sancionada desempeñaba en el sector económico en el que actuaba (STSJ de Cataluña de 21 de junio –RJCA 1996/717–, que confirma las sanciones impuestas por infracciones en materia de seguridad e higiene, dos de ellas muy graves). En cuanto a la oportunidad de valorar la importancia económica de la empresa al determinar la cuantía de la multa administrativa que se ha de imponer a la empresa por infracciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, la STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2004 (JUR

Posteriormente, la LPRL recogería en su art. 49.1 los criterios de graduación a tener en cuenta cuando se sancionasen las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. Bajo este nuevo régimen normativo debía entenderse que en esta materia eran de aplicación, exclusivamente, las circunstancias atenuantes/agravantes recogidas entonces en el citado precepto de la LPRL y ello no solo porque ya no se dice al recoger los criterios específicos aplicables en materia de prevención que éstos son aplicables “además”³² de los genéricos sino fundamentalmente porque el art. 49.1 LPRL no se limita a establecer los criterios específicos que anteriormente venían recogidos en el derogado art. 36.2 LISOS³³ sino que, junto a éstos, incorpora algunos de los genéricos para todo tipo de sanciones en materia social, contenidos en el apartado primero del art. 36 LISOS (daños o perjuicios causados, número de trabajadores afectados e incumplimiento de advertencias y requerimientos de la Inspección de Trabajo)³⁴.

Con la entrada en vigor del TRLISOS hemos de entender igualmente que los criterios de graduación, aplicables a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, son exclusivamente los del art. 39.3 TRLISOS sin que sea posible graduar las sanciones a imponer teniendo en cuenta los criterios generales del apartado segundo pues algunos de los criterios del art. 39.2 se repiten en el 39.3 y se mantiene la omisión de la expresión “además” que ya se producía en el art. 49.1 LPRL³⁵.

2005/83859) parece entender que no es un dato relevante en este sentido pues rechaza la aplicación de este criterio de graduación alegando que “no basta la mera invocación a la cifra de negocios cuando esta no revela relación alguna con la inobservancia sancionada” (a la empresa se le había sancionado por infracción grave en materia de seguridad e higiene). Frente a esta postura judicial, la STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2002 (RJCA 2003/719) había entendido que, al sancionarse las infracciones en esta materia, la relevancia económica de la empresa incumplidora es una circunstancia que ha de condicionar el importe de la multa pues resulta aplicable a este concreto grupo de infracciones la doctrina jurisprudencial que sobre este criterio de graduación estableció la STS de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2002/1768), según la cual, al sancionar las infracciones empresariales en materia social, no puede resultar indiferente la cifra de negocios de la empresa pues es necesario “que sean precisamente las empresas importantes las que extremen el cumplimiento de los deberes de índole laboral”. Ciertamente, la reforma operada por la LPRL en los criterios de graduación aplicables a las infracciones en materia preventiva ha venido a dar la razón a la postura mantenida en la primera resolución judicial pues el art. 49.1 LPRL no ha incluido entre las circunstancias a tener en cuenta para adecuar la sanción a la infracción, la cifra de negocios de la empresa incumplidora (en el mismo sentido, como hemos visto, el art. 39.3 TRLISOS).

³¹ Otro ejemplo de aplicación de un criterio de graduación general de los previstos en el art. 36.1 LISOS a una infracción en materia de seguridad y salud lo encontramos en la STS de 17 de mayo de 1996 (RJ 1996/4480) que confirma la sanción impuesta por infracción del art. 11.4 LISOS (actual art. 13.10 TRLISOS) y que había sido impuesta en su grado medio por “el perjuicio causado”.

³² El art. 24 RD 396/1996, tras recoger en su primer apartado los criterios de graduación aplicables con carácter genérico a las infracciones en el Orden social, establecía en el segundo apartado que en las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales “serán de aplicación los criterios de graduación establecidos en el art. 49.1 de la Ley 31/1995”, omitiéndose la expresión “además” a la que hacía referencia el art. 36.2 LISOS.

³³ La disposición derogatoria única LPRL derogaba expresamente en su letra a) el art. 36.2 LISOS.

³⁴ MONTOYA MELGAR, A y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 258. Para estos autores es claro que “el art. 49.1 LPRL contiene en exclusividad la regulación de los criterios de graduación de las sanciones en la materia que nos ocupa”.

³⁵ En este sentido SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., págs.194-195; DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 438;

Esta interpretación del art. 39 TRLISOS viene avalada por alguna decisión judicial. Así, en la STSJ de Extremadura de 10 de febrero de 2004³⁶ se niega que pueda tenerse en cuenta al sancionar una infracción en materia preventiva el volumen económico de la empresa infractora pues éste supone “un criterio de agravación previsto en el art. 39.2 del TRLISOS y no en los criterios específicos aplicables a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales”.

Sin embargo, la STS de 3 de noviembre de 2003³⁷ tiene en cuenta (entre otros) el criterio de la cifra de negocios para graduar la sanción a imponer por la infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales tipificada en el art. 48.8 LPRL³⁸. De esta decisión jurisprudencial podríamos colegir que la interpretación del TS acerca de los criterios de graduación aplicables difiere de la nuestra pero no nos parece que la interpretación jurisprudencial que se deriva de la citada sentencia sea la de que resultan aplicables a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales los criterios generales de graduación toda vez que la aplicación del concreto criterio de la cifra de negocios se basa en el claro error de entender que está contenido entre los criterios específicos del art. 49.1 LPRL.

4. La aplicación de estos criterios puede tener un indebido efecto “reduplicativo” cuando ya se han tenido en cuenta a la hora de calificar la infracción³⁹ pues se produciría una doble valoración de los mismos hechos que conculcaría el principio *non bis in idem*⁴⁰. Para evitar este indebido efecto, el art. 39.5 TRLISOS establece que los “criterios de graduación recogidos en los números anteriores no podrán utilizarse para agravar o atenuar la infracción cuando estén contenidos en la descripción de la conducta infractora o formen parte del propio ilícito administrativo”⁴¹. Cuando a continuación comentemos cada uno de los criterios de graduación determinaremos en qué casos resultan inaplicables para las infracciones muy graves que hemos analizado por aplicación de la regla prevista en el citado precepto.
5. Los criterios recogidos en el art. 39.3 TRLISOS son circunstancias que podrán atenuar o agravar la sanción a imponer por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales una vez que éstas ya se han calificado en uno de sus tres grados. Por tanto, estos criterios operan una vez que la infracción ha sido calificada sin que puedan utilizarse para modificar la calificación de la infracción⁴². Como destaca CASAS BAAMONDE, “la clasificación de los

³⁶ RJCA 2004/300.

³⁷ JUR 2003/8893.

³⁸ Actual art. 13.10 TRLISOS.

³⁹ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 351. La STS de 12 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1769) rechaza al sancionar la infracción del art. 11.4 LISOS (actual art. 13.10 TRLISOS) la apreciación “como circunstancia de agravación los riesgos inherentes a la operación que estaban realizando, ya que precisamente ha sido la inminencia de esos riesgos la que ha servido para calificar de «muy grave» la falta cometida, *sin que quepa reduplicar sus efectos* imponiendo esa falta muy grave en su grado máximo” (el subrayado es nuestro).

⁴⁰ Este principio, que analizaremos posteriormente, implica que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho.

⁴¹ Esta regla ya venía prevista en el art. 49.2 LPRL y con anterioridad en el art. 24.3 RD 396/1996.

⁴² Las infracciones se califican como leves, graves o muy graves y las sanciones correspondientes a cada tipo de infracción se gradúan. Los criterios de graduación no se pueden aplicar para calificar la infracción (salvo, obviamente, que se encuentren descritos en el tipo infractor), siendo operativos únicamente para graduar la sanción a imponer a una infracción previamente calificada.

distintos tipos de infracciones –en las tres clases de leves, graves y muy graves– la hace el legislador, y no la Administración, a la que corresponde sólo subsumir los hechos en alguna de las infracciones tipificadas y clasificadas en la triple categoría señalada. Los elementos modales que ahora consideramos lo son de *graduación de las sanciones* correspondientes a cada grupo de infracciones”⁴³. La duda acerca de si era posible utilizar los criterios de graduación para calificar las infracciones surgió por una defectuosa redacción del art. 49.2 LPRL que preveía que los “criterios de graduación recogidos en el número anterior no podrán atenuar o agravar la *calificación*⁴⁴ de la infracción cuando estén contenidas en la descripción de la conducta infractora”. *Sensu contrario*, este precepto parecía recoger la posibilidad de que las circunstancias atenuantes/agravantes del art. 49.1 LPRL se utilizasen al calificar la infracción en materia de prevención de riesgos laborales como leve, grave o muy grave siempre que no se incluyesen en la descripción del tipo. No obstante, la doctrina hacía una interpretación correctora de la dicción del precepto en el sentido que acabamos de ver⁴⁵. El TRLISOS no ha superado del todo esta deficiente redacción puesto que, como hemos visto, al recoger esta regla aplicativa de los criterios de graduación hace referencia a que los mismos “no podrán utilizarse para atenuar o agravar la *infracción*...”⁴⁶. Entendemos que lo que se atenúa o agrava no es la *infracción* sino la *sanción* correspondiente a la infracción previamente calificada como leve, grave o muy grave como claramente se deriva de la rúbrica del art. 39 TRLISOS (“Criterios de graduación de las sanciones”) y de la dicción del segundo apartado del citado precepto según el cual, “*calificadas* las infracciones, en la forma dispuesta por esta Ley, las *sanciones se graduarán* en atención a...”⁴⁷. En definitiva, nos parece técnicamente más correcta la redacción que de esta regla hacía el derogado art. 24.3 RD 396/1996 que establecía que “las circunstancias enumeradas en los apartados anteriores no serán valoradas como circunstancias de agravación o de atenuación cuando las mismas formen parte del propio ilícito administrativo”.

6. El art. 39.6 TRLISOS establece una regla para graduar la sanción en el caso de que no se consideren relevantes a efectos de atenuar o agravar ninguna de las circunstancias enumeradas en los apartados 2 y 3 del propio precepto. En este caso, “la sanción se impondrá en el grado mínimo en su tramo inferior”⁴⁸. Esta regla que, como vimos anteriormente, vino a poner fin por vía normativa a la discrepancia que en sede judicial se venía produciendo en cuanto a la respuesta sancionatoria que la falta de mención de los criterios de graduación debía tener, fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por el art. 24.4 RD 396/1996 y recogida con posterioridad para el ámbito de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales por el art. 49.3 LPRL. El art. 39.6 TRLISOS

⁴³ CASAS BAAMONDE, M.E., op. cit., págs. 171-172.

⁴⁴ El subrayado es nuestro.

⁴⁵ También FERNÁNDEZ MARCOS entendía al comentar el art. 49.2 LPRL que la “calificación de las conductas infractoras, tipificadas como leves, graves o muy graves es vinculante y resulta intocable para la Administración sancionadora, sin resquicio de discrecionalidad. A infracción leve, grave o muy grave corresponde necesariamente, sanción leve, grave o muy grave. Los criterios de graduación son únicamente relevantes para la aplicación del grado de la correspondiente sanción”. FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit. págs. 238-239.

⁴⁶ El subrayado es nuestro.

⁴⁷ Los subrayados son nuestros.

⁴⁸ Esta regla ya aparecía en el art. 49.3 LPRL y con anterioridad en el art. 24.4 RD 396/1996.

incorpora esta regla en los términos en los que la misma venía recogida en la LPRL y, como destaca SÁNCHEZ-TERÁN, “llama la atención que se utilice la expresión de la sanción en su «tramo inferior» cuando en ningún lugar del TRLISOS, ni en su antecedente a estos efectos de la LPRL, ni en ninguna otra norma del Orden Social se menciona que las cuantías sancionatorias se dividan en tramos u otra denominación similar”⁴⁹. Entendemos que el art. 39.6 debe interpretarse en el sentido de que si una vez calificada la infracción, el operador jurídico entiende que no es relevante ninguna de las circunstancias que se enumeran en los listados de los criterios de graduación debe imponerse la multa en la cuantía mínima del grado mínimo y esto atendiendo al criterio jurisprudencial que, como vimos, mantenía que “cuando para una determinada infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones, la imposición de una más grave o elevada de la establecida con el carácter de mínima deberá ser claramente motivada mediante la consignación de las específicas razones y circunstancias en que se funda la superior malicia o desidia que se tienen en cuenta para elegir ese mayor castigo” (STS de 25 de septiembre de 2003⁵⁰). Siguiendo este criterio jurisprudencial, la sanción establecida con el carácter de mínima para cada tipo de infracción es la cuantía inferior correspondiente al grado mínimo.

También es defendible la interpretación que aquí se mantiene atendiendo al antecedente normativo de la regla prevista en el art. 39.6 TRLISOS pues el art. 24.4 RD 396/1996 recogía ésta en unos términos que no daban lugar a duda. En virtud de este último precepto, cuando no se consideraban relevantes ninguno de los criterios de graduación, la sanción se impondría “en la cuantía inferior de su grado mínimo”.

Por tanto, en el supuesto de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, la aplicación de lo dispuesto en el art. 39.6 TRLISOS supondrá que la multa a imponer sea de 40.986 euros.

7. Respecto al carácter abierto o cerrado del listado de criterios de graduación, es de señalar que en algunas resoluciones judiciales se aprecian como criterios atenuantes circunstancias que no están recogidas en el art. 39 TRLISOS. Puede decirse que en estos casos se aplica al ámbito sancionador administrativo en el Orden social la “atenuante analógica” prevista en el art. 21.6 CP, de forma que en lo relativo a su función de atenuación la enumeración del art. 39 TRLISOS se configura como un listado abierto. Ejemplos de lo anterior lo encontramos en la STS de 3 de noviembre de 2003⁵¹, en la que se confirma una resolución en la que se sanciona por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales teniendo en cuenta como circunstancia atenuante el hecho de que el accidente producido “era el primero que se producía en la empresa después de muchos años de actividad”⁵² y en la STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2004⁵³, que parece valorar como atenuante el arrepentimiento de la empresa infractora pues reduce la cuantía sancionadora de la multa que se le impuso por carecer de

⁴⁹ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 296.

⁵⁰ RJ 2003/7199.

⁵¹ RJ 2003/8893.

⁵² Como destaca SÁNCHEZ-TERÁN, hubiese sido técnicamente más preciso que la autoridad laboral hubiese entendido que este hecho, al poner de relieve una conducta continuada de la empresa a favor de la prevención, justificaba la aplicación como atenuante del criterio recogido en el art. 49.1.h) LPRL (hoy art. 39.1.h) TRLISOS: SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 316.

⁵³ JUR 2004/1089.

un plan de acción preventiva en razón a que inmediatamente contrató con una entidad especializada las actuaciones oportunas.

8. Siguiendo con la configuración abierta o cerrada del listado de criterios del art. 39.3 TRLISOS, merece atención aparte el controvertido tema de si la imprudencia del trabajador que coadyuva al acaecimiento del accidente de trabajo debe ponderarse al sancionar los incumplimientos empresariales en materia preventiva.

Ya vimos, al analizar el principio de culpabilidad en la I Parte de este trabajo, que la doctrina jurisprudencial rechazaba las frecuentes alegaciones de las empresas sancionadas en orden a eximirse de responsabilidad en base a que la producción del accidente de trabajo se había debido exclusivamente al comportamiento imprudente del trabajador. Esta postura jurisprudencial que niega la posibilidad de que la actuación negligente de los trabajadores pueda suponer la exoneración de responsabilidad administrativa del empresario por infracciones en materia preventiva se fundamenta en el alcance del deber de seguridad y puede sintetizarse en las siguientes consideraciones: a) el deber de seguridad de la empresa “no acaba con la puesta a disposición de sus trabajadores de los medios precautorios adecuados, sino que se exige la continua vigilancia en el cumplimiento de las normas (...), que es medida protectora de carácter general de la que no puede liberarse la empresa descargando la responsabilidad de su cumplimiento sobre el incumplimiento de otro” (STS de 22 de abril de 1989)⁵⁴; b) se resalta que este alcance del deber de seguridad que se concreta en la obligación empresarial de vigilar que se adopten las medidas precisas para el efectivo cumplimiento de las medidas de seguridad tendría su fundamento normativo en el art. 7.2 OGSHT que establece como obligación del empresario en materia de seguridad e higiene laborales la adopción de “cuantas medidas fueren necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa”⁵⁵ y se explicaría “como contrapartida a la facultad organizadora de la empresa por su titular”⁵⁶; c) esta obligación empresarial no se enerva por la posible imprudencia del trabajador dado que la deuda de seguridad de la empresa debe tender, no sólo a “la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, sino además a la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales”⁵⁷.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial generaba la intrascendencia de la alegación de la empresa infractora sobre la imprudencia del trabajador como causa del accidente en orden a exonerarse de la responsabilidad administrativa, sin poder entender que nos encontrásemos ante una responsabilidad objetiva sino ante una culpa «in vigilando». Como ya destacamos, con la LPRL, esta interpretación jurisprudencial del alcance del deber de seguridad y de la

⁵⁴ RJ 1989/2877. En el mismo sentido y citando jurisprudencia relativa a las infracciones muy graves en materia de seguridad y salud laborales: STS de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996/4496); STS de 3 de marzo de 1998 (RJ 1998/2307); STS de 27 de marzo de 1998 (RJ 1998/2869).

⁵⁵ STS de 22 de abril de 1989 (RJ 1989/2877); STS de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996/4496).

⁵⁶ STS de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996/4496); STS de 3 de marzo de 1998 (RJ 1998/2307); STS de 27 de marzo de 1998 (RJ 1998/2869).

⁵⁷ STS de 27 de mayo de 1996 (RJ 1996/4496); STS de 3 de marzo de 1998 (RJ 1998/2307); STS de 27 de marzo de 1998 (RJ 1998/2869).

(in)trascendencia de la imprudencia del trabajador tiene un soporte normativo claro ya que a tenor del art. 14.2 del citado texto normativo, el empresario “realizará la prevención de riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores”⁵⁸, destacándose en el apartado cuarto del art. 15 de la propia ley prevencionista que la efectividad de tales medidas “deberán prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”. Ahora bien, una vez que tanto jurisprudencial como normativamente queda vedada la posibilidad de que la imprudencia del trabajador pueda actuar como circunstancia eximente de la responsabilidad administrativa, cabe preguntarse si la misma puede ser valorada por los operadores jurídicos al determinar la cuantía de la multa a imponer a la empresa infractora, esto es, si puede tener relevancia en cuanto criterio de graduación. Aunque es claro que el comportamiento del trabajador no aparece entre las circunstancias listadas en el art. 39.3 TRLISOS la respuesta a la cuestión anterior ha de ser afirmativa dada la estrecha vinculación que el comportamiento imprudente del trabajador puede tener con los criterios de graduación previstos en las letras *c)* –la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias– y *e)* –las medidas de protección individual o colectiva adoptados por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos– del citado precepto. Por tanto, es de esta forma indirecta como la imprudencia del trabajador será tomada en cuenta al sancionarse los incumplimientos empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, por lo que el análisis de esta relevancia se hará más adelante al analizar los criterios de graduación con los que se relaciona.

9. La ausencia de reglas para determinar las concretas consecuencias sancionatorias que comporta la apreciación de los diferentes criterios de graduación, ocasiona que la Administración goce “de una amplia discrecionalidad en la valoración y alcance de esos criterios como elementos determinantes de la cuantía de la sanción”⁵⁹. Es claro que en el caso de que concurren circunstancias atenuantes y agravantes deberán valorarse de manera conjunta ya que debe apreciarse “una eficacia compensatoria” entre dichas circunstancias (STS de 27 de febrero de 1998⁶⁰, que estima parcialmente el recurso de la empresa frente a la resolución sancionadora de la Administración, rebajando el importe de la multa por infracción muy grave del art. 11.4 LISOS al apreciar que, junto a las circunstancias agravantes valoradas por la Administración, concurre una circunstancia atenuatoria) pero sin que aparezca regulada en ninguna norma de qué forma haya de hacerse esa valoración conjunta. Sería deseable, en orden a limitar la discrecionalidad de la Administración y aumentar la seguridad de los administrados, el que se previese normativamente las reglas para la determinación de las sanciones en los supuestos en que se aprecie la concurrencia de circunstancias que operan como criterios de graduación. En defecto de esta normativa, el TS ha establecido que

⁵⁸ Como vemos, este precepto reproduce lo previsto por el derogado art. 7.2 OGSHT que había servido a la jurisprudencia para fundamentar normativamente el alcance del deber de seguridad en los términos que acabamos de ver.

⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 326.

⁶⁰ RJ 1998/2543.

“si bien no son rigurosamente aplicables en la esfera administrativa las normas sobre graduación de las sanciones penales, es claro que tales criterios sí pueden servir de pauta orientadora para medir la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, que debe existir en el binomio infracción-sanción, para integrarlo adecuadamente en la facultad discrecional de la Administración para la determinación del «quantum» sancionado...”. Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, cuando el Inspector actuante tuviese que ponderar a la hora de proponer una sanción distintas circunstancias agravantes y atenuantes podría hacerlo aplicando las reglas previstas en el art. 66 CP.

10. Por último, es de destacar que, una vez graduada la sanción conforme a los criterios recogidos en el art. 39 LISOS, la sanción pecuniaria que se puede imponer oscila entre un mínimo y un máximo, “por lo que es precisa una última concreción en una cuantía que ha de ser determinada expresamente en el acta de infracción y en la correspondiente resolución de la autoridad laboral”⁶¹, para lo cual la Administración deberá valorar igualmente los criterios de graduación que también son aplicables, por tanto, en esta fase de cuantificación de la sanción⁶². La reflexión que se acaba de hacer acerca de la conveniencia de recoger normativamente reglas aplicables para graduar la sanción cuando se haya de valorar los criterios del art. 39 TRLISOS es extensible a esta fase de cuantificación pues igualmente existe en esta operación “un amplio vacío normativo expreso para determinar la sanción con mayor precisión y garantías para el sujeto infractor”⁶³. Es de destacar que alguna resolución judicial⁶⁴, acerca de infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, ha valorado las circunstancias agravantes para graduar la sanción y las atenuantes para cuantificar la misma, lo que no resulta un criterio favorable para la empresa infractora a la cual se impondría una multa de menor cuantía si la operación fuera la inversa: graduar la sanción atendiendo a las circunstancias concurrentes que le favorecen (aquellas que actúan como atenuantes) y una vez limitado de esta forma el importe de la sanción a imponer cuantificarlo valorando las circunstancias agravantes.

3. Análisis de los diferentes criterios de graduación aplicables en materia de prevención de riesgos laborales.

Como se ha dicho anteriormente, para la determinación de la cuantía de la sanción a imponer por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales serán aplicables exclusivamente las circunstancias enumeradas en el art. 39.3 TRLISOS. A continuación analizaremos estos criterios de graduación destacando la incidencia de cada uno de ellos en relación con las infracciones muy graves que fueron objeto de estudio en la I Parte de este trabajo.

A. La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo.

⁶¹ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 354.

⁶² SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 50.

⁶³ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 355.

⁶⁴ STSJ de Canarias de 25 de septiembre de 2002 (JUR 2003/28161).

Destaca SÁNCHEZ-TERÁN que “este criterio consiste en ponderar a efectos atenuatorios que la actividad tiene muy poca peligrosidad o, por el contrario, a efectos agravatorios, que la actividad es muy peligrosa y por lo tanto se exige una especial actuación empresarial para atenuar el riesgo”⁶⁵.

La primera cuestión a dilucidar es la concreción de qué actividades pueden considerarse como peligrosas al aplicar este criterio de graduación. Entendemos que en aras de una mayor seguridad jurídica, lo adecuado sería entender que actividades peligrosas son aquellas que expresamente han sido declaradas como tales por la normativa en materia de prevención de riesgos laborales (actividades enumeradas en el Anexo I RSP; trabajos recogidos en el Anexo II del RD 1627/1997,...)⁶⁶, lo que necesariamente –por aplicación de la regla del art. 39.5 TRLISOS–, nos lleva a rechazar la apreciación de este criterio al sancionar las infracciones previstas en los apartados 7, 8, 15, 16 y 17 del art. 13 TRLISOS que recogen como elemento objetivo de los ilícitos el que el incumplimiento empresarial se produzca en “actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”. El art. 39.5 TRLISOS también veda la posibilidad de apreciar este criterio de graduación cuando se sancione la infracción recogida en el apartado segundo del art. 13 TRLISOS por emplear el empresario a menores en trabajos prohibidos por el Decreto de 26 de julio de 1957 pues dicha prohibición se fundamenta precisamente en la “peligrosidad” que tales trabajos implican para los menores de dieciocho años.

SÁNCHEZ-TERÁN defiende que la aplicación de la regla del art. 39.5 TRLISOS también excluiría la posibilidad de valorar este criterio al sancionar “las infracciones muy graves en que la inminencia del riesgo sirve para calificarlas”⁶⁷: art. 13.3, 4, 6, 9 y 10 TRLISOS. Esta interpretación viene avalada jurisprudencialmente por la STS de 12 de noviembre de 2001⁶⁸ que estima parcialmente el recurso de una empresa sancionada por la infracción del art. 11.4 LISOS⁶⁹ y rebaja la sanción inicialmente impuesta por la autoridad laboral pues ésta había apreciado como agravantes criterios que el TS entiende inaplicables. Entre ellos se encuentra la circunstancia relativa a “los peligros inherentes a las actividades del centro de trabajo” (recogida entonces en el art. 36.2 LISOS y que se identifica con la hoy recogida en el art. 39.3.a) TRLISOS), manteniendo la citada resolución judicial que no cabe apreciar “como circunstancia de agravación los riesgos inherentes a la operación que estaban realizando, ya que precisamente ha sido la inminencia de esos riesgos la que ha servido para calificar de «muy grave» la falta cometida, sin que quepa reduplicar sus efectos imponiendo esa falta muy grave en su grado máximo”.

No compartimos esta opinión doctrinal y jurisprudencial ya que identifica, a nuestro modo de ver, dos circunstancias que son distintas. Por un lado, nos podemos encontrar con que las actividades laborales que se desarrollan en el centro de trabajo son especialmente peligrosas y cuando reglamentariamente se han calificado como tales es porque la entidad de los riesgos laborales que se presentan en la misma valorada ponderando de manera conjunta la probabilidad de que se produzcan daños a la salud de

⁶⁵ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 205.

⁶⁶ Puede pensarse igualmente en un supuesto específico en que sería posible entender que la actividad laboral desarrollada en una empresa pueda considerarse como peligrosa a efectos de agravar una hipotética infracción; nos referimos a el caso de que la peligrosidad haya sido expresamente determinada por la autoridad laboral en aplicación del art. 14 RSP

⁶⁷ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 208.

⁶⁸ RJ 2002/1769.

⁶⁹ Actual art. 13.10 TRLISOS.

los trabajadores y la severidad de los mismos es mayor que en la generalidad de los trabajos, esto es, es más probable que de los incumplimientos empresariales en esas actividades se deriven riesgos graves e inminentes para el seguridad y salud de los trabajadores. Ahora bien, el riesgo grave e inminente no es inherente a la actividad reglamentariamente considerada como peligrosa sino un posible resultado de la misma. Los tipos infractores en los que la peligrosidad de la actividad se configura como elemento del tipo se refieren al incumplimiento de concretas obligaciones sustantivas, sin que se exija para la integración de los mismos que de dichos incumplimientos de deriven riesgos graves e inminentes. El incumplimiento por parte de empresas que desarrollan actividades consideradas reglamentariamente peligrosas del resto de obligaciones no merece sin más la calificación de muy grave sino que dicha calificación dependerá, ahora sí, del resultado que se derive de la inobservancia empresarial de las normas en materia de seguridad. Si dicho resultado consiste en la generación de un riesgo grave e inminente, la conducta empresarial será encuadrable en alguno de los tipos infractores del art. 13 que contienen como elemento del tipo la generación de esta clase de riesgos y al sancionar esta infracción será, en nuestra opinión, aplicable como agravante la circunstancia del art. 39.3.a) TRLISOS pues la misma no forma parte del ilícito (no es inherente a la actividad especialmente peligrosa la existencia de riesgo grave e inminente aunque sea más probable que éste aparezca en estas actividades que en otras).

En este sentido, podemos encontrar algunas resoluciones judiciales que aplican el criterio de graduación del art. 39.3.a) TRLISOS al sancionar infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales en las que aparece como elemento conformador del tipo la existencia de un riesgo grave e inminente. Así, la STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2004⁷⁰ confirma la resolución mediante la que se sancionaba a una empresa por infracción del art. 11.4 LISOS y que había valorada como agravante el “riesgo inherente a la ejecución del trabajo” ya que éste se desarrollaba con riesgos eléctricos de alta tensión⁷¹. También, aplicando ya el régimen sancionador previsto en el TRLISOS, podemos citar la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2005⁷² en la que, al sancionar a una empresa por la infracción del art. 13.6 TRLISOS, se valora como agravante “la peligrosidad de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo” ya que los trabajos se realizaban “con altísimas concentraciones de gas notablemente nocivo” (ácido sulfhídrico)⁷³.

Por lo que se refiere a su aplicación como criterio para atenuar la sanción a imponer por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, entendemos que la circunstancia prevista en el art. 39.3.a) TRLISOS puede servir para suavizar lo que en ocasiones parece un régimen sancionador demasiado severo. Nos referimos concretamente al ilícito administrativo descrito en el art. 13.1 TRLISOS. Como se recordará, para entender cometida esta infracción administrativa, no se exige, a diferencia del resto de infracciones empresariales previstas en el listado del citado artículo⁷⁴, que la inobservancia de la normativa empresarial se produzca en actividades

⁷⁰ JUR 2004/34325.

⁷¹ Hoy previstos en el Anexo I del RD 39/1997.

⁷² JUR 2005/128324.

⁷³ Actividad especialmente peligrosa según la letra j) del Anexo I RD 39/1997.

⁷⁴ Con la excepción de la infracción que protege más que la seguridad y salud de los trabajadores su derecho a la intimidad (art. 13.5 TRLISOS) y del ilícito que sanciona los pactos para alterar el régimen de responsabilidades previsto en el art. 42.3 TRLISOS).

consideradas reglamentariamente como peligrosas o que se derive de aquélla un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. Lo anterior provoca que la especial protección que el legislador ha querido dar a este colectivo especialmente sensibles a los riesgos laborales –mujeres durante el periodo de embarazo y lactancia– se traduzca en un rigor sancionador que posibilitaba considerar como infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales cualquier incumplimiento de la normativa que específicamente protege a este grupo con independencia de la peligrosidad de la actividad laboral de la mujer y de la trascendencia que el incumplimiento empresarial tenga en cuanto a la creación de riesgos y la gravedad de los mismos. Pues bien, en los supuestos en que el incumplimiento de esta normativa se produzca en actividades no peligrosas, entendemos que puede atenuarse la sanción a imponer por apreciación del criterio de graduación que estamos comentando.

B. El carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades.

Explica SÁNCHEZ-TERÁN⁷⁵ este criterio de graduación manteniendo que jugará como agravante cuando los riesgos propios de la actividad laboral sean permanentes pues en este caso la empresa los ha debido “tener en consideración necesariamente en la evaluación de riesgos y por lo tanto ha tenido que adoptar las medidas necesarias para evitarlo (...), existiendo en este caso –a efectos agravatorios– un plus de antijuridicidad que ha de ser ponderado principalmente en función del tiempo transcurrido sin adoptar la medida requerida”, pudiendo valorarse dicho criterio para atenuar la sanción cuando los riesgos laborales sean transitorios ya que sería menos reprochable que su existencia no se hubiese previsto en la evaluación de riesgos o habiéndose previsto pueda explicarse la falta de adopción de las medidas preventivas teniendo en cuenta la “fugacidad temporal” del riesgo.

Un ejemplo de aplicación de este criterio como agravante al sancionar infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales lo encontramos en la STS de 11 de noviembre de 2003⁷⁶.

C. La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse.

Como puede observarse, este criterio de graduación recoge dos circunstancias distintas que el operador jurídico debe valorar al sancionar el incumplimiento empresarial de las normas en materia de prevención de riesgos laborales y que aplicará, alternativamente, en función de si, como consecuencia del incumplimiento empresarial se ha producido, o

⁷⁵ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 209; en este mismo sentido, destaca TOLOSA TRIBIÑO que, mediante la valoración de este criterio de graduación, se exige “una mayor diligencia al empresario en el cumplimiento de su obligaciones, dado que no puede graduarse de igual modo la responsabilidad en los supuestos de riesgos temporales, inusuales o imprevistos, que aquellos riesgos de carácter permanente, riesgos que, precisamente por tal carácter, deben haber sido objeto de la oportuna evaluación y de la consiguiente planificación de la actividad preventiva, evaluación y planificación que no se excluye en los casos de riesgos transitorios, pero cuya determinación y diagnóstico puede presentar en ocasiones mayores dificultades”: TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V., *Comentarios...*, op. cit., pág. 394.

⁷⁶ RJ 2003/8893.

no, un accidente de trabajo. En el primer caso, habrá de ponderarse al sancionar dicho incumplimiento la gravedad de los daños sufridos por el trabajador accidentado. En el segundo, se considerará como criterio de graduación la gravedad de los daños que hubieran podido producirse en el hipotético caso de que los riesgos generados por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas se hubiesen actualizado en un accidente laboral.

a. Daños producidos.

Por lo que se refiere a la gravedad de los daños producidos, ya vimos, al analizar las diferentes infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, que en ninguna de ellas aparece como elemento objetivo del tipo infractor la producción de daños en la salud del trabajador, de forma que para la integración de los diferentes tipos infractores bastaba o bien, simplemente el incumplimiento empresarial de la normativa prevencionista, o bien que como consecuencia de éste se produjese un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. Ahora bien, que la producción de un accidente –y los consiguientes daños personales para los trabajadores–, no sea requisito para entender cometidas las diferentes infracciones que analizamos no obsta para que en el caso de que sí se produzca, la gravedad de los daños ocasionados en la persona del trabajador deban valorarse a la hora de graduar la sanción a imponer conforme al criterio establecido en el art. 39.3. c) TRLISOS. La doctrina judicial suele hacer referencia a este hecho al pronunciarse sobre la intrascendencia que la imprudencia del trabajador accidentado tiene en orden a eximir de responsabilidad a la empresa incumplidora de la normativa prevencionista. Así, la STSJ de Canarias de 25 de septiembre de 2003⁷⁷ que sanciona a la empresa por la infracción del art. 11.4 LISOS⁷⁸, responde a la argumentación de la empresa sancionada dirigida a negar su responsabilidad en los hechos por ser éstos imputables exclusivamente a la imprudencia del trabajador accidentado recordando que la citada infracción se configura como “una infracción de naturaleza formal por el riesgo creado”, de forma que “su existencia no aparece vinculada a la producción del resultado lesivo que se trata de evitar, no obstante lo cual ese resultado sí resulta considerado para graduar la sanción a imponer”⁷⁹.

Es precisamente esta “independencia” de los tipos infractores en cuanto a su calificación respecto del daño que como consecuencia de los mismos se puedan producir lo que hace que no resulte de aplicación al graduar la sanción imponible el límite previsto en el apartado quinto del art. 39 TRLISOS pues dicho daño no es un elemento contenido en la descripción de las distintas conductas infractoras previstas en el art. 13 TRLISOS, pudiendo utilizarse el mismo para agravar o atenuar la sanción a imponer.

⁷⁷ JUR 2003/28161.

⁷⁸ Actual art. 13.10 TRLISOS.

⁷⁹ En este mismo sentido, la STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (RJCA 1998/181) en la que se sanciona a la empresa por la infracción grave en materia de seguridad e higiene del art. 10.9 LISOS se destaca que “se proyectan en campos jurídicos distintos, sin perjuicio de su eventual tangencialidad, fundamentalmente en el ámbito de la graduación de la sanción, el de exigencia de responsabilidades penales o civiles que por los resultados lesivos o dañosos habidos pudieran derivarse de un accidente laboral, y el de exigencia de responsabilidad de carácter administrativo sancionador por la omisión de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, pues una cosa es la influencia causal y culpable que aquella omisión pudiera tener en la producción del accidente, y otra el juicio de reprochabilidad que merezca el empresario por los incumplimientos imputables en dicha materia”.

Entendemos que ni siquiera está presente esta circunstancia en los tipos infractores que presentan como elemento del tipo la producción de un riesgo grave e inminente⁸⁰ pues una cosa es la probabilidad de que en un futuro inmediato este riesgo se materialice provocando un daño grave para la salud de los trabajadores –elemento típico de estos tipos infractores– y otra distinta es que efectivamente se haya producido la actualización del riesgo provocando dicho daño –criterio de graduación del art. 39.3. c) TRLISOS–. Para entender que el incumplimiento empresarial es subsumible en cualquiera de estos tipos será suficiente con que de aquél se derive la producción del riesgo pero si además este riesgo finalmente se ha traducido en daños a la salud del trabajador, esta circunstancia habrá de ponderarse para agravar/atenuar la sanción correspondiente sin que resulte de aplicación el art. 39.5 TRLISOS pues el daño real no está contenido en la descripción del tipo, ya que este último se limita a recoger como elemento del mismo el daño potencial o riesgo. En este sentido, la doctrina jurisprudencial y judicial aplica como criterio agravante la gravedad de los daños producidos al sancionar por los tipos infractores muy graves que se configuran como cláusula general (art. 11.4 LISOS⁸¹; art. 48.8 LPRL⁸²; art. 13.10 TRLISOS⁸³) y que, como vimos, contienen como elemento típico la producción de un riesgo grave e inminente.

En el caso de que el daño producido como consecuencia del accidente fuese de carácter leve, ha de entenderse que esta circunstancia no impedirá la calificación de la infracción como muy grave en el caso de que el riesgo generado por el incumplimiento empresarial hubiese sido grave e inminente. Este es el supuesto de hecho recogido en la STSJ de Canarias de 31 de marzo de 2003⁸⁴ en la que se confirma la sanción impuesta a una empresa por la infracción muy grave del art. 48.8 LPRL⁸⁵ pues sus incumplimientos en materia preventiva habían generado un riesgo grave e inminente de sepultamiento por desprendimiento de tierras y caídas de personas, materiales u objetos, entendiendo la citada resolución que no se “debe tener en cuenta la levedad de las lesiones sufridas por el trabajador para atemperar la sanción puesto que el tipo legal definido por la norma no exige entre sus elementos que se haya producido un resultado dañoso ni su gravedad ya que lo fundamental es que no se han adoptado las medidas preventivas y ha habido un riesgo grave e inminente para la salud y seguridad de los trabajadores, con independencia de si dicho riesgo se materializa o no en un resultado lesivo”.

Ahora bien, que la levedad del daño no suponga la modificación de la calificación del tipo infractor no impide que aquélla sí deba considerarse a la hora de graduar la sanción imponible, atemperando o atenuando esta última⁸⁶. Así, en la STSJ de Navarra de 9 de

⁸⁰ Tipos infractores recogidos en los apartados 4, 6, 10 del art. 13 TRLISOS. En contra, SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 220.

⁸¹ STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2004 (JUR 2004/34325).

⁸² STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8894).

⁸³ STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2005 (JUR 2005/128324).

⁸⁴ JUR 2004/1297.

⁸⁵ Actual art. 13.10 TRLISOS.

⁸⁶ SÁNCHEZ-TERÁN niega esta posibilidad precisamente citando la recién comentada STSJ de Canarias de 31 de marzo de 2003 (JUR 2004/1297): SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 213. En nuestra opinión, de esta resolución no se puede colegir que la levedad del daño realmente producido no deba tenerse en cuenta para atenuar la sanción ya que la misma se pronuncia sobre una resolución administrativa sancionadora por infracción muy grave que había impuesto la multa en la cuantía mínima del grado mínimo por lo que cuando aquélla niega la posibilidad de atemperar la sanción en atención a la levedad de los daños producidos se refiere a la imposibilidad de que la escasa relevancia de los daños pueda suponer distinta calificación de la infracción ya que rebajar la sanción supondría que la infracción pasase a calificarse de grave. Parece claro que la resolución se refiere a la no incidencia de la gravedad de

diciembre de 2002⁸⁷ podemos ver cómo una empresa había sido sancionada por las infracciones muy graves recogidas en los apartados segundo y cuarto del art. 48 LPRL⁸⁸ imponiéndosele la multa en la cuantía mínima del grado mínimo y teniendo en cuenta, entre los criterios atenuantes, la gravedad del daño producido puesto que el accidente fue calificado como grave. También se aplica como atenuante la levedad de los daños producidos en el supuesto previsto en la STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2004⁸⁹ en la que se rebaja judicialmente la sanción administrativa impuesta a una empresa por la infracción del art. 10.9 LISOS teniendo en cuenta entre otros criterios “el escaso perjuicio causado”⁹⁰.

Otro aspecto importante respecto al daño producido en la salud del trabajador como criterio de graduación es el relativo a si la conducta imprudente del trabajador que coadyuva a la causación del accidente de trabajo debe tenerse en cuenta de cara a la graduación de la sanción.

La respuesta de la doctrina jurisprudencial⁹¹ y judicial a esta cuestión es afirmativa toda vez que “el principio de proporcionalidad rige en materia administrativa sancionadora y aunque el perjuicio causado debe tenerse en cuenta para la graduación de la sanción, es también obligado tener en cuenta cuando en la producción del hecho luctuoso (...) haya intervenido con notable importancia (...) la imprudencia de la trabajadora”⁹², puesto que resultaría “contrario a las exigencias de la justicia material, como también a aquel principio, la toma en consideración del alcance lesivo habido, cuando en su causación la conducta imprudente de la trabajadora tuvo una altísima influencia”⁹³

En aplicación de esta interpretación la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2002 estima parcialmente el recurso presentado por la empresa frente a la resolución administrativa que le había sancionado por la infracción del art. 11.4 LISOS⁹⁴ y reduce la multa que se le había impuesto en el grado máximo en atención al perjuicio causado y a la cifra de negocios de la empresa al grado medio teniendo en cuenta para ello “cierta irregular actuación del trabajador accidentado”. En este mismo sentido, la STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2005⁹⁵ tiene en cuenta la imprudencia de la trabajadora accidentada para rebajar al grado mínimo la cuantía de la sanción impuesta en vía administrativa por la

los daños en cuanto a la calificación y no en cuanto a criterio de graduación puesto que al pronunciarse acerca de la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta alegada por la empresa sancionada, se señala que “no procede examinarla puesto que la sanción ha sido impuesta en su grado mínimo”.

⁸⁷ JUR 2003/43300.

⁸⁸ Actuales apartados segundo y cuarto del art. 13 TRLISOS.

⁸⁹ JUR 2005/83859.

⁹⁰ Aunque resulte paradójico, en estos supuestos a la empresa infractora “le conviene” que de sus incumplimientos en materia preventiva se derive un accidente de trabajo siempre que el daño producido sea de inferior entidad que el riesgo generado por aquéllos pues, en tales casos, los daños a la salud de sus trabajadores atenúan la sanción a imponer.

⁹¹ La STS de 19 de abril de 2004 (RJ 2004/4049) en unificación de doctrina validó la interpretación que la STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (RJCA 1998/181) había hecho respecto a esta cuestión y entendió que “para fijar la cuantía de la sanción a imponer en vía administrativa y para pronunciarse sobre esa fijación en vía judicial, debe atenderse al dato de que en el nexo de causalidad entre los hechos acaecidos y la lesión sufrida sea un elemento concurrente de notable importancia la imprudencia del trabajador”.

⁹² STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2005 (JUR 2005/197048).

⁹³ STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (RJCA 1998/181).

⁹⁴ Actual art. 13.10 TRLISOS.

⁹⁵ JUR 2005/197048.

infracción del art. 48.10 LPRL⁹⁶ que se había impuesto en el grado medio en atención a la gravedad de los daños causados⁹⁷.

b. Daños que hubieran podido producirse.

A diferencia de los daños que efectivamente se han producido, los que hubieran podido producirse hacen referencia a la situación de riesgo o daño potencial y no podrán actuar como criterio de graduación por aplicación del apartado quinto del art. 39 TRLISOS al sancionar las infracciones del art. 13 TRLISOS en las que como elemento del tipo objetivo aparezca la producción de un riesgo grave e inminente ya que el riesgo laboral es definido por la propia LPRL como “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo” (art. 4.1º LPRL) por lo que dicho criterio de graduación ya forma parte de esos ilícitos administrativos. Aunque refiriéndose a la infracción grave tipificada en el art. 12.16.f) TRLISOS, pero siendo trasladable el criterio seguido a las infracciones muy graves, la STSJ de Extremadura de 10 de febrero de 2004⁹⁸ rebaja la sanción impuesta a la empresa infractora porque la autoridad administrativa había tenido en cuenta, al sancionar el incumplimiento empresarial de la normativa prevencionista (del que no se había derivado accidente alguno), como criterio de agravación, “las consecuencias de un posible accidente” ya que “en el presente caso para valorar el riesgo constitutivo de infracción grave tipificado en el art. 12.16.f) del Real Decreto Legislativo 5/2000, es necesario acudir a la definición de riesgo laboral prevista en el art. 4.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, que califica un riesgo desde el punto de vista de su gravedad en atención a la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo, por lo que la posibilidad de consecuencias severas para los trabajadores ha sido ya tomada en cuenta en la calificación de la infracción como grave y no puede reiterarse como criterio de graduación”⁹⁹.

⁹⁶ Actual art. 13.10 TRLISOS.

⁹⁷ Es frecuente que en vía judicial se suavice el rigor sancionador de la Administración que, al graduar la multa por infracciones en materia preventiva, valora los daños causados a la salud del trabajador sin considerar la conducta imprudente de éste. La “suavización” suele consistir en rebajar el grado estimado por la Administración sancionadora y la fijación de la multa en la cuantía mínima del grado mínimo cuando el único criterio de agravación que se tuvo en cuenta fue el de la gravedad de los daños (esto último supone la aplicación del criterio aplicativo recogido en el art. 39.6 TRLISOS). En este sentido y referidas a infracciones graves en materia de prevención de riesgos laborales: STSJ de Galicia de 23 de enero de 1998 (RJCA 1998/181); STSJ de Murcia de 29 de diciembre de 2000 (JUR 2001/67982); STSJ de Galicia de 31 de octubre de 2003 (JUR 2003/112979); STSJ de 26 de enero de 2004 (JUR 2004/231473).

⁹⁸ RJCA 2004/300.

⁹⁹ En el mismo sentido, STSJ de Madrid de 27 de junio de 2004 (JUR 2004/215292); en el supuesto de hecho recogido en la STSJ de Asturias de 12 de septiembre de 2006 (JUR 2006/269526) del incumplimiento empresarial sí se derivó un accidente de trabajo, y frente a la decisión de la autoridad administrativa de estimar como criterio agravante los daños ocasionados, la decisión judicial apreció que en “el presente caso el acta de la inspección no describe los daños o lesiones padecidas por el trabajador accidentado para poder evaluar su gravedad, por lo que habrá de estarse a la gravedad del riesgo laboral en cuanto a la probabilidad de su producción (art. 4.2 de la LPRL). Pero la gravedad del riesgo forma ya parte del tipo de la infracción grave (...), por lo que no puede ser nuevamente tenido en cuenta como circunstancia agravatoria”, por lo que se procede a rebajar judicialmente la sanción impuesta. Como podemos observar, de esta última resolución judicial se deriva que los daños realmente ocasionados pueden agravar la sanción a imponer por el tipo infractor pero que si estos daños no aparecen o no pueden considerarse por no ser descritos en el acta de infracción (como ocurre en este caso), la gravedad del riesgo no puede jugar como criterio de graduación por encontrarse esta circunstancia incluida en la descripción del tipo infractor.

D. El número de trabajadores afectados.

Aunque hoy falte en nuestro ordenamiento jurídico positivo un precepto como el derogado art. 24.5 RD 396/1996¹⁰⁰, es claro que “salvo los concretos supuestos en los que la Ley establece de forma específica que la existencia de distintos afectados da lugar a la existencia de distintas sanciones (...), en los demás casos la pluralidad de afectados se tendrá en cuenta como elemento de graduación de las sanciones”¹⁰¹. La apreciación del número de trabajadores afectados por la infracción como criterio de graduación no podrá hacerse considerando dicho número de manera aislada sino en relación con el número total de trabajadores de la empresa¹⁰² por lo que se echa en falta la fijación por parte del legislador de reglas numéricas precisas “como sucede, por ejemplo, al regular el despido colectivo del ET”¹⁰³, que hubiesen servido para limitar en el nivel aplicativo de este criterio la discrecionalidad administrativa.

Conforme a lo que se acaba de decir, en las infracciones administrativas muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, el número de trabajadores afectados por las mismas servirá como criterio de graduación no debiendo entenderse que existe una infracción por cada trabajador afectado por el incumplimiento empresarial.

Para valorar esta circunstancia al sancionar la inobservancia empresarial de la normativa en materia de prevención de riesgos deberá tenerse en cuenta que el hecho de que los tipos infractores en dicha materia no exijan para su integración la producción de daños permite que este criterio pueda apreciarse como agravante cuando exista un único trabajador accidentado pero el riesgo afecta a más trabajadores¹⁰⁴.

De la práctica administrativa y judicial que tiene en cuenta este criterio para graduar la sanción no podemos extraer unos criterios interpretativos que suplan la falta de reglas valorativas a la que se acaba de hacer referencia. Es claro que cuando la infracción afecte a un solo trabajador no podrá agravarse la sanción en atención a la circunstancia descrita en el art. 39.3. d) TRLISOS (la STSJ de Navarra de 9 de diciembre de 2002¹⁰⁵ confirma la resolución administrativa que sanciona a una empresa por la infracción muy grave de los números 2 y 4 del art. 48 LPRL con multa en la cuantía mínima posible y ello en atención, entre otras circunstancias, al número de trabajadores afectados por la infracción –uno solo–). Por su parte, la STS de 12 de noviembre de 2001¹⁰⁶ rechaza la aplicación que la autoridad administrativa había hecho de este criterio como agravante al entender el Tribunal que el “número de trabajadores afectados por los daños ocasionados a consecuencia de la falta de precauciones reglamentarias no consta que haya excedido de los dos lesionados, ni que la falta de dichas precauciones se hubiese extendido a otras personas de la plantilla”.

¹⁰⁰ Preveía este precepto que “cuando la infracción estimada en la actuación inspectora afectase a varios trabajadores, no procederá la multiplicación de la propuesta de sanción por el número de trabajadores afectados salvo que en la tipificación de la infracción se establezca lo contrario. En este último supuesto, el número de trabajadores afectados no será valorado como circunstancia de agravación”.

¹⁰¹ TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 389.

¹⁰² TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 390.

¹⁰³ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 221.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 221.

¹⁰⁵ JUR 2003/4330.

¹⁰⁶ RJ 2002/1769.

En el extremo opuesto, este criterio será apreciable como agravante y permitirá sancionar las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales en su grado máximo cuando “la falta de medidas de seguridad afectaba por su mismo carácter a todos los operarios” (STS de 3 de diciembre de 2001¹⁰⁷).

Si la infracción no afectase a todos los trabajadores, pero sí a gran parte de ellos, el criterio establecido en la STSJ de Murcia de 10 de junio de 2005¹⁰⁸ es el de que no se aplique el grado máximo sino el medio.

E. Las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos.

Entendemos que este criterio de graduación recogido en el art. 39.3.e) TRLISOS resulta inaplicable como agravante ya que las circunstancias en él descritas son, de darse en sentido negativo, subsumibles en específicos tipos infractores en materia de prevención de riesgos laborales.

La no adopción por parte del empresario de las medidas de protección individual o colectivas, exigidas por la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, aparece recogida expresamente como infracción grave en el art. 12.16.f) TRLISOS para el caso de que dicha conducta empresarial provoque un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores. En el supuesto de que este incumplimiento empresarial carezca de trascendencia grave para la integridad física y salud de los trabajadores nos encontraremos ante la infracción leve del art. 11.4 TRLISOS y si, por el contrario, de la misma se deriva un riesgo grave e inminente para estos bienes del trabajador, dicho incumplimiento sería constitutivo de la infracción muy grave del art. 13.10 TRLISOS. Por lo que se refiere a la falta de instrucciones por parte del empresario, parece claro que la misma implicará un incumplimiento de la obligación de información en materia de seguridad y salud prevista en el art. 18 LPRL, incumplimiento que aparece tipificado en el art. 12.8 TRLISOS, salvo que sean de aplicación las cláusulas generales del listado de infracciones leves o muy graves (arts. 11.4 y 13.10 TRLISOS).

Por tanto, si el Inspector actuante se encuentra con que las circunstancias descritas en el art. 39.3.e) TRLISOS se dan de manera negativa no las considerará como agravantes de otra hipotética infracción sino que habrá de sancionarla de manera separada pues serán constitutivas de alguna de las infracciones que acabamos de citar.

En cuanto a su papel como criterio atenuante nos encontramos con una resolución judicial –que ya se comentó en el Capítulo I de la I Parte– que adopta una decisión a este respecto que puede resultar paradójica. En la STSJ de Andalucía de 15 de junio de 2000¹⁰⁹ se enjuicia la adecuación a Derecho de una resolución sancionadora por infracción del art. 11.4 LISOS¹¹⁰. La obligación sustantiva cuyo incumplimiento se había considerado para integrar el tipo infractor era la prevista en el art. 67 OGSHT según el cual en los trabajos en instalaciones de baja tensión será necesario el empleo de guantes aislantes. Pues bien, en la citada resolución judicial se entiende acreditado que la empresa impartía con habitualidad a los trabajadores cursos sobre seguridad en los trabajos sobre instalaciones eléctricas y que los trabajadores contaban, por haberlos suministrado la empresa, los medios de protección adecuados a la realización del

¹⁰⁷ RJ 2002/6668.

¹⁰⁸ RJCA 2006/292263.

¹⁰⁹ RJCA 2000/2298.

¹¹⁰ Actual art. 13.10 TRLISOS.

trabajo, incluido guantes aislantes, pero que el trabajador accidentado –que era especialista y estaba cualificado para el desarrollo de los trabajos encomendados– no utilizó el día del accidente los guantes aislantes por haber sufrido ese mismo día una picadura de insecto en la mano derecha. Tanto la resolución administrativa como la judicial entienden que la conducta empresarial es constitutiva de la infracción del art. 11.4 LISOS por incumplimiento de la obligación del art. 67 OGHST toda vez que la “empresa no había cumplido su deber de vigilancia, sobre las medidas adoptadas para asegurar que, efectivamente, los trabajadores cumplieran las instrucciones recibidas...”. Ahora bien, la resolución judicial estima parcialmente el recurso de la empresa y rebaja la sanción ya que tiene en cuenta criterios atenuantes no considerados por la Administración entre los que se encuentra “la dotación de los medios necesarios de seguridad protectores...” por parte de la empresa a los trabajadores. Parece que esta resolución judicial acoge una contradicción lógica en tanto confirma la sanción por un incumplimiento empresarial de una obligación sustantiva (no proporcionar a los trabajadores los medios de protección –guantes–) cuyo cumplimiento por la empresa es apreciado como criterio para atenuar la sanción a imponer. Se entiende a la vez que no se cumple con la obligación (para calificar la infracción) y que sí se cumple (para atenuar la sanción a imponer), lo que en realidad es consecuencia del alcance que según vimos (al analizar el principio de culpabilidad den la I Parte de este trabajo y al comentar en esta II Parte la trascendencia que la imprudencia del trabajador accidentado puede tener como criterio de graduación) la jurisprudencia atribuye al deber de seguridad y que implica que el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud no se produzca con la puesta a disposición de los trabajadores de los medios de protección siendo exigible además a la empresa que vigile el uso efectivo de los mismos¹¹¹.

De esta forma el empresario que, como en el supuesto sobre el que se pronuncia la sentencia que estamos comentando, pone a disposición de sus trabajadores los equipos de protección individual pero no vigila su uso efectivo por parte de los trabajadores cumple “a medias” con la obligación hoy prevista en el art. 17.2 LPRL, debiendo entenderse que la resolución judicial a la que nos venimos refiriendo ha apreciado el incumplimiento parcial para integrar el tipo infractor y el cumplimiento parcial para atenuar la sanción a imponer. En nuestra opinión este criterio seguido por el Tribunal al sancionar a la empresa infractora no respeta la prescripción normativa prevista en el art. 39.5 TRLISOS pues, aun siendo verdad que la circunstancia valorada por la resolución judicial para graduar la sanción (proporcionar las medidas de protección individual) no aparece expresamente en el ilícito administrativo del art. 11.4 LISOS, debemos entender que al tratarse este tipo infractor de una cláusula general, la norma sustantiva que sirve para integrar en cada caso concreto dicho tipo (en este caso la obligación de poner a disposición de los trabajadores medios de protección personal –guantes aislantes prevista en el art. 67 OGSHT–) pasa a estar contenida en la descripción de la conducta infractora y, por tanto, a formar parte del propio tipo infractor. Entendemos que en este caso hubiese sido técnicamente más correcto atenuar la sanción acudiendo al criterio de la “intencionalidad” del sujeto infractor previsto en el art. 36.1 LISOS¹¹² pues la conducta empresarial revela que existió voluntad de cumplir la normativa (puso a

¹¹¹ Como ya se dijo, este alcance del deber de seguridad está previsto hoy normativamente en cuanto a los medios de protección individual toda vez que, según el art. 17.2 LPRL, el empresario “deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y *velar por el uso efectivo de los mismos...*” (el subrayado es nuestro).

¹¹² En el TRLISOS, esta “intencionalidad” podría valorarse mediante la aplicación del criterio de graduación previsto en el art. 39.3.h).

disposición de los trabajadores los medios preventivos) aunque finalmente no fiscalizara correctamente la efectiva observancia por parte de sus trabajadores de dicha normativa.

Por lo que se refiere a la impartición de instrucciones por parte del empresario en lo relativo a cuestiones en materia de prevención de riesgos laborales, también hemos visto cómo la jurisprudencia rechaza que la misma puede servir para exculpar a la empresa y ello aunque exista un comportamiento imprudente del trabajador que desobedece las instrucciones empresariales ya que el deber de seguridad empresarial implica que se deba vigilar el efectivo cumplimiento de las mismas. Ahora bien, el que la impartición de órdenes por parte de la empresa, en orden a adoptar medidas de prevención, no sirva para eximir de responsabilidad a ésta si finalmente aquéllas no se cumplen no impide que sí puedan valorarse dichas órdenes a la hora de graduar el importe de la sanción conforme al criterio establecido en el art. 39.3. e) TRLISOS y sin que esto conculque el criterio de aplicación previsto en el apartado quinto del propio art. 39 TRLISOS ya que dicha circunstancia no forma parte del ilícito administrativo que se sanciona.

Así, en la STS de 17 de mayo de 1995¹¹³ se sanciona a la empresa por incumplimiento del art. 20.4 OGSHT –que prevé que cuando se ejecuten trabajos sobre plataformas móviles se emplearán dispositivos de seguridad que eviten su desplazamiento o caída–, que se entiende constitutivo de la infracción muy grave del art. 11.4 LISOS¹¹⁴. La empresa recurre la sanción por entender que no procede la misma al haber quedado acreditado que “había dado las oportunas órdenes para que se cesara en el trabajo” pero el Tribunal desestima el recurso en este punto por apreciar que “no se puede exculpar como se pretende a la empresa, porque ésta meramente diera la orden de paralización de los trabajos, pues si la empresa estimaba que había peligro en el trabajo o que no se daban las condiciones exigidas para su continuación era obligado no ya el dar la orden, sino el adoptar las medidas necesarias para evitar la continuación del trabajo...”. En este mismo sentido, la STS de 3 de marzo de 1998¹¹⁵ confirma la sanción impuesta a la empresa por la infracción del art. 11.2 LISOS¹¹⁶ y ello a pesar de que el menor tenía expresamente prohibido por la empresa el uso de la máquina con la que se accidentó ya que entiende el Tribunal que el cumplimiento por parte de la empresa de la obligación de no permitir que los menores realicen trabajos prohibidos no se puede estimar cumplida “con el solo hecho acreditado de que el menor tuviera prohibido el uso de la sierra mecánica...”.

Pues bien, entendemos que en estos supuestos hubiese sido posible atenuar la sanciones a imponer por aplicación del criterio de graduación entonces recogido en el art. 36.2 LISOS ya que la empresa imparte órdenes en cuanto a las medidas de prevención a adoptar lo que pone de manifiesto cierto interés de la empresa (no todo el que es exigible, razón por la cual las órdenes no le eximen de responsabilidad) en el cumplimiento de la normativa que puede valorarse de manera positiva al sancionar la infracción¹¹⁷.

F. El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos a que se refiere el art. 43 LPRL.

¹¹³ RJ 1995/4145.

¹¹⁴ Actual art. 13.10 TRLISOS.

¹¹⁵ RJ 1998/2307.

¹¹⁶ Actual art. 13.2 TRLISOS.

¹¹⁷ En las resoluciones comentadas la multa por infracción muy grave se imponen en los grados medio y mínimo respectivamente, sin que podamos deducir cuáles han sido los criterios valorados para graduar de esta forma las sanciones.

Cuando el Inspector de Trabajo compruebe la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, “requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas” (art. 43.1 LPRL). Del apartado segundo del art. 43 LPRL se deduce que, al formular este requerimiento, el Inspector actuante puede decidir no levantar acta de infracción pero si decidiese no iniciar el procedimiento sancionador y, posteriormente, comprobase que la empresa persiste en los hechos infractores incumpliendo el requerimiento, deberá iniciar forzosamente el procedimiento sancionador mediante el levantamiento del acta correspondiente. Es en este supuesto cuando cabe la apreciación como agravante del criterio de graduación previsto en el art. 39.3.f) TRLISOS.

Tras la Ley 54/2003, también los técnicos habilitados de las Comunidades Autónomas podrán efectuar, en ejercicio de sus funciones de apoyo y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, requerimientos a los empresarios para la subsanación de los incumplimientos detectados por estos funcionarios públicos (art. 43.3 LPRL). La propia Ley 54/2003 dio una nueva redacción al art. 39.3.f) TRLISOS para precisar que el incumplimiento de las advertencias o requerimientos de los funcionarios técnicos dependientes de las CCAA eran encuadrables en este criterio de graduación.

El fundamento de este criterio agravatorio se encuentra en la actitud persistente del empresario en su incumplimiento que se deriva de la desatención de los requerimientos efectuados (STS de 27 de febrero de 1998¹¹⁸) y que pone de manifiesto la nula voluntad empresarial de actuar conforme a la normativa preventiva.

Entendemos que la aplicación de esta circunstancia no procederá al sancionar la infracción del art. 13.3 TRLISOS. Como vimos, cuando el Inspector entiende que de las infracciones empresariales se deriva un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, no procede la formulación de requerimientos sino ordenar la paralización de los trabajos conforme a lo previsto en el art. 44 LPRL. Esta orden de paralización comporta el efecto conminatorio de los requerimientos pues pretende forzar al empresario a subsanar las deficiencias observadas con ocasión de la actuación inspectora, pero no contiene propiamente un requerimiento de los regulados e el art. 43 LPRL por lo que al levantar acta de infracción por la infracción del art. 13.3 TRLISOS no podrá apreciarse el criterio de graduación recogido en el art. 39.3.f) TRLISOS.

El tenor literal de este criterio de graduación impide su apreciación como atenuante al limitarse a recoger como relevante el “incumplimiento” de estos requerimientos. El cumplimiento de los mismos si la Inspección no sancionó en el momento de formularlos impide la posibilidad de sanción por faltar el incumplimiento. Para el caso de que la Inspección hubiese levantado acta de infracción, junto a la formulación del requerimiento, sería posible apreciar el cumplimiento del mismo como atenuante en el caso de sanciones por futuras infracciones pero no por aplicación de este criterio sino del recogido en la letra *h*) del art. 39.3 TRLISOS.

¹¹⁸ RJ 1998/2543.

G. La inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los Delegados de prevención o el Comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes.

El Capítulo IV LPRL regula las diferentes modalidades conforme a las cuales el empresario puede llevar a cabo la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas. Dichas modalidades organizativas son la asunción personal de la actividad preventiva, la designación de uno o varios trabajadores, la constitución de un servicio de prevención propio y la concertación de tal actividad con un servicio de prevención ajeno (art. 30.1 LPRL) y su regulación normativa ha sido desarrollada por el RSP. La desatención por parte del empresario de las propuestas realizadas por estos órganos especializados revela una mayor culpabilidad¹¹⁹ empresarial en el incumplimiento lo que debe valorarse al graduar la sanción correspondiente. Entendemos que la omisión en el art. 39.3.g) TRLISOS de las propuestas formuladas por los trabajadores designados para llevar a cabo la actividad preventiva no impide que la inobservancia de las mismas puede valorarse como criterio de graduación toda vez que la expresión “servicios de prevención” utilizada por el citado precepto engloba cualquiera de las modalidades organizativas tal y como demuestra la rúbrica del Capítulo IV LPRL y la denominación del reglamento de desarrollo.

Por su parte, el Capítulo V LPRL desarrolla los derechos de consulta y participación que los trabajadores tienen en materia preventiva articulando los mismos a través de la representación especializada conformada por los Delegados de prevención y los Comités de seguridad y salud. Estos órganos de representación y participación tienen entre sus funciones la de recabar del empresario la adopción de medidas de carácter preventivo (arts. 36.2.f) y 39.1.b) LPRL). La no adopción del empresario de estas medidas puede valorarse como criterio agravante de la responsabilidad pues, al igual que ocurre con la inobservancia de las propuestas de los órganos regulados en el Capítulo IV LPRL, denota una mayor culpabilidad empresarial.

Al igual que ocurría con el criterio anterior, de la redacción de este criterio, que se limita a mencionar la “inobservancia” de las propuestas realizadas por los órganos especializados y los de participación, se deriva que no es posible la aplicación del mismo como atenuante de la responsabilidad. La voluntad empresarial de cumplir con la normativa en materia de prevención que revelaría la observancia de las propuestas preventivas emitidas por dichos órganos podría atenuar la sanción correspondiente a una infracción en materia de seguridad y salud por aplicación del art. 39.3.g) TRLISOS.

H. La conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

A través de este criterio se permite valorar al sancionar la infracción en materia preventiva “la conducta más o menos reciente de la empresa en materia preventiva, de modo que no puede tener la misma consideración una infracción aislada en una empresa que manifiestamente cumpla sus obligaciones, que una infracción en otra empresa con frecuentes irregularidades o con un historial de manifiesta negligencia”¹²⁰.

¹¹⁹ TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 397.

¹²⁰ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 247.

La aplicación de este criterio exigirá la descripción en el acta de infracción de las actuaciones empresariales de las cuales el Inspector deduce la conducta referida a la observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales¹²¹. En este sentido, en la STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 2002¹²² se rechaza la valoración que la Administración había hecho de este criterio en orden a agravar la sanción porque “nada hay ni en el Acta ni en el expediente administrativo acreditativo de cuál haya sido la conducta general del empresario –conducta que, por otra parte, no sólo se ha de tener en cuenta en sentido negativo–”.

Entendemos que un dato que revela claramente una conducta empresarial “despreocupada” en cuanto al cumplimiento de la normativa preventiva y que podría utilizarse para agravar la sanción es el de que la empresa con anterioridad haya sido sancionada por infracciones en materia preventiva que por no ser del mismo tipo y clase de la que se está sancionado no pueden considerarse para la aplicación de la reincidencia.

III. REINCIDENCIA Y PERSISTENCIA CONTINUADA EN LA INFRACCIÓN.

Una vez analizadas las diferentes circunstancias que pueden valorarse al concretar la cuantía de la multa administrativa a imponer por incumplimientos empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, procede examinar dos instituciones que aparecen recogidas en la actualidad en los arts. 41 –reincidencia– y 39.7 –persistencia continuada en la infracción– TRLISOS y que constituyen una “reacción específica del ordenamiento jurídico frente a unas situaciones en que ha fracasado la finalidad preventiva y represiva ordinaria de las sanciones, por lo que se precisa un especial agravamiento de las que se impongan a fin de que el cumplimiento de la norma no sea vulnerado”¹²³.

1. Reincidencia.

A diferencia de lo previsto en el art. 131.3.c) LRJAP, la reincidencia no se configura en el TRLISOS como un criterio de graduación sino que tiene su específico tratamiento en el art. 41 del citado texto normativo¹²⁴, lo que como ha destacado la doctrina supone un acierto ya que si los criterios de graduación se utilizan para modular las sanciones a imponer a las empresas infractoras “tanto a favor como en contra según las circunstancias concurrentes, la reincidencia solamente actúa de un modo unidireccional, para agravar, por lo que es correcta su exclusión del listado normativo de los criterios de graduación”¹²⁵.

La regulación prevista en el art. 41 TRLISOS se completa con el art. 14.5 RPS que al regular el contenido de las actas de infracción exige la necesidad de motivar la aplicación de la reincidencia.

¹²¹ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 250, quien destaca que adquieren “especial relevancia a efectos documentales las anotaciones que constan en el Libro de Visitas correspondientes a actuaciones anteriores de la ITSS”.

¹²² JUR 2003/18614.

¹²³ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J. M., op. cit., pág. 322.

¹²⁴ Este específico tratamiento de la reincidencia al margen de los criterios de graduación ya se preveía en el art. 38 LISOS, art. 27 RD 396/1996 y en el art. 50 LPRL.

¹²⁵ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 323.

Pasemos a analizar cuáles son los presupuestos fácticos para la aplicación de la reincidencia y sus consecuencias sancionadoras que, como veremos, presentan dudas aplicativas (tanto unos como otras) a las que contribuye en parte el hecho de que en la regulación de esta agravante no exista “la mínima coordinación que cabe esperar que medie entre una norma de rango legal y otra reglamentaria de desarrollo de aquella”¹²⁶, existiendo, por el contrario, algunas discrepancias entre la regulación del art. 41 TRLISOS y la del art. 14.5 RPS.

A. Presupuestos fácticos de la reincidencia.

Establece el art. 41 TRLISOS en su primer apartado que existe reincidencia “cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguientes a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza”.

Respecto al primer elemento necesario para la aplicación de esta figura, la necesidad de que se cometa una infracción del “mismo tipo y calificación” que una anteriormente sancionada, surgen dudas interpretativas acerca de qué debemos entender por infracción del mismo “tipo” pues es claro que con la “misma calificación” se está haciendo referencia al carácter de leve, grave o muy grave de la infracción.

Para un sector doctrinal¹²⁷, la referencia al “mismo tipo” ha de entenderse realizada a las distintas materias reguladas en el TRLISOS, entendiendo por tales las infracciones en materia de relación laboral, de prevención de riesgos laborales, de Seguridad Social, en materia de colocación y empleo, en materia de emigración, de movimientos migratorios y de trabajo de extranjeros, y las motivadas por obstrucción. Aplicando esta interpretación a las infracciones que son objeto de estudio en este trabajo, nos encontraríamos con que el empresario que ha sido sancionado por una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales será considerado reincidente (siempre que también se den el resto de requisitos a los que se refiere el art. 41 TRLISOS) en el caso de que vuelva a cometer una infracción de esta clase sin importar los tipos concretos infractores en los que se subsumen las diferentes conductas infractoras (por ejemplo, sería reincidente el empresario que incumple la normativa relativa a la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia –infracción prevista en el art. 13.1 TRLISOS– si previamente fue sancionado por incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores –tipo infractor del art. 13.5 TRLISOS–).

Frente a esta interpretación, otros autores¹²⁸ mantienen que por infracción del “mismo tipo” ha de entenderse la descrita en cada uno de los concretos apartados de los artículos que recogen las diferentes infracciones. Aplicándolo a nuestro ámbito de estudio, el empresario infractor sería reincidente si su conducta es subsumible en el concreto tipo infractor por el que ya fue sancionado (siguiendo con el ejemplo anterior, para considerar reincidente al empresario será necesario que éste vuelva a cometer la

¹²⁶ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 442.

¹²⁷ BLASCO PELLICER, A., op. cit., pág. 136; DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 442; TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 410.

¹²⁸ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 327; FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 241.

infracción del art. 13.5 TRLISOS, no siéndolo si comete cualquier otra infracción muy grave en materia preventiva) y si, como vimos, en alguno de los apartados del art. 13 TRLISOS se tipifica más de una infracción (en concreto, en los apartados 4, 8, 15 y 16 y), se deberá exigir en estos supuestos para la aplicación de la reincidencia que la actual conducta empresarial pueda encuadrarse en el concreto apartado de la infracción que previamente se sancionó¹²⁹ (no sería reincidente, por ejemplo, el empresario titular del centro de trabajo que incumple la obligación preventiva prevista en el art. 24.2 LPRL – conducta constitutiva de la infracción del primer párrafo del art. 13.8– y que previamente fue sancionado por la falta de presencia de los recursos preventivos – infracción del párrafo segundo del art. 13.8 TRLISOS–).

Partiendo de que la redacción del art. 41.1 TRLISOS no es clara en este sentido (debe tenerse en cuenta que en otros preceptos en los que la referencia a las distintas materias previstas en el TRLISOS es más clara no se habla de “tipo” de infracciones sino de “clases” de infracciones –art. 41.2 TRLISOS– o de infracciones correspondientes a una misma “materia” –art. 16 RPS–) y la interpretación restrictiva¹³⁰ que ha de informar la aplicación de las normas sancionadoras entendemos que es más correcta la segunda de las interpretaciones posibles y ello a pesar de que, como destaca SÁNCHEZ-TERÁN, dada la sistemática del TRLISOS, resulta “redundante mencionar a la vez el mismo tipo y calificación, ya que en un mismo artículo se califican conjuntamente (leves, graves o muy graves) todos los tipos que en él se describen”¹³¹.

Un segundo requisito para la aplicación de la reincidencia es que la resolución sancionadora de la primera infracción haya adquirido firmeza, surgiendo aquí la duda de si dicha firmeza se refiere al ámbito administrativo o al jurisdiccional. Esta duda interpretativa también se presenta respecto al art. 131.3.c) LRJAP, que, al regular esta figura, establece que la misma habrá de considerarse para graduar la sanción a aplicar cuando en el término de un año se cometa “más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarada por resolución firme”. La STS de 24 de octubre de 2000¹³² se pronuncia expresamente acerca de esta cuestión y tras destacar que existen vacilaciones jurisprudenciales en este punto pues podemos encontrarnos resoluciones jurisprudenciales de las “que parece sobreentenderse que esta firmeza se refiere a la vía jurisdiccional” (STS de 12 de marzo de 1990¹³³; STS de 22 de abril de 1992¹³⁴) junto con otras que “refieren expresa y precisamente el requisito de la firmeza a la vía administrativa” (STS de 13 de julio de 1992¹³⁵; STS de 2 de junio de 1989¹³⁶; STS de 23 de junio de 1987¹³⁷), se decanta por exigir la firmeza en vía administrativa

¹²⁹ En este sentido y refiriéndose a cualquier clase de infracción, SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 327.

¹³⁰ Destaca OSCARAY REVIRIEGO que la interpretación que identifica el “mismo tipo” con las materias reguladas en el TRLISOS supone aplicar a la figura de la reincidencia un criterio demasiado amplio que daría lugar a la aplicación de esta agravante “en más ocasiones quizá de las deseadas por el legislador, en un procedimiento como el sancionador donde la aplicación de los elementos perjudiciales al sujeto debe hacerse con la mayor precaución”: OSCARAY REVIRIEGO, J.J., “El principio de non bis in idem y su reflejo en el procedimiento sancionador por infracciones en del orden social”, *JL*, nº 29, 2007, pág. 58, nota 150.

¹³¹ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 327.

¹³² RJ 2000/9375.

¹³³ RJ 1990/1959.

¹³⁴ RJ 1992/3838.

¹³⁵ RJ 1992/5835.

¹³⁶ RJ 1989/4354.

¹³⁷ RJ 1987/4268.

alegando para ello tres razones: 1) la aplicación analógica de lo dispuesto respecto de esta agravante en el CP (que considera “como presupuesto para la aplicación de la reincidencia el carácter ejecutorio de la condena anterior, cosa que presupone, en el ámbito penal, la existencia de una sentencia firme) no es aplicable en el ámbito administrativo ya que en este último “por efecto del principio de autotutela administrativa basta que el acto sancionador haya adquirido firmeza en vía administrativa para que sea ejecutivo, aun cuando pueda hallarse pendiente un recurso contencioso-administrativo en el que no se haya acordado una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto sancionador” (art. 138.3 LRJAP); 2) cuando la LRJAP emplea la expresión “firme” se refiere preferentemente, “cuando de una resolución administrativa se trata, a la imposibilidad de interponer contra ella recursos administrativos ordinarios y, por ende, contemplando sólo la firmeza en vía administrativa y no la firmeza en vía jurisdiccional (v. gr., artículos 102,4, 108, 115,1,III y 118.1) y sólo en algún caso resulta dudoso este sentido de la expresión (v. gr., art. 132.3)”¹³⁸; 3) “la exigencia de firmeza jurisdiccional de la sanción o sanciones anteriormente impuestas, dado el tiempo que puede tardar en resolverse el recurso contencioso administrativo, convertiría, en contra de la finalidad de la ley, en virtualmente inaplicables los preceptos en que se prevé dicha agravante referida a la comisión de sanciones en periodos breves –como lo es, a estos efectos, el plazo de un año fijado en el citado artículo 131.1.3 c) de la Ley 30/ 1992 (...)-”¹³⁹. Tras estos argumentos, concluye la resolución jurisprudencial que estamos comentando que “parece preferible la interpretación de que, para que pueda aplicarse la circunstancia de reincidencia (...) sólo será necesaria la firmeza en vía jurisdiccional del acto sancionador previo cuando explícitamente sea exigida por la norma, pero no cuando se exija genéricamente la firmeza de la resolución administrativa, como ocurre en el supuesto del art. 131.3.c) de la Ley 30/1992...”.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial, al campo de las infracciones en el Orden social, implica que, para la apreciación de la reincidencia, la exigencia de la firmeza de la primera resolución sancionadora deba entenderse referida a la vía administrativa ya que dicha firmeza viene exigida de manera genérica en el art. 41.1 TRLISOS y el desarrollo reglamentario de este precepto legal opta expresamente por esta opción interpretativa (el art. 14.5 RPS exige para la aplicación de esta agravante “que la resolución sancionadora de la primera infracción haya adquirido firmeza en vía administrativa”¹⁴⁰). Por otra parte, esta es la interpretación que ha defendido la doctrina

¹³⁸ En este mismo sentido, SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 328, quien destaca que también el art. 131.3.c) LRJAP, al regular la reincidencia, habla de “resolución firme” y que esta expresión tiene en esta Ley (que es de aplicación supletoria en el Orden social) “reiteradamente la significación de firmeza en vía administrativa (artículos 109, 115.1 y 118.1 de la LRJAP)”.

¹³⁹ Nótese que el plazo establecido para la apreciación de la reincidencia en el Orden social es también de un año. En la misma línea que la resolución jurisprudencial que estamos comentando, MORENO GRAU, destaca que, dado el requisito de carácter temporal exigido por el art. 41.1 TRLISOS (comisión de la nueva infracción en los 365 días siguientes a la notificación de la anterior), “si se ha de esperar a la resolución del posterior recurso jurisdiccional, la reincidencia nunca se aplicará por imposibilidad de reincidir dentro del plazo indicado” y que la apreciación de la reincidencia una vez firme la anterior resolución sancionadora en vía administrativa no impide que en el caso de que posteriormente se estime el recurso contencioso-administrativo que se interpuso frente a la primera sanción se activen los medios para enervar la eficacia de la reincidencia: MORENO GRAU, J., “Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales en el Derecho español”, en *La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los riesgos laborales*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, nº 100, 2006, págs. 138-139.

¹⁴⁰ Esta opción también era la prevista en el segundo párrafo del art. 3.6 RD 2347/1985.

laboralista¹⁴¹ de manera prácticamente unánime¹⁴² basándose tanto en el citado precepto reglamentario y en la doctrina jurisprudencial que, para el ámbito laboral, viene establecida por la STS de 2 de junio de 1989¹⁴³.

El tercer elemento necesario para la aplicación de esta agravante es de carácter temporal: exige el primer apartado del art. 41 TRLISOS que no hayan transcurrido más de 365 días entre la notificación de la primera sanción y la comisión de la segunda infracción.

Este presupuesto de hecho es regulado de diferente forma por el art. 14.5 RPS, según el cual, para poder apreciar esta agravante es necesario que entre la fecha de la firmeza de la resolución sancionadora de la primera infracción y la comprobación de la segunda infracción no haya transcurrido más de un año¹⁴⁴. Como vemos, se produce una discrepancia normativa en cuanto a la previsión de este requisito que se salva dando prevalencia por razones jerárquicas a lo dispuesto en el art. 41.1 TRLISOS¹⁴⁵. Respecto al inicio del cómputo del plazo, habrá de entenderse por fecha de notificación de la primera sanción aquélla en la que se notifica al interesado la resolución administrativa que confirma y modifica el acta de la ITSS¹⁴⁶ y no la fecha de notificación de esta última¹⁴⁷ ya que el acta de infracción no contiene una “sanción” sino una “propuesta de sanción”¹⁴⁸. Por lo que se refiere al final del plazo, es posible que tras las oportunas investigaciones, el Inspector actuante no sea capaz de determinar con exactitud la fecha en que se cometió la segunda infracción, debiendo considerarse entonces que “el momento temporal de referencia en la segunda infracción es el de la efectiva comprobación por parte de la Inspección de Trabajo”¹⁴⁹.

B. Consecuencias sancionadoras.

Las consecuencias sancionadoras que se derivan de la apreciación de la agravante¹⁵⁰ de reincidencia aparecen previstas en el apartado segundo del art. 41 TRLISOS, según el cual, “si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en el artículo anterior podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la

¹⁴¹ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 443; TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 411; SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 328. También GARCÍA BLASCO al comentar el art. 38 LISOS (que tampoco precisaba en qué ámbito era exigible la firmeza de la resolución anterior) defendía esta interpretación que era la que establecía el art. 1.3 del Decreto 2347/1985: GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones...*, op. cit., pág. 158; comentando el art. 50 LPRL, FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 241.

¹⁴² En contra, CORDERO SAAVEDRA, L., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Derecho Sancionador...*, op. cit., pág. 330, para quien la firmeza “debe entenderse referida tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional si se hubiera interpuesto recurso contencioso-administrativo, en aras de una mejor protección de los derechos del sancionado”.

¹⁴³ RJ 1989/4354.

¹⁴⁴ La LPRL establecía un criterio temporal distinto a los ahora previstos en el TRLISOS y en el RPS al exigir el transcurso de un año entre la *comisión* de la primera y la segunda infracción.

¹⁴⁵ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 330; DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 443.

¹⁴⁶ Notificación que se produce conforme a lo establecido en el art. 21 RPS.

¹⁴⁷ Que se producirá conforme al art. 17 RPS.

¹⁴⁸ Art. 14.1.e) RPS.

¹⁴⁹ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 444.

¹⁵⁰ Señala la STS de 24 de octubre de 2000 (RJ 2000/9375) que los fundamentos propuestos para explicar esta agravante han sido varios: la mayor peligrosidad del autor; la mayor culpabilidad; el fracaso de la prevención singular; la habitualidad o el desprecio del ordenamiento.

infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas en el artículo anterior para cada clase de infracción”.

Nos encontramos ante una fórmula equívoca¹⁵¹ que da lugar a varias dudas interpretativas. En primer lugar, es claro que la reincidencia no opera automáticamente sino que su apreciación se configura como “facultad de la Administración sancionadora que puede discrecionalmente no aplicarla”¹⁵²; ahora bien, en el caso de que se aprecie esta agravante surge la duda de si la Administración tiene discrecionalidad para incrementar la cuantía de la sanción hasta el importe que estime conveniente y siempre que no supere el duplo del grado de la sanción ni exceda las cuantías máximas que para cada clase de infracción prevé el art. 40 TRLISOS o, por el contrario, la consecuencia sancionatoria una vez apreciada la reincidencia opera automáticamente, esto es, se debe duplicar el grado de la sanción correspondiente sin exceder las cuantías máximas del art. 40 TRLISOS. Entendemos que la interpretación correcta es esta última y que la discrecionalidad de la Administración se limita a la apreciación de la reincidencia, operando *ex lege* las consecuencias sancionatorias de la misma¹⁵³.

En segundo lugar, el art. 41.2 TRLISOS establece, como consecuencia de la apreciación de la reincidencia, el elevar hasta el doble una cantidad previa que es indeterminada pues el “grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida” tendrá un mínimo y un máximo. Entendemos que este precepto debe interpretarse en el sentido de que, una vez cuantificada la sanción a imponer aplicando para ello los criterios de graduación –lo que supone haber determinado previamente el grado de la sanción–, la aplicación de la reincidencia supondrá elevar la sanción hasta el doble de la cantidad previamente fijada¹⁵⁴.

Por último, cuando el art. 41.2 TRLISOS establece el límite de que la nueva sanción impuesta tras apreciar la reincidencia no exceda “las cuantías máximas previstas en el artículo anterior para cada clase de infracción”, se está refiriendo a las cuantía máximas del grado máximo de las infracciones muy graves correspondientes a las clases de infracciones que el art. 40 agrupa en cada uno de sus apartados. Por tanto, para las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, la aplicación de la reincidencia tendrá como límite el importe de 819.780 euros. Aunque existen opiniones contrarias¹⁵⁵, entendemos que esta es la interpretación correcta que se deriva

¹⁵¹ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 445.

¹⁵² FERNÁNDEZ MARCOS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 242.

¹⁵³ Más claro en este sentido era el art. 9.3 RD 1860/1975 que establecía que las actas de infracción en las que se apreciase reincidencia “podrán dar lugar a que se dupliquen en su cuantía las multas previstas en los preceptos sancionadores que sean de aplicación al caso”.

¹⁵⁴ En contra, DÍAZ RODRÍGUEZ, para quien “la aplicación de la agravante de la reincidencia podrá suponer el aumento de la sanción hasta el doble del importe máximo del grado correspondiente (DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 445) y OSCARAY REVIRIEGO, quien tras destacar que “el precepto no puede ser más confuso” opta por entender que “se refiere a la posibilidad de duplicar el importe que corresponda al tope máximo dentro del grado en que se haya graduado la infracción” (OSCARAY REVIRIEGO, J.J., op. cit., pág. 58, nota 149).

¹⁵⁵ DÍAZ RODRÍGUEZ hace una interpretación contraria a la aquí defendida y partiendo de que si el precepto hubiese querido establecer como límite máximo el que en este trabajo se defiende, el art. 41.2 TRLISOS “se habría conformado con señalar que es insuperable el importe máximo del grado máximo de una infracción muy grave en cada materia” –tal y como se establecía, según habremos de ver, en los antecedentes normativos de dicho precepto–. Sin embargo, entendemos que, si como el propio autor reconoce, “no está claro cuáles se deba entender que son las clases de infracción”, un criterio interpretativo aplicable puede ser tener en cuenta lo dispuesto en los antecedentes normativos más

de la propia dicción del apartado segundo del art. 41 TRLISOS y desde luego es una interpretación concurrente con los antecedentes normativos inmediatos de este precepto que no dejaban lugar a dudas a este respecto. Así, el art. 50 LPRL establecía que la apreciación de la reincidencia no podría no suponer en ningún caso que se excediese “del tope máximo previsto para las infracciones muy graves en el art. 49 de esta Ley”¹⁵⁶.

2. Persistencia continuada en la infracción.

Esta figura de la persistencia continuada en la infracción aparecía recogida en el art. 1.3 RD 2347/1985¹⁵⁷, desaparecería posteriormente en la LISOS hasta que se introdujo en este texto normativo como apartado segundo del art. 36 por la Ley 50/1998 con una redacción que pasaría al actual art. 39.7 TRLISOS, según el cual, se “sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista en la persistencia continuada de su comisión”.

Para el buen entendimiento de este precepto, la regulación en él contenida debe completarse con lo previsto en el primer párrafo del art. 4.6 RPPOS, que es de aplicación subsidiaria en el procedimiento administrativo especial en el Orden social conforme a lo dispuesto en el art. 1.3 del citado texto normativo y que establece la prohibición de “iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo”.

recientes de este precepto que sí son claros a este respecto y que lo son en sentido contrario a lo por el autor defendido, quien entiende que lo “más razonable es concluir que, en cada materia, las infracciones leves, graves y muy graves son tres clases de infracciones”: DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., op. cit., pág. 445. De la misma opinión es OSCARAY REVIRIEGO, para quien el límite está en “la cuantía máxima que corresponde a la infracción (que es el tramo o tope máximo del grado máximo): OSCARAY REVIRIEGO, J.J., op. cit., pág. 58, nota 149. Nótese que interpretando (como se hace en este trabajo) que el límite a la aplicación de la reincidencia viene constituido por el importe máximo del grado máximo de las infracciones muy graves se está permitiendo que la aplicación de esta agravante tenga como consecuencia sancionatoria la imposición de una multa que corresponde a una clase de infracción más grave que la sancionada (por ejemplo, si al sancionar una infracción grave en materia de prevención de riesgos laborales se fija en primer lugar la sanción en su grado máximo en un importe de 20.494 euros – cuantía intermedia entre el tope mínimo y máximo correspondiente al grado máximo de las infracciones graves–, la aplicación de la reincidencia supondrá que la multa a imponer sea del duplo de la fijada inicialmente, esto es, de 40.988 euros, cuantía ésta que corresponde al grado mínimo de las infracciones muy graves, pero que se le podría imponer a la empresa reincidente por no superar el límite del art. 39.2 TRLISOS –819.780 euros–). Si, por el contrario, seguimos la interpretación de los autores que acabamos de citar, la cuantía de 40.988 euros no sería correcta por superar el límite del tope máximo de las infracciones graves –40.985 euros–.

¹⁵⁶ Según el art. 38 LISOS, si se apreciase reincidencia, la cuantía de la sanción a imponer no podría exceder “en ningún caso del tope máximo de 15.000.000 de pesetas” (que era el tope máximo del grado máximo de las faltas muy graves). También era muy claro en este sentido el art. 27 RD 396/1996 que establecía como límite de la sanción una vez apreciada la agravante de reincidencia, la “cuantía máxima de la multa establecida para el grado máximo de la falta muy grave”. Sin embargo, el art. 3.6 RD 2347/1985 establecía como límite no superar “la cuantía máxima fijada para cada grado ni las establecidas en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores”.

¹⁵⁷ Texto normativo que, como vimos en la I Parte de este trabajo sería declarada nulo por anticonstitucional. El art. 1.3 RD 2347/1985 preveía que la “persistencia del empresario en una infracción consistente en el incumplimiento de una obligación de hacer derivada de las normas a que se refiere el número anterior de este artículo, cuando haya sido previamente objeto de expediente sancionador cuya Resolución haya causado estado en vía administrativa, constituirá una nueva infracción laboral sancionable de conformidad con este Real Decreto”

De los anteriores preceptos se deriva que la conducta empresarial será encuadrable en el art. 39.7 TRLISOS cuando el empresario, tras el incumplimiento de una obligación de hacer¹⁵⁸, por el cual ya ha sido sancionado de manera firme en vía administrativa¹⁵⁹, “mantiene su postura de omisión, sin proceder a la adopción de conductas tendentes al cumplimiento de ese deber (la infracción sigue existiendo mientras el infractor no lleve a cabo el comportamiento activo exigido por la norma)”¹⁶⁰. En este caso, por aplicación del art. 39.7 habrá de entenderse que esta persistencia en el incumplimiento de una obligación cuyos efectos se prolongan en el tiempo es constitutiva de una nueva infracción que habrá de sancionarse en los términos previstos por la norma, siendo precisamente la finalidad de esta figura el dotar a la Administración de un medio tendente a doblegar esta persistente conducta incumplidora “reiteradamente mantenida y que condiciona e imprime a la sanción que así se impone de un carácter coercitivo...” (STS de 2 de junio de 1989¹⁶¹), sin que, sin embargo, pueda conceptuarse esta figura como “multa coercitiva” pues la apreciación de la misma por la Administración se hace en ejercicio de su potestad sancionadora y no para ejecutar con carácter forzoso una resolución administrativa anterior¹⁶².

Puede decirse que la figura regulada en el art. 39.7 TRLISOS constituye la denominada “infracción permanente”, debiendo considerar como tal, “aquellas conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un solo acto, determinando el mantenimiento de la situación antijurídica a voluntad del autor...” (STS de 7 de marzo de 2006¹⁶³). Como ha destacado la doctrina¹⁶⁴, esta figura sancionadora tiene una gran trascendencia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales cuando la empresa

¹⁵⁸ Así lo expresaba el art. 1.3 RD 2347/1985.

¹⁵⁹ Como acabamos de ver el art. 4.6 RD 1398/1993 exige, para poder apreciar la persistencia continuada, que la primera resolución sancionadora tenga carácter ejecutivo, debiendo entenderse que las resoluciones sancionadoras son ejecutivas “cuando pongan fin a la vía administrativa” (art. 138.3 LRJAP), tal y como destaca (aunque refiriéndose a la reincidencia) la citada STS de 24 de octubre de 2000 (RJ 2000/9375). En este mismo sentido y al interpretar lo dispuesto en el art. 1.3 RD 2347/1985, GARCÍA BLASCO entendía que la primera resolución sancionadora causaba “estado en vía administrativa” cuando frente al expediente sancionador no se admitiese ya recurso en vía administrativa: GARCÍA BLASCO, J., “Potestad sancionadora de la Administración en materia laboral y principio de legalidad. A propósito del Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre”, *REDT*, nº 26, 1986, pág. 235.

¹⁶⁰ GARCÍA BLASCO, J., “Potestad sancionadora...”, op. cit., pág. 235.

¹⁶¹ RJ 1989/4354.

¹⁶² Como señala PEMÁN GAVÍN, el TC ha tenido la oportunidad de recordar que “la multa coercitiva es una modalidad de ejecución forzosa de los actos declarativos dirigidos a quebrantar la resistencia del particular opuesta al cumplimiento de una orden o requerimiento de la Administración y es independiente de las sanciones que pueden imponerse con tal carácter y compatibles con ellas” (PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 88). En el ámbito de la prevención de riesgos laborales no existe este tipo de medida si bien, como destaca el citado autor, la distinción entre la “multa coercitiva” como medida de restitución cuya finalidad consiste en la cesación de la acción prohibida o la remoción de los efectos de la infracción y la “multa-sanción” cuya finalidad es la retribución por una conducta ilícita ya consumada no es siempre nítida pues “la función preventiva de carácter especial sobre el infractor a fin de ajustar su comportamiento futuro al ordenamiento jurídico, no resulta totalmente ajena a la sanción, por lo que puede concluirse que la finalidad consistente en acomodar la conducta futura del infractor al ordenamiento jurídico, es el fin principal de la multa coercitiva y, en este sentido, resulta un punto de partida que permite la distinción. Pero dicho fin no es exclusivo, ya que la sanción puede asumir funciones similares en casos concretos. En estos supuestos, la distinción tiene, pues, en última instancia un carácter formal o legal” (op. cit., pág. 92). Podría entenderse que uno de estos supuestos es el previsto en el art. 39.7 TRLISOS.

¹⁶³ RJ 2006/1799.

¹⁶⁴ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 334.

previamente sancionada no corrige sus incumplimientos en la materia, pudiendo la autoridad laboral en estos casos, una vez que la primera resolución sancionadora sea firme en vía administrativa, instruir un nuevo procedimiento sancionador. Nótese que, según lo previsto en el art. 44.1 LPRL, ante la actitud empresarial de no subsanar los incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo que han sido previamente sancionados, la Inspección de Trabajo sólo podrá paralizar la actividad laboral hasta que aquéllos se corrijan en el caso de que de la inobservancia empresarial de la normativa sustantiva en materia prevencionista se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (caso previsto en algunas de las infracciones que hemos analizado en la I Parte de este trabajo), pero, para los demás casos, el único medio en manos de la Administración para conseguir que el empresario adecúe su conducta a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales será el poder volver a sancionarle en aplicación del art. 39.7 TRLISOS.

Respecto al presupuesto de hecho, la persistencia continuada en la infracción se diferencia de la reincidencia en “que en ésta se repite el mismo ilícito, de modo que hay dos: el inicial y el reincidente; por el contrario, en la persistencia continuada existe el mismo ilícito administrativo que no consiste en un acto singular y puntual, sino que prolonga sus efectos en el tiempo”¹⁶⁵. También es de destacar, en cuanto al supuesto de hecho, que la aplicación del art. 39.7 TRLISOS –a diferencia de lo que ocurre con la reincidencia– no se supedita a un criterio temporal en tanto el inicio del nuevo expediente sancionador, una vez firme en vía administrativa la primera resolución sancionadora, no habrá de hacerse en un plazo determinado¹⁶⁶.

En cuanto a las consecuencias sancionatorias, la aplicación de las mismas en el caso de la persistencia continuada –a diferencia también de lo que ocurre con la reincidencia–, no depende de la discrecionalidad administrativa, puesto que apreciada aquélla, “la sanción ha de ser impuesta *ex lege* en la cuantía máxima del grado máximo que corresponde a la calificación –leve, grave o muy grave– de la infracción sancionada originariamente”¹⁶⁷.

IV. CONCURSO DE INFRACCIONES.

La doctrina administrativista¹⁶⁸ ha criticado que el Derecho Administrativo Sancionador no se haya planteado un aspecto tan importante del régimen general de sanciones como es la regulación de reglas especiales para los casos de concurso de infracciones. Esta crítica al régimen sancionador general es extensible a la normativa específica sancionadora en el Orden social¹⁶⁹ pues el TRLISOS no prevé ningún tratamiento sancionador específico para estas situaciones concursales lo que ha motivado que, en ocasiones, la jurisprudencia haya aceptado la aplicación de los principios del Derecho Penal¹⁷⁰.

¹⁶⁵ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 334.

¹⁶⁶ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 335.

¹⁶⁷ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 335.

¹⁶⁸ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 271.

¹⁶⁹ PÁRAMO MONTERO, P., “Comentario a la Ley 8/1988...”, op. cit., pág. 519.

¹⁷⁰ DURÉNDEZ SÁEZ, I., op. cit., pág. 239. En este mismo sentido y con carácter general, NIETO GARCÍA ha destacado que los problemas concursales constituyen “zonas que han sido prácticamente desconocidas por el Derecho Administrativo Sancionador”, por lo que se ha de contar “con la valiosa ayuda de los instrumentos técnicos del Derecho Penal, que hay que utilizar sin reparos mientras el

De lo anterior se deriva que, ante las situaciones de concurso de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, los operadores jurídicos (Administración y Jurisdicción) “operen de forma casuística con resultados ordinariamente imprevisibles y que habitualmente no se argumentan debidamente”¹⁷¹.

Podemos empezar el análisis de estas situaciones haciendo referencia al supuesto del *concurso de leyes* que se da cuando, ante un solo hecho infractor del empresario, son aplicables *aparentemente* diversos preceptos sancionadores. Con el concurso de leyes nos encontramos más ante un problema de interpretación de las normas sancionadoras que ante una concurrencia de infracciones pues aunque aparentemente son aplicables diversos preceptos sancionadores, “luego de una correcta interpretación se deduce que sólo uno de ellos es realmente aplicable”¹⁷². Los criterios que hay que utilizar para determinar cuál es, finalmente, el precepto aplicable aparecen recogidos en el art. 8 CP y resultan operativos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. El primero de estos criterios –el de especialidad– es el que aplicamos para solucionar el concurso de leyes que puede plantearse entre infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales e infracciones laborales de otra clase. Así, para solucionar el concurso de leyes que se produce por el incumplimiento empresarial de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores que puede subsumirse tanto en el art. 13.2 TRLISOS como en el art. 8.4 del propio texto normativo, aplicamos el criterio del art. 8.1 CP, resultando de aplicación el primer tipo infractor por reproducir las características del otro –transgresión de normas sobre trabajo de menores–, añadiéndole una nota específica –la normativa laboral ha de ser en materia de seguridad e higiene–. El mismo criterio nos sirve para defender la aplicación del art. 13.5 frente al 8.11 TRLISOS cuando el acto del empresario contrario al respeto a la intimidad de los trabajadores se produce por incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de aquéllos.

También es posible que el concurso de leyes se produzca entre infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales e infracciones que no son propias del Orden social sino de otros ámbitos administrativos. Era el supuesto que se producía con la conducta empresarial subsumible en el art. 13.5 TRLISOS que podía encuadrarse igualmente en el art. 44.4.g) LPD, resultando de aplicación, como vimos, el régimen sancionador del TRLISOS por recoger un supuesto de hecho más concreto (estos es, por aplicación del principio de especialidad).

También se da este supuesto concursal cuando el empresario incumple normas jurídico-técnicas que, como vimos, formaban parte del bloque normativo de referencia al que se remite el art. 13.10 TRLISOS pero que, al pertenecer al ámbito de la seguridad industrial, también pueden integrar los tipos infractores recogidos en el Título V de la Ley 21/1992, de Industria. Esta posible situación concursal es solucionada normativamente por el propio art. 30 Ley 21/1992 en favor del régimen sancionador del Orden social ya que en su primer apartado establece que, cuando las infracciones administrativas en las materias reguladas en la propia Ley “constituyan

Derecho Administrativo Sancionador no esté en condiciones de crear sus propios remedios”: NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 517

¹⁷¹ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 526, refiriéndose a la actuación de la Jurisdicción en el campo del Derecho Administrativo Sancionador con carácter general.

¹⁷² MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal (Parte General)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 408

incumplimientos de la normativa de seguridad, higiene y salud laborales, será esta infracción la que será objeto de sanción conforme a lo previsto en dicho normativa”¹⁷³.

Por último, hacer referencia a la posibilidad de que el concurso de leyes se produzca entre los propios tipos infractores del art. 13 TRLISOS, debiéndose solucionar los mismos conforme a la regla de especialidad. Aunque no se argumenta explícitamente, entendemos que esta situación es la que se produce en el supuesto sobre el que se pronuncia la STSJ de Navarra de 9 de diciembre de 2002¹⁷⁴ en la que se desestima el recurso de la empresa infractora frente a la resolución sancionadora administrativa que confirma la sanción propuesta por un acta de infracción en la que se reflejaba como incumplimiento empresarial en materia de prevención de riesgos laborales, la “realización de trabajos prohibidos a menores de 18 años, con adscripción del accidentado a un puesto de trabajo que por su peligrosidad y la menor edad eran incompatibles con las características personales al no tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo”. El Inspector actuante entendía que este incumplimiento era constitutivo de las infracciones recogidas en los apartados segundo y cuarto del art. 48 LPRL¹⁷⁵, pese a lo cual proponía una única multa en la cuantía mínima del grado mínimo (que sería la finalmente impuesta). Como vemos, en este supuesto se da un concurso de leyes pues ante un único incumplimiento empresarial son aplicables dos tipos infractores pero el Inspector no entiende que nos encontremos ante dos infracciones sancionables de manera separada sino que impone una única sanción y además en la cuantía mínima posible, de los que se deduce que finalmente ha optado por aplicar un único tipo infractor. Entendemos que en este caso y conforme al criterio de especialidad, el tipo infractor finalmente aplicable era el previsto en el art. 48.2 LPRL pues la regulación sustantiva de la protección del menor en el campo de la seguridad y salud constituye una especificación de la protección que a los sujetos especialmente sensibles otorga la LPRL (y cuya vulneración se sanciona a través del art. 48.4 LPRL).

Al igual que en el concurso de leyes, tampoco se produce una concurrencia de infracciones cuando varios incumplimientos empresariales se sancionan, no separadamente, sino subsumiendo todos ellos en un único tipo infractor al que, obviamente, corresponde una única sanción. Este es un supuesto que se presenta frecuentemente al sancionar a las empresas en virtud de la cláusula general prevista en el listado de infracciones muy graves en materia preventiva (antiguos art. 11.4 LISOS y art. 48.8 LPRL y actual art. 13.10 TRLISOS). En esta cláusula general, la conducta infractora del empresario es descrita como la inobservancia de “cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo (...) de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores” y es habitual que en las actas de infracción en las que se propone sancionar a las empresas por aplicación de este tipo se haga referencia a más de un incumplimiento de la normativa sustantiva aunque finalmente se reconduzcan a ese único tipo infractor.

¹⁷³ Nótese que esta solución al posible concurso de leyes constituye una excepción a la regla general prevista por el citado texto normativo que opta, a través del art. 34.5 (“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 30, apartado 1, las acciones u omisiones tipificadas en la presente Ley, que lo estén también en otras, se calificarán con arreglo a la que comporte mayor sanción”), por la cuarta regla de las previstas en el art. 8 CP para solventar estas situaciones.

¹⁷⁴ JUR 2003/43300.

¹⁷⁵ Actuales apartados segundo y cuarto del art. 13 TRLISOS.

En este sentido, la STS de 18 de febrero de 1997¹⁷⁶ confirma la sanción impuesta a una empresa por la infracción muy grave del art. 11.4 LISOS al carecer una grúa-torre con la que se trabajaba del dispositivo de señales sonoras exigida por el art. 108.5 OGSHT y no tener el trabajador la especial formación ni instrucción requerida para el manejo de ese aparato elevador, lo que supone un incumplimiento empresarial de la obligación prevista en el art. 102.3 OGSHT. Como vemos, dos infracciones de la normativa sustantiva de seguridad e higiene en el trabajo se subsumen en un único tipo infractor¹⁷⁷. En estos casos, ante la falta de argumentación de los órganos administrativos y jurisdiccionales, entendemos que tal operación jurídica puede explicarse acudiendo a alguna de estas dos opciones:

1. Cabe entender que el operador jurídico subsume los varios incumplimientos en un único tipo infractor por considerar que cada uno de aquéllos considerados individualmente no tiene la entidad suficiente para generar el riesgo grave e inminente que, en estos casos, sólo aparece por la combinación de todos estos incumplimientos. De esta forma, para integrar el tipo infractor es necesaria la apreciación conjunta de varios incumplimientos de la normativa sustantiva. No nos encontramos, por tanto, ante varios hechos infractores sino ante un único hecho infractor cuya aparición se produce por la inobservancia empresarial de varias medidas de seguridad exigidas por la normativa en materia prevencionista y que serán objeto de una única sanción: la correspondiente al tipo infractor en el que se subsumen todas ellas.
2. También es posible explicar la actuación sancionadora a la que venimos haciendo referencia por la aplicación a esta pluralidad de incumplimientos empresariales de la figura de la *infracción continuada*. Esta figura aparecía recogida en el art. 1.3 RD 2347/1985 que consideraba como “infracción laboral continuada una pluralidad de acciones u omisiones que realice el empresario en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, cuando afecten a varios trabajadores e infrinjan el mismo o semejante precepto laboral, atendiendo a la más grave de las cometidas”. Esta modalidad infractora no se contempló por la LISOS, y no se recoge actualmente en el TRLISOS, pero debemos entender que es aplicable al sancionar las infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales toda vez que sí aparece prevista en art. 4.6 RPPOS¹⁷⁸ que resulta de aplicación supletoria en el ordenamiento sancionador social¹⁷⁹. La aplicación de esta figura sancionadora supone entender, a diferencia de la opción interpretativa anterior, que cada uno de los incumplimientos a los que se refiere el acta de infracción es generador de un riesgo grave e inminente y por tanto constitutivo por sí solo de la infracción

¹⁷⁶ RJ 1997/1102.

¹⁷⁷ En este mismo sentido de sancionar únicamente por la infracción prevista en la cláusula general de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales varios incumplimientos empresariales de la normativa sustantiva : STS de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2001717699); STSJ de Murcia de 2 de noviembre de 1998 (RJCA 1998/4046) ; STSJ de Madrid de 26 de enero de 2002 (JUR 2002/234575); STSJ de Canarias de 25 de septiembre de 2002 (JUR 2003/ 28161); STSJ de Valencia de 24 de mayo de 2003 (JUR 2004/23599); STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2005 (JUR 2005/90107).

¹⁷⁸ Establece este precepto en su párrafo segundo que “será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.

¹⁷⁹ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., op. cit., pág. 342.

prevista en el art. 13.10 TRLISOS (produciéndose, en este caso sí, un concurso de infracciones), pese a lo cual se produce una valoración conjunta de todos ellos como una única infracción: la infracción continuada. Es claro que la finalidad de esta construcción jurídica es beneficiar al empresario infractor toda vez que mediante ella se imposibilita imponer tantas sanciones como incumplimientos –lo que supondría aplicar la figura del concurso real de infracciones que analizaremos a continuación– al corresponder una única sanción a la infracción continuada¹⁸⁰. Entendemos que, aunque no se refiera a ella expresamente, esta es la figura que se aplica en el supuesto enjuiciado en la STS de 27 de febrero de 1998¹⁸¹ en la que se somete a control jurisdiccional una actuación administrativa sancionadora que finaliza con la imposición de una multa por infracción empresarial a la normativa de prevención de riesgos laborales. En la resolución administrativa se reflejan como hechos constitutivos de la infracción prevista en el art. 11.4 LISOS varios incumplimientos empresariales de la normativa en materia de seguridad e higiene pero al describir los mismos se constata que cada uno de ellos es generador de una situación de riesgo¹⁸² por lo que podría considerarse que cada incumplimiento constituye una infracción muy grave prevista en el art. 11.4 LISOS. Sin embargo, la Administración, en vez de sancionarlas de manera separada, impone una única sanción por infracción muy grave en la cuantía máxima posible (15.000.000 de pesetas), que posteriormente sería rebajada en vía jurisdiccional por apreciación de atenuantes no consideradas por la autoridad administrativa.

Mayor rigor sancionador que el que resulta de la aplicación de las figuras analizadas hasta ahora se deriva de la apreciación por parte de la autoridad laboral de la figura del *concurso real de infracciones* que implica que el Inspector actuante, al comprobar la existencia de una pluralidad de infracciones, decide imponer una sanción a cada una de ellas operando, de esta forma, el principio de acumulación de sanciones. La posibilidad de aplicar esta regla interpretativa está implícitamente reconocida en normas

¹⁸⁰ Nótese que el art. 4.6 RD 1398/1993 no prevé la consecuencia sancionatoria que la aplicación de la infracción continuada ha de tener. Como hemos visto, el art. 1.3 RD 2347/1985 establecía que este tipo de infracción se sancionaría “atendiendo a la más grave de las cometidas”, concretando en su art. 3.5 que “podrá imponerse la sanción inmediatamente superior a la que corresponda a dicha infracción”. En todo caso, al sancionar la infracción continuada será apreciable la agravante del art. 39.1.h) TRLISOS pues la pluralidad de infracciones denota que la “conducta general” seguida por el empresario no es la de observar estrictamente las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

¹⁸¹ RJ 1998/2443.

¹⁸² Los hechos constitutivos de la infracción además de la falta de limpieza (de la que no se deriva situación de riesgo) son : a) Existencia de un foso de reparaciones en el exterior con humedad permanente y sin techado con gravísimo riesgo de accidente dada la coincidencia de dicha humedad con la existencia de enchufes y aparatos eléctricos (...); b) Los pilares que sirven de soporte a la cabecera de la nave se encuentran resquebrajados (...) con riesgo de accidente; c) la nave cubierta donde se realizan los trabajos y aparcamientos de autobuses carece de extractores que eviten la acumulación de humos y gases. El TS, al rechazar el recurso de la empresa en orden a que debiera entenderse que la infracción cometida no era la del art. 11.4 LISOS sino la del art. 9.4 de la misma Ley, mantiene que el riesgo grave e inminente existía “en relación con tres de los hechos sancionados como infracción muy grave”. Nótese que en este caso las infracciones no se refieren a un mismo lugar de trabajo sino que una de ellas se refiere a un foso exterior y las otras dos se refieren a una nave por lo que no puede considerarse que el Inspector actuante entendiese que era necesario la conjunción de las tres infracciones para la creación de una única situación de riesgo sino que como se deriva del acta inspectora y de la resolución judicial cada uno de los incumplimientos implicaba una situación de riesgo grave e inminente (lo que permitiría aplicar la figura del concurso real de infracciones): existía un riesgo grave e inminente en el foso y existía un riesgo grave e inminente en la nave.

procedimentales del Orden social. Así, el art. 16 RPS prevé que en “el caso de que en la misma actuación inspectora se estimasen varias presuntas infracciones, podrán acumularse en una sola acta las correspondientes a una misma materia...”, resultando claro que se está pensando en sancionar cada una de las infracciones por lo previsto en el art. 48.7 TRLISOS, según el cual, en estos supuestos de acumulación “será órgano competente para imponer la sanción por la totalidad de dichas infracciones, el que lo sea para imponer la de mayor cuantía...”.

Este principio de acumulación de las sanciones se aplica en ocasiones al sancionar las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. Así, la STS de 4 de marzo de 1997¹⁸³ confirma la sanción impuesta a una empresa por varias infracciones (siete, en concreto) a las normas legales en materia de seguridad en el trabajo –una de ellas constitutiva de la infracción del art. 11.2 LISOS¹⁸⁴–, que se habían acumulado en una única acta de infracción en la que se proponía una multa acumulada (finalmente impuesta) de 1.100.700 de pesetas y se detallaba el importe de la multa que correspondía a cada infracción (esto es, se sanciona independientemente cada una de las infracciones; por la infracción muy grave se proponía una sanción pecuniaria de 500.100 pesetas). Otro supuesto de aplicación del concurso real lo encontramos en la STS de 3 de noviembre de 2003¹⁸⁵ que rechaza el recurso empresarial frente a la resolución administrativa que le había impuesto una sanción de 65.000.000 (que suponía una rebaja de la inicialmente propuesta en el acta de infracción y que era de 105.000.000 de pesetas) por dos infracciones administrativas en materia de seguridad y salud en el trabajo: la prevista en el art. 48.8 LPRL¹⁸⁶ sancionada con multa de 60.000.000 de pesetas y la recogida en el art. 47.14¹⁸⁷ del mismo texto normativo que se sanciona con multa de 5.000.000 de pesetas¹⁸⁸.

Para suavizar el rigor sancionador, que implica la aplicación del concurso real de infracciones, la jurisprudencia ha acudido al concepto de “unidad sociológica” de los hechos infractores para poder entender que la figura que procede aplicar es la del *concurso ideal*. En este sentido, en la STS de 9 de junio de 1999¹⁸⁹ se examina una resolución sancionadora que asumía la propuesta de la Inspección actuante que había procedido al levantamiento de dos actas de infracción a una empresa. En la primera de las actas se proponía sanción de 10.000.000 de pesetas por infracción del art. 11.2 LISOS¹⁹⁰ –en la empresa no se cumplía la normativa vigente relativa a trabajos prohibidos a los menores–, refiriéndose la segunda acta a la infracción del art. 8.4 LISOS¹⁹¹ –los menores realizaban horas extraordinarias–¹⁹² y proponiendo igualmente

¹⁸³ RJ 1997/2020.

¹⁸⁴ Actual art. 13.2 TRLISOS.

¹⁸⁵ RJ 2003/8893.

¹⁸⁶ Actual art. 13.10 TRLISOS.

¹⁸⁷ Actual art. 12.14 TRLISOS.

¹⁸⁸ También podemos citar decisiones judiciales que aplican el concurso real al sancionar infracciones en materia de prevención de riesgos laborales: la STSJ de Castilla La Mancha confirma la resolución administrativa que imponía a la empresa una doble sanción de multa, por importe total de 45.000.000 de pesetas, por la comisión de dos infracciones muy graves en materia de seguridad en el trabajo (las previstas en los apartados sexto y décimo del art. 13 TRLISOS) que aparecían descritas en una única acta de infracción.

¹⁸⁹ RJ 1999/6394.

¹⁹⁰ Actual art. 13.2 TRLISOS.

¹⁹¹ Actual art. 8.4 TRLISOS.

¹⁹² No procedía la acumulación en acta única dado que se trataban de infracciones relativas a diferentes materias.

una sanción de 10.000.000 de pesetas. El TS, tras aclarar que la doble sanción no vulnera el principio *non bis in idem* dada la diversidad de bienes jurídicos infringidos, entiende que, dada la existencia de unidad entre los hechos determinantes de las dos actas de infracción, y ante la “ausencia de norma específica en contra dentro del ordenamiento sancionador administrativo en la materia o del común administrativo, es adecuado a Derecho aplicar, como norma subsidiaria de segundo grado, los principios del derecho penal dada la semejanza de materia regulada en él y en el Administrativo sancionador; en tales circunstancias, en la determinación de la sanción aparece aplicable para la determinación de la sanción la norma del art. 77 del CP/1995 (...) cuando los hechos que constituyen unidad, en este caso sociológica, constituyan dos o más delitos, en cuyo supuesto la norma penal establece la sanción correspondiente al delito más grave sin que pueda exceder de su mitad superior (...)”, por lo que procede atenuar la respuesta sancionadora, aplicando una única sanción de 15.000.000 de pesetas y no dos de 10.000.000.

Ahora bien, es de destacar que la Administración también había aplicado una figura prevista en el CP, como es la del concurso real de infracciones, que suponía un mayor rigor al sancionar por separado los dos hechos infractores que entendía que existían. Y es que, es en la determinación de los hechos infractores donde la interpretación jurisprudencial difiere del criterio seguido por la Administración. Mientras que esta última estima que existen dos hechos constitutivos de diferentes tipos infractores que se han de sancionar acumuladamente –concurso real de infracciones–, el TS interpreta que estamos ante un único hecho del que se derivan dos infracciones –concurso ideal de infracciones–.

Como destaca el profesor NIETO, cuando nos encontramos ante posibles situaciones concursales, “lo que importa de veras es determinar inicialmente si nos encontramos ante uno o varios hechos. A cuyo efecto la doctrina y la jurisprudencia se encuentran divididas por un dilema de opciones incompatibles. De acuerdo con un primer criterio, el hecho se califica por su percepción física o natural: es un hecho único el que responde a un solo acto de voluntad y como tal se realiza en la vida y se percibe por el sujeto y los terceros (...). Pero también cabe utilizar un segundo criterio, que es cabalmente el hoy dominante: lo que califica los hechos, como unidad o pluralidad, no es la naturaleza de la percepción natural del observador y ni siquiera la voluntad del actuante, sino el legislador. Es la norma, en otras palabras, quien nos dice en cada caso si media uno o varios hechos. Y la norma tiene poder para, a efectos sancionadores, reunir varios hechos (naturales) en una sola acción típica o, a la inversa, descomponer un solo hecho natural en varias acciones típicas”¹⁹³.

Una vez aceptado que, como destaca el propio profesor NIETO, “en estas condiciones no se puede hablar de solución correcta o incorrecta porque está fuera de dudas (...) que, salvo excepciones, no existe una solución correcta única sino que caben varias plausibles y la plausibilidad depende de la razonabilidad de la argumentación”¹⁹⁴, entendemos que la solución correcta a estas situaciones es entender que existen tantos hechos como descripciones típicas de comportamientos empresariales hace el legislador en el listado de infracciones ya que de otra forma el régimen sancionador administrativo carecería del conveniente efecto preventivo al poder entender los empresarios que, una vez infringida una norma en materia preventiva, los posteriores incumplimientos serán

¹⁹³ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 525.

¹⁹⁴ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 526.

apreciados en concurso ideal ya que en ultimo término puede entenderse que nos encontramos ante un único hecho natural percibido por terceros –trabajo en una empresa– y los distintos incumplimientos obedecen a una única voluntad del sujeto infractor –no observar las normas de seguridad e higiene–.

En el supuesto sobre el que se pronuncia la citada STS de 9 de junio de 1999, nos parece más correcta la interpretación que hicieron la Inspección de Trabajo y la autoridad laboral apreciando dos hechos infractores, ya que la empresa incumplió diferentes preceptos normativos –hizo trabajar a los menores en un reducido espacio por cada uno donde realizaban “pegado de piezas utilizando productos nocivos por sus efectos directos e indirectos sin emplear además las debidas protecciones”, contraviniendo de esta forma la obligación empresarial recogida en el art. 6.2 ET y, además, la actividad de estos menores se producía “a pleno rendimiento como los trabajadores adultos de la plantilla de la empresa, excediendo el número de horas de jornada ordinaria de trabajo en la empresa establecida en convenio colectivo”, lo que supone un incumplimiento de lo previsto en el art. 6.3 ET– que son subsumibles en diferentes tipos infractores de la LISOS: arts. 11.2 y 8.4, respectivamente. En otro orden de cosas, destacar que en este caso tampoco hubiese sido posible suavizar la respuesta sancionadora ante los hechos infractores acudiendo al concepto de infracción continuada toda vez que aunque pudiera entenderse que los incumplimientos empresariales se realizaron “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”, no infringían “el mismo o semejante precepto laboral” pues como destaca el propio TS los números 2 y 3 del art. 6 ET, son normas que protegen bienes jurídicos distintos¹⁹⁵ desde el punto de vista legal: en el apartado segundo se protege de forma directa la salud del menor en relación a la ejecución del trabajo afectado por substancias nocivas y peligrosas que inciden directamente en el quebranto de la salud; en el apartado tercero la protección es frente a agotadoras jornadas de trabajo incompatibles con un normal modo de vida de los menores.

Para terminar con el análisis de estas situaciones de concurrencia de infracciones debemos referirnos a otra figura que, al igual que las figuras de infracción continuada y concurso ideal de infracciones, persigue una suavización de la respuesta sancionadora frente a incumplimientos empresariales de las normas sustantivas: el *concurso medial*.

En este tipo de concurso no hay un solo hecho infractor sino dos perfectamente diferenciados pero uno de ellos es medio necesario para cometer el otro, siendo esta conexión íntima entre las infracciones cometidas, que es una relación teleológica de medio a fin, lo que hace que el legislador las equipare al concurso ideal propiamente dicho y prevea que estas dos infracciones no sean sancionadas separadamente sino que se sancione únicamente la más grave¹⁹⁶.

¹⁹⁵ El requisito de que para aplicar el delito continuado es necesario que las diferentes infracciones vulneren el mismo o semejante precepto se traduce en la exigencia de que exista homogeneidad del bien jurídico lesionado por dichas infracciones: refiriéndose al delito continuado: MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pág. 412.

¹⁹⁶ Refiriéndose a estas figuras en el ámbito del Derecho Penal: MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pág. 409. En efecto, el art. 77.2 CP equipara en cuanto a sus consecuencias punitivas el concurso ideal propio y el impropio o medial: en ambos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

El concurso medial aparece previsto en el ámbito sancionador administrativo por el art. 4.4 RPPOS (que resulta de aplicación en el Orden social conforme al citado precepto y al art. 1.3 del citado texto normativo en cuanto en el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden social no aparece prevista esta situación concursal) que establece que, “cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida”.

Entendemos que este tipo de concurso puede resultar de aplicación cuando se trate de sancionar la infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales recogida en el art. 13.3 TRLISOS que necesariamente implica la comisión por parte del empresario de la infracción prevista en el apartado décimo del propio art. 13 TRLISOS. Se recordará que, cuando el Inspector comprueba que de los incumplimientos empresariales en materia de prevención de riesgos laborales se deriva un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, deberá ordenar la paralización de los trabajos en ejercicio de la facultad que le reconoce el art. 44 LPRL pudiendo levantar simultáneamente acta de infracción con el objeto de sancionar los incumplimientos empresariales que han dado lugar al riesgo grave e inminente y que en todo caso serán encuadrables en la infracción administrativa muy grave prevista en el art. 13.10 TRLISOS. En este caso si el empresario no obedece la orden de paralización y continúa los trabajos sin observar la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, el Inspector que constata este comportamiento empresarial no podrá pretender sancionar al empresario nuevamente (como acabamos de ver al analizar la persistencia continuada de la infracción) por los incumplimientos de la normativa en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos con carácter ejecutivo (art. 4.6 RPPOS) pero sí podrá levantar una nueva acta de infracción para sancionar la conducta empresarial de desobediencia de la orden inspectora que es constitutiva de la infracción del art. 13.3 TRLISOS. En este caso, como podemos apreciar no se da la situación de concurso medial toda vez que no es posible apreciar dos infracciones sino sólo una de ellas.

Ahora bien, el acompañar la orden de paralización con el levantamiento de un acta de infracción es una facultad discrecional del Inspector por lo que éste puede, conforme al art. 43 LPRL, decidir no incoar un expediente sancionador y contentarse con decidir la paralización de los trabajos. Si así lo hiciera, la desobediencia empresarial de la orden de paralización implicará necesariamente la comisión de la infracción del art. 13.10 TRLISOS (que previamente no fue objeto de expediente sancionador), produciéndose un concurso medial entre estas infracciones pues de la comisión de aquella infracción se deriva necesariamente la comisión de ésta (la paralización de los trabajos hubiese implicado que ya no se trabajase con la inobservancia de las normas de seguridad y salud de la que se derivaba el riesgo grave e inminente), no pudiendo, por tanto, el Inspector actuante sancionar separadamente estas dos infracciones sino únicamente la más grave de ellas.

Este segundo supuesto al que acabamos de referirnos es el recogido en la STS de 4 de noviembre de 1998¹⁹⁷. El Inspector actuante giró visita a un centro de trabajo tras fallecimiento de un trabajador por descarga eléctrica y ordena la paralización de ciertas tareas, por entender que se realizan con inobservancia de la normativa en materia de

¹⁹⁷ RJ 1998/9591.

prevención de riesgos laborales de la que se deriva un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, sin que dicha orden venga acompañada del levantamiento de un acta de infracción. Unos días después gira la Inspección de Trabajo actuante nueva visita al centro de trabajo y comprueba que los trabajos no se han paralizado, levantando, ahora sí, acta de infracción y calificando la “actuación de la empresa como constitutiva de falta muy grave conforme al art. 11.3¹⁹⁸ y 4¹⁹⁹ de la Ley 8/1988” proponiendo una única sanción de 15.000.000 (máxima posible conforme al art. 37.2 LISOS). Impuesta por la autoridad laboral la sanción propuesta por la Inspección y recurrida dicha decisión administrativa por la empresa sancionada, el TS desestima la demanda y confirma la resolución impugnada aclarando que, aunque los incumplimientos empresariales determinan las infracciones previstas en los apartados tercero y cuarto del art. 11 LISOS, lo cierto es que constituyen una “*unidad de acción* que determina la existencia de una sola infracción muy grave sancionable en el grado máximo...” (el subrayado es nuestro). Como puede observarse, el TS ha entendido que la situación concursal existente en este supuesto era la del concurso ideal: una sola acción es constitutiva de varias infracciones. Sin embargo, y teniendo en cuenta la opción interpretativa que mantuvimos anteriormente en cuanto a la determinación de los hechos infractores, entendemos que en este supuesto el legislador diferencia entre dos hechos infractores: la desobediencia de la orden inspectora y los incumplimientos empresariales que generan un riesgo grave e inminente²⁰⁰; lo que ocurre es que, como acabamos de decir, ha de entenderse que entre estos dos hechos infractores existe una relación de concurso medial –la desobediencia empresarial de la orden inspectora de paralización implica necesariamente que se siga cometiendo la infracción administrativa que dio lugar a dicha orden– por lo que la consecuencia sancionadora ha de ser la misma que si se apreciase el concurso ideal: sancionar únicamente la más grave de dichas infracciones²⁰¹.

V. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

La severidad de la sanción administrativa por incumplimientos de la normativa preventiva puede verse suavizada, de forma inadecuada a nuestro entender como veremos, en el caso de que la imposición de la multa se haga de manera solidaria en los supuestos de coautoría en la comisión de la infracción o de responsabilidad de la empresa principal por incumplimientos de sus contratistas.

En la I Parte de este trabajo se analizaron diferentes supuestos en los cuales se establecía el régimen de responsabilidad solidaria por infracciones muy graves en

¹⁹⁸ Actual art. 13.3 TRLISOS.

¹⁹⁹ Actual art. 13.10 TRLISOS.

²⁰⁰ Esta diferenciación opera claramente cuando en realidad no existe el incumplimiento empresarial que da lugar a un riesgo grave e inminente, esto es, en los casos en que la orden inspectora se haya dado sin existir realmente la causa de la misma y se haya basado en un error de apreciación del Inspector. En estos casos, si el empresario desobedece la orden, solo existiría el primer hecho infractor que, según vimos en la I Parte de este trabajo, sería igualmente constitutivo de la infracción del art. 13.3 TRLISOS, a pesar de que no hubiese causa para dar la orden de paralización.

²⁰¹ Nótese que la consecuencia sancionatoria del ámbito administrativo es diferente de la propia del campo penal: en el orden sancionador administrativo, el concurso medial provoca que se haya de sancionar la sanción más grave de las cometidas (art. 4.4 RD 1398/1993) mientras que en el penal la respuesta punitiva es más severa en cuanto se precisa que se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave (art. 77.2 CP).

materia de prevención de riesgos laborales. Por una parte, entendimos que cuando en supuestos de concurrencia empresarial se cometía la infracción prevista en el art. 13.7 TRLISOS por no haber establecido los empresarios que desarrollan sus actividades en un mismo centro de trabajo los medios de coordinación a los que se refiere el art. 24.1 LPRL y cuyo régimen ha sido desarrollado en el Capítulo V RDCA debían responder por dicha infracción de manera solidaria ya que, al tratarse de una obligación –la de establecer medios de coordinación– cuyo cumplimiento correspondía a los empresarios concurrentes de manera conjunta, resultaba de aplicación el art. 130.3.I LRJAP.

También defendimos que era aplicable el régimen sancionador establecido en el citado precepto en el caso de la infracción tipificada en el apartado decimocuarto del art. 13 TRLISOS pues la obligación de no celebrar pactos para eludir las responsabilidades establecidas en el art. 42.3 del mismo texto normativo se impone de manera conjunta a las empresas que intervienen en las relaciones triangulares de trabajo a las que se refiere el art. 42.3 TRLISOS.

Por otra parte, y en relación precisamente con el estudio de la infracción del art. 13.14 TRLISOS, se trató la responsabilidad solidaria que la empresa principal tiene por los incumplimientos que en materia de prevención de riesgos laborales puedan cometer las empresas contratistas y subcontratistas en relación con los trabajadores que éstas ocupen y siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de la empresa principal. En este caso, la imposición de responsabilidad solidaria a la empresa principal es una concreción en el ámbito laboral de lo previsto con carácter general en el art. 130.3.II LRJAP para el ámbito administrativo sancionador.

Esta responsabilidad solidaria a la que se viene haciendo referencia presenta los siguientes caracteres:

1. No se trata de una responsabilidad por actos ajenos lo que supondría una objetivización de la responsabilidad proscrita en el Derecho Administrativo Sancionador. Como hemos visto en varias partes de este trabajo, la STC 76/1990 de 26 de abril estableció la constitucionalidad de la responsabilidad solidaria en el ámbito administrativo sancionador siempre que la misma se conectase con la colaboración en la realización de la infracción, lo que requiere “la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve”.

En los casos en que resulta aplicable el art. 130.3.I LRJAP es claro que los responsables solidarios no responden por actos ajenos sino que son coautores de las infracciones pues la obligación que se incumple se impone de manera conjunta a las empresas.

Por lo que se refiere a la responsabilidad solidaria del empresario principal ya vimos como la imposición de la misma no se hacía de manera automática, una vez comprobada la infracción en materia preventiva de las empresas contratistas o subcontratistas, sino que era necesaria fundamentar la misma en un incumplimiento de la empresa principal del deber de vigilancia que le impone el art. 24.3 LPRL.

2. La Administración deberá incoar el expediente sancionador a todos los eventuales responsables con el objeto de aclarar la responsabilidad de cada una de las empresas partícipes en la comisión de infracciones. En este sentido el art. 53.1.d) TRLISOS al regular el contenido de las actas de infracción prevé que en

los supuestos en que exista posible responsable solidario, se hará constar en las mismas “tal circunstancia, la fundamentación jurídica de dicha responsabilidad y los mismos datos exigidos para el responsable principal” (en parecidos términos, el art. 14.1.a) RPS). Aunque esta previsión normativa se refiere exclusivamente al supuesto de responsabilidad solidaria prevista en el art. 42.3 TRLISOS (ya que habla de la existencia de un responsable principal), entendemos que en los casos en los que este tipo de responsabilidad se derive de las infracciones previstas en los apartados séptimo y decimocuarto del art. 13 TRLISOS también deberá la Inspección de Trabajo extender el acta de infracción frente a todos los eventuales responsables sin que sea posible incoar el expediente sancionador a uno solo de los posibles infractores para una vez sancionado éste declarar la responsabilidad solidaria del resto de coinfractores ya que este proceder administrativo impediría a estos últimos articular su defensa y alegar los eventuales motivos de exculpación o circunstancias modificativas de su responsabilidad²⁰². Incoado el expediente a todos los sujetos responsables, no podrá decirse que “se declara responsable a un tercero de hechos u obligaciones cometidos por otras personas y una vez que se le ha impuesto la sanción al responsable principal se declara responsable a tal tercero, sino que lo que realmente ocurre es que se declara una responsabilidad solidaria para los distintos obligados al cumplimiento de obligaciones laborales, habiéndose seguido el procedimiento conjuntamente contra todos ellos, que de esta forma han tenido la posibilidad de ejercitar los medios de defensa pertinentes”²⁰³.

3. Respecto a la cuantía de la sanción, debe tenerse en cuenta que la misma no estará constituida por la suma de tantas sanciones como infractores concurren en la comisión de la infracción (sanción acumulada de la que podría hacerse responder a cada infractor sin perjuicio de su acción interna frente a los demás coinfractores) sino que se impondrá una única multa por infracción muy grave en materia preventiva de la que responderán solidariamente todos los empresarios infractores. Así lo está entendiendo la doctrina judicial: en la STSJ Baleares de 29 de noviembre de 2002²⁰⁴, el Tribunal enjuicia la actuación de la Inspección de Trabajo que, tras la visita a unas obras, detectó tres infracciones en materia preventiva proponiendo una sanción total de 400.001 pesetas. Al entender el Inspector actuante que responsables de estas infracciones eran dos empresas, “dado el carácter conjunto de promotores y contratistas de ambas entidades respecto de las obras de que se trata” levantó dos actas de infracción en las que declara responsable directo y solidario a cada una de las empresas (en la primera acta declara responsable directo a la empresa A por el importe total de la multa y responsable solidario a la empresa B mientras que en la segunda actúa a la inversa y declara responsable directo a la empresa B y responsable solidario a la empresa A). Las entidades mercantiles interponen recurso frente a la sanción impuesta por la autoridad laboral que había seguido el criterio de la Inspección entre otros motivos por entender que en este caso sería aplicable el art. 130.3.I LRJAP. El Tribunal acoge esta tesis e interpreta que la responsabilidad solidaria prevista en el citado precepto “supondría una sola resolución sancionadora y no

²⁰² PEMÁN GAVÍN destaca estos problemas teóricos que se presentan en el caso de que la Administración incoe el expediente sancionador a uno solo de los posibles responsables: PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 390.

²⁰³ STSJ de Asturias de 31 de enero de 2006 (JUR 2006/100086).

²⁰⁴ JUR 2003/73207.

las dos que son objeto del recurso”, manteniendo la citada resolución que el “que los autores de estas infracciones sean dos empresas no parece legitimar el que se puedan sancionar doblemente las infracciones, imponiendo así multas por importe de 800.002 pesetas, cuando los hechos sólo son merecedores de una sanción de multa de 400.001 pesetas”. Según esta interpretación judicial, en el caso de empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo que no hayan adoptado los medios de coordinación, no será posible sancionar a cada una de las empresas con multa por infracción muy grave en materia preventiva (la del art. 12.13 o 13.7 TRLISOS) con declaración de responsabilidad solidaria del resto de empresas sino que se impondrá una única sanción por infracción muy grave de la que habrán de responder todas las entidades concurrentes con carácter solidario.

Por lo que se refiere a la responsabilidad solidaria establecida en el art. 42.3 TRLISOS, la infracción de la empresa contratista motivará el levantamiento de un acta de infracción en la cual se impondrá una sanción por aquélla de la que se hará responsable solidario a la empresa principal que incumplió su deber de vigilancia. No compartimos la interpretación que hacen algunas resoluciones judiciales que niegan la existencia de una responsabilidad solidaria de la empresa principal por las infracciones en materia preventiva que cometan las contratistas y mantienen que a través del art. 42.3 TRLISOS se establece la responsabilidad directa de empresa principal y contratista por sus respectivas infracciones. Un ejemplo de esta doctrina judicial lo encontramos en la STSJ Navarra de 21 de noviembre de 2002²⁰⁵ que mantiene que el art. 42.2 LPRL (hoy art. 42.3 TRLISOS) autoriza a entender “autor de una infracción a la empresa principal por omisión del deber de vigilancia sobre la subcontratada, en cuanto que una infracción por parte de éstas comporta otra infracción por parte de aquélla por omisión de la obligación que le impone el art 24.3 de vigilar el cumplimiento por los subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales . Estaríamos ante una infracción con dos autores responsables o, más propiamente, dos infracciones con dos autores. Lo que en nuestro ordenamiento punitivo, penal o administrativo, no cabe es que haya un solo autor y dos responsables pues lo impide el fundamental principio de personalidad de la sanción conforme al cual nadie puede ser sancionado por actos ajenos (...). Dicho de otra forma: lo que el art. 42.2 (...) contempla es la posibilidad de que haya dos autores-responsables del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley, en cuyo caso procederá la imposición de dos sanciones, una a cada uno de los autores”²⁰⁶.

²⁰⁵ JUR 2003/19632.

²⁰⁶ En el mismo sentido, la STSJ Navarra 20 de diciembre de 2002 (RJCA 2003/723). Nótese que estas sentencias utilizan para negar la responsabilidad solidaria el criterio jurisprudencial que, como vimos en el Capítulo I de la I Parte de este trabajo, negaba este régimen (al aplicar el art. 153 OGSHT) por vulnerar el principio informador del derecho sancionador de personalidad de la sanción y que entendemos que no es aplicable al art. 42.3 TRLISOS en cuanto la responsabilidad prevista en este precepto se basa en un incumplimiento propio de la empresa principal. También aboga por la responsabilidad directa de las diferentes empresas la STSJ del País Vasco de 9 de marzo de 2007 (JUR 2007/137414) que acude, no sólo a la jurisprudencia relativa a la no aplicación del régimen de solidaridad establecido en el art. 153 OGSHT (reiteramos nuestra postura contraria a la extensión de esta doctrina al régimen actual), sino también a la que delimita el tipo de responsabilidad que se derivaba del derogado art. 40 LISOS que establecía (este sí) una responsabilidad directa de la empresa principal, obviando que este último precepto fue derogado por el art. 42.2 LPRL que optó claramente por un régimen de responsabilidad solidaria. Entendemos que, desde un punto de vista normativo, no cabe duda de que la opción del legislador ha sido

No compartimos esta última afirmación de la resolución judicial ya, que aunque es cierto que para aplicar el art. 42.3 TRLISOS es necesario que existan dos infracciones con dos autores –la inobservancia por parte del contratista de alguna medida de seguridad y salud y el incumplimiento de la principal de su deber de vigilancia–, lo que se sanciona es la infracción de la contratista mediante la imposición de la multa que corresponda según la calificación y graduación de dicha infracción, sirviendo el incumplimiento de la empresa principal de la obligación prevista en el art. 24.3 LPRL²⁰⁷ de fundamento para extenderle la responsabilidad por la infracción de su contratista de manera solidaria, sin que dicha extensión suponga, como acabamos de ver, responder por actos ajenos en tanto se basa en un incumplimiento propio tal y como exige la doctrina constitucional fijada en STC 76/1990 de 26 de abril.

La responsabilidad directa de la empresa principal a la que se refiere la citada STSJ Navarra de 21 de noviembre de 2002 era posible conforme al derogado art. 40 LISOS que, en su párrafo segundo, preveía que los “empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el periodo de la vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista”. Mediante este precepto, tal y como destacó FERNÁNDEZ MARCOS²⁰⁸, a la obligación de seguridad que la empresa principal tiene respecto a sus trabajadores se le añadía un deber de seguridad respecto a los trabajadores del contratista o subcontratista, excediendo de esta forma dicho deber del ámbito de las relaciones laborales. DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA destacó el indudable sentido social de esta norma que “trata de garantizar, reforzándolo, el derecho de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas a la protección eficaz que en materia de seguridad e higiene establece el art. 19 del ET (...) atribuyendo al empresario principal el deber de cumplir con las normas de seguridad en el trabajo imponiéndole una responsabilidad”²⁰⁹. Esta responsabilidad se configura, por tanto, como una responsabilidad *directa o de primer grado*²¹⁰ del empresario principal que deberá responder por sus incumplimientos en materia de seguridad e higiene aunque éstos afecten a trabajadores de la empresa contratista.

Esta obligación del empresario principal de garantizar no sólo la responsabilidad de su propio personal sino también la de los trabajadores que la empresa contratista emplee en su centro de trabajo no suponía, desde luego, relevar al

la de establecer una responsabilidad solidaria de la empresa principal y se podrá tener una visión crítica – como nosotros mismos tenemos– frente a esta opción pero no obviarla acudiendo a una jurisprudencia relativa a un precepto derogado, como hace esta resolución judicial.

²⁰⁷ El incumplimiento de este deber de vigilancia no puede ser sancionado autónomamente en cuanto no existe un tipo infractor que tipifique dicho comportamiento empresarial pero motivará la extensión de responsabilidad a la empresa principal por las infracciones que en materia de prevención puedan cometer sus contratistas que, como vimos, necesariamente han de ser sancionados junto con la empresa principal.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Responsabilidad del empresario...”, op. cit., pág. 4.

²⁰⁹ DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L., op. cit., pág. 522.

²¹⁰ DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L., op. cit., pág. 524; FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Responsabilidad del empresario...”, op. cit., pág. 4.

contratista de cumplir las obligaciones que en materia preventiva le corresponde respecto a sus propios trabajadores²¹¹.

La doctrina jurisprudencial se pronunció en los mismos términos que la científica al caracterizar la responsabilidad prevista en el art. 40 LISOS. La STS de 10 de diciembre de 2001²¹², entiende que la citada norma establece en su párrafo segundo una responsabilidad directa del empresario principal que es compatible “con la responsabilidad en que haya podido incurrir el contratista o subcontratista del cual dependen directamente los trabajadores”²¹³. Encuentra el TS el fundamento de esta responsabilidad directa en el hecho de 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. Debe 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”, aceptándose que tal y como se declara en la sentencia impugnada, “es admisible que al lado de las concretas obligaciones que corresponde a la contratista se establezcan otras más generales para el empresario principal, pues los trabajadores de la contratista desarrollan su prestación laboral en instalaciones que no pertenecen a la empresa a la que están vinculados y la empresa contratista no va a poder cumplir con todas las obligaciones en la materia al no controlar el centro de trabajo, por lo que surge una responsabilidad que no es ni subsidiaria ni solidaria, sino directa, de primer grado, propia del empresario principal, distinta de la que corresponde al contratista, en el sentido de que no se ve sustituido por aquél en la responsabilidad derivada de las obligaciones que como empresario le incumben respecto a sus propios trabajadores”²¹⁴.

Se ha querido recordar el régimen de responsabilidades que regía al amparo de la LISOS porque, como vemos, sí era posible a tenor de dicha normativa hablar –como hace ahora respecto al art. 42.2 LPRL, a nuestro entender de manera equivocada, la STSJ Navarra de 21 de noviembre de 2002– de dos autores-responsables del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley, en cuyo caso procedía la imposición de dos sanciones, una a cada uno de los autores. En este sentido, la citada STS de 10 de diciembre de 2001²¹⁵ establecía que el “carácter directo de la responsabilidad del empresario principal en relación con la del subcontratista (...) determina que sean distintas las circunstancias con arreglo a las cuales se produce y debe valorarse el incumplimiento de uno y otro, por lo que dicha diferenciación justifica que puedan imponerse distintas sanciones sin infringir el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución”.

²¹¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Responsabilidad del empresario...”, op. cit., pág. 5.

²¹² RJ 2002/238.

²¹³ En los mismos términos ya se había pronunciado la STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001/6782).

²¹⁴ También niega esta sentencia el carácter objetivo de la responsabilidad del art. 40.II LISOS ya que al vincularse la misma a la obligación que se le impone de velar por las normas de seguridad e higiene en sus propios centros y en la actividad que le es propia, “se da por supuesto el principio de culpabilidad, en la medida en que se relaciona la responsabilidad de la empresa con requisitos demostrativos del incumplimiento negligente o intencional de dichas normas”.

²¹⁵ RJ 2002/238.

Ahora bien, este régimen de responsabilidades previsto en el art. 40 LISOS fue derogado por el art. 42.2 LPRL que, volviendo al régimen previsto por el art. 153 OGSHT, optó por imponer la responsabilidad solidaria a la empresa principal por incumplimientos de sus contratistas. Esta reforma normativa fue criticada por un sector de la doctrina por entender que el nuevo régimen establecido por la ley prevencionista implicaba un auténtico retroceso desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales en relación con el art. 40 LISOS, tanto por la mayor claridad que desde el punto de vista jurídico ofrecía este último²¹⁶, como por suponer la responsabilidad solidaria un tratamiento más benigno al empresario principal²¹⁷. Si bien, como veremos, compartimos la primera crítica, no ocurre lo mismo respecto de la segunda²¹⁸ ya que, si lo que se perseguía mediante el art. 40 LISOS era implicar al empresario principal en el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud respecto a los trabajadores de la empresa contratista en tanto que esta última “no puede cumplir todas las obligaciones en la materia, al no controlar, por no pertenecerle, el espacio físico o medio de trabajo, que debe reunir, por imperativo legal, las adecuadas condiciones de seguridad e higiene”²¹⁹, entendemos que esto se consigue en la LPRL a través de las obligaciones que el art. 24.2 del citado texto normativo impone al empresario titular del centro de trabajo para el caso de que en el mismo realicen su actividad laboral trabajadores de diferentes empresas que concurren en dicho centro y cuyo incumplimiento será constitutivo de las infracciones previstas en el art. 12.14 o 13.8 TRLISOS dependiendo del tipo de actividad en el que se produzca la infracción²²⁰. Nótese además que esta obligación surge aun cuando las empresas concurrentes no realicen obras o

²¹⁶ DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L., op. cit., pág. 534.

²¹⁷ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 121.

²¹⁸ En este sentido, FERNÁNDEZ DOCAMPO señala que no puede concluirse que el sistema punitivo instaurado por la LPRL sea más benévolo que el contenido en el art. 40 LISOS pues ha de tenerse en cuenta el conjunto de responsabilidades que se deriva de las obligaciones previstas en el art. 24 LPRL y de las infracciones que tipifican los incumplimientos de las mismas el art. 24 LPRL: FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B., “Responsabilidad administrativa del empresario principal en materia de seguridad y salud en el trabajo (Comentario a la STS, Sala 3ª, de 10 de diciembre de 2001)”, *REDT*, nº 113, 2002, págs. 748-750.

²¹⁹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., “Responsabilidad del empresario...”, op. cit., pág. 4.

²²⁰ Aunque el art. 24.2 LPRL se refiere a la obligación de informar e instruir a las empresas concurrentes acerca de los riesgos existentes en el centro de trabajo y de las medidas preventivas adoptadas para combatirlos, es claro que el cumplimiento de estas obligaciones exige que previamente se hayan evaluado los riesgos propios del centro de trabajo y se hayan adoptado las medidas preventivas oportunas por lo que la inobservancia empresarial de estas actuaciones supone necesariamente que se incumplirán las obligaciones preventivas del art. 24.2 LPRL y serán obviamente sancionables a través de los citados tipos infractores. En este sentido –y como vimos al analizar la infracción del art. 13.8.a) TRLISOS–, la STSJ de Extremadura de 8 de marzo de 2005 (JUR 2005/90294) sanciona a la empresa titular de un centro de trabajo por incumplimiento del art. 24.2 LPRL ya que “no comprobó que las labores que iba a realizar la entidad subcontratada se podían realizar de manera segura, puesto que omitió cualquier evaluación, *adopción de medida de seguridad* e información a la empresa subcontratada sobre los riesgos existentes en el interior del edificio” (el subrayado es nuestro). También deduce del art. 24.2 LPRL la obligación de la empresa titular del centro de trabajo de adoptar las medidas preventivas –sobre las que después se deberá informar a las empresas concurrentes– relativas a los riesgos propios del lugar de trabajo la STS de 3 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8893) que sanciona a la empresa titular por (entre otras infracciones) infracción de lo dispuesto en el art. 24.2 LPRL ya que, en virtud de dicho precepto, le era exigible a aquélla “el conocimiento tanto de las normas jurídicas y técnicas que *le obligaban a establecer el mecanismo automático de seguridad* y el riesgo que su omisión comportaba, como del deber de informar a las empresas que desarrollaban sus actividades en el centro de trabajo de que era titular de los riesgos y medidas de prevención y emergencia” (el subrayado es nuestro).

servicios correspondientes a la propia actividad del empresario titular del centro de trabajo por lo que esta regulación, lejos de suponer un retroceso desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, supone un claro avance en orden a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de la empresa contratista en cuanto las obligaciones preventivas de la empresa principal se imponen con independencia de que la actividad de la contratista coincida con la del empresario titular del centro de trabajo que, en todo caso, deberá velar por el cumplimiento de las medidas preventivas que afecten a riesgos propios del lugar de trabajo (relativos a instalaciones, maquinaria, productos utilizados,...), configurándose de esta forma (tal y como ocurría a través del art. 40 LISOS) como un deudor de seguridad de los trabajadores de las empresas que concurren en su centro de trabajo aunque no tenga con ellos una relación laboral.

En definitiva, a partir de la LPRL se establece un régimen de responsabilidad solidaria de la empresa principal que posteriormente es recogido en el art. 42.3 TRLISOS y que supone, como se ha dicho, que los incumplimientos en materia preventiva de los contratistas dará lugar al levantamiento de un acta de infracción en la que se impondrá la sanción correspondiente y se declarará responsable solidario a la empresa principal siempre que esta última no haya observado su deber de vigilancia, sin que dicho incumplimiento pueda motivar la sanción autónoma de esta última empresa²²¹.

Esta interpretación acerca del alcance de la responsabilidad recogida en el art. 42.3 TRLISOS es la mayoritariamente asumida por la doctrina judicial, que viene confirmando las resoluciones sancionadoras que imponen una sanción pecuniaria a la empresa contratista por infracciones en materia preventiva y declaran responsable solidario a la empresa principal²²².

Por último, destacar que el hecho de que sea ésta la interpretación que entendemos correcta del régimen de responsabilidad solidaria a tenor de lo previsto normativamente no implica que la valoremos positivamente desde un punto de vista de política preventiva, como se verá inmediatamente.

²²¹ En contra de esta interpretación, además de alguna resolución judicial aislada como las citadas en este trabajo, se muestra también un sector de la doctrina científica. Así, GARCÍA MURCIA entiende al comentar el art.42.3 TRLISOS que “la responsabilidad que las normas administrativas califican de solidaria es en realidad una responsabilidad plural que puede extenderse o generalizarse a varios sujetos, pero que recae individualmente sobre cada uno (...). Esto quiere decir que cada uno de los sujetos responsables, aun cuando estén concertados por esos vínculos de solidaridad, responderá por la integridad de la sanción económica (multa) que corresponda a esa participación (...), sin que sea posible llegar a un reparto interno de la misma, ni repetir frente a otro lo abonado en concepto de multa”: GARCÍA MURCIA, J., op. cit., pág. 198. Por su parte, DÍAZ MOLINER entiende que al empresario principal que incumple su deber de vigilancia “debe considerársele acreedor de una sanción propia, igual a la del infractor principal y directo”, existiendo responsabilidad solidaria respecto al pago de las sanciones impuestas al contratista o subcontratista cuando se cumple diligentemente con dicho deber: DÍAZ MOLINER, R., op. cit., (Vol. I), pág. 481. Por lo que se refiere a la postura de este último autor de mantener la responsabilidad solidaria de la empresa principal aun cuando ésta haya cumplido con su deber de vigilancia y, por tanto, al margen de cualquier participación en los hechos sancionados, destacar que es contraria a la interpretación que de la responsabilidad solidaria hace el TC y que hemos comentado anteriormente.

²²² Por todas, STSJ de Canarias 17 de noviembre de 2001 (JUR 2001/109727); STSJ de Andalucía de 19 de febrero de 2001 (JUR 2001/85884); STSJ Murcia de 4 de julio de 2003 (JUR 2003/234609); STSJ de Navarra de 2 de julio de 2004 (JUR 2004/275571); STSJ de Madrid de 3 de junio de 2005 (JUR 2005/166210); STSJ de Asturias de 31 de enero de 2006 (JUR 2006/100086); STSJ de Madrid de 7 de julio de 2006 (RJCA 2007/159).

En efecto, entendemos que el régimen de responsabilidad solidaria que acabamos de caracterizar presenta una serie de problemas que hace aconsejable su sustitución por un sistema en el cual cada uno de los empresarios infractores haya de responder autónomamente por sus incumplimientos. Los inconvenientes que se derivan de la aplicación de una responsabilidad solidaria en las infracciones en materia preventiva serían:

1. Esta responsabilidad solidaria no cumple adecuadamente la finalidad retributiva y preventiva que debe presidir cualquier norma sancionadora en el ámbito administrativo. Esto se debe principalmente a que como consecuencia de este régimen de responsabilidad los infractores van a tener un tratamiento más beneficioso del que se derivaría si cada uno de ellos respondiese individualmente puesto que, como acabamos de ver, el expediente administrativo sancionador incoado contra ellos dará lugar a la imposición de una única multa que puede ser repartida a través de la vía de regreso y no a una sanción de cuantía correspondiente a la suma de tantas multas como autores de la infracción. Esto es especialmente chocante en una situación de concurrencia empresarial en un mismo centro de trabajo puesto que si el legislador ha entendido que uno de los problemas para la correcta aplicación de la LPRL (que se traduce en altos índices de siniestralidad) se encuentra en las nuevas formas de organización de trabajo, especialmente aquellas que se desarrollan en el marco de la descentralización productiva (Exposición de Motivos de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales), para paliar lo cual se ha procedido a desarrollar reglamentariamente las obligaciones preventivas prevista en el art. 24 LPRL a través del RDCA, sorprende que el régimen sancionador por incumplimiento de algunas de estas obligaciones se suavice al poder “repartirse” el importe de la multa entre los infractores. Concorre además la paradoja, desde el punto de vista de la prevención de riesgos, de que cuanto mayor sea el número de empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo (lo que lógicamente agrava la situación de riesgo a que están sometidos los trabajadores de dichas empresas) menos severa será la respuesta administrativa sancionadora por los incumplimientos de las obligaciones en materia de seguridad y salud, ya que si la sanción es siempre única y el que ha abonado la multa puede reclamar la parte proporcional en vía de regreso, la cantidad que finalmente pague cada uno de los sujetos infractores dependerá del número de participantes en la infracción, siendo menor la “fracción” de multa que ha de pagar cada infractor cuanto mayor sea el número de sujetos responsables²²³.
2. La doctrina laboralista ha criticado la finalidad recaudatoria que parece orientar la opción legislativa del establecimiento de esta responsabilidad solidaria al margen de los criterios preventivo y retributivo que han de estar en la base de cualquier sanción administrativa²²⁴. Pero es que, además, y teniendo en cuenta que la alternativa a este régimen de responsabilidad no es la exoneración de la

²²³ PEMÁN GAVÍN destaca lo “paradójico de un sistema cuya sanción imponible depende de un criterio tan variable y circunstancial como el número de participantes”: PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 389.

²²⁴ PÁRAMO MONTERO, P., “Estudio sobre la responsabilidad...”, op. cit., pág. 230; LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en...*, op. cit., pág. 345; NAVARRO NIETO, F., “La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas”, *AL* (II), 2005, pág. 2150.

misma de los sujetos coinfractores sino la exigencia de responsabilidad individual a cada uno de ellos, es de destacar que, como ha puesto de manifiesto PEMÁN GAVÍN, este régimen de responsabilidad solidaria no cumple con esta finalidad recaudatoria –que teóricamente, se repite, debería ser ajena a la responsabilidad sancionadora administrativa– de una manera más efectiva que la responsabilidad independiente de cada uno de los sujetos infractores pues esta última “permite imponer tantas sanciones como responsables, frente a la única sanción de la responsabilidad solidaria. Ello hace que la efectividad de la sanción nunca pueda ser menor en la responsabilidad independiente que en la solidaria, ya que, tanto en el caso de que resulten impagadas todas las sanciones menos una, o en el supuesto de que pueda acreditarse la participación de uno solo de ellos, el grado de efectividad sería, cuando menos, idéntico al de la responsabilidad solidaria pues ésta únicamente permite cobrar una sanción”²²⁵.

3. Para que la imposición solidaria de la sanción económica fuese respetuosa con el principio de individualización de la responsabilidad de cada uno de los participantes sería necesario que, al incoar la administración laboral a todos los eventuales responsables el expediente sancionador, aclarase, a la hora de imponer la multa, el grado de participación de cada uno de los coinfractores con el objeto de delimitar la responsabilidad de cada uno de ellos, sin perjuicio de la solidaridad en el momento del cobro del importe íntegro de la sanción que la Administración podrá hacer recaer sobre uno solo de los responsables, el cual, posteriormente, podrá dirigirse al resto de coinfractores reclamando el importe de su “parte” de la sanción. Pero lo cierto es que en la práctica, y ante la dificultad de delimitar la cuota de responsabilidad de cada sujeto infractor²²⁶, la autoridad laboral en su resolución sancionadora se limita a establecer el importe de la multa y a declarar la responsabilidad solidaria en el pago de la misma sin delimitar la cuota de responsabilidad de cada una de las empresas infractoras²²⁷. De esta forma, el régimen de responsabilidad solidaria no parece respetar el principio básico del *ius puniendi* que consiste en la individualización de la responsabilidad pues no adecúa la sanción a las circunstancias personales e individuales de cada uno de los infractores.

Es por esto por lo que compartimos la crítica que, como vimos, GARCÍA DE LA BORBOLLA hace al régimen de responsabilidad solidaria en el sentido de que la responsabilidad directa es más clara y ofrece menos controversia desde el punto de vista jurídico pues esta última permitiría la incoación de distintos expedientes sancionadores correspondientes a cada uno de los sujetos infractores y la imposición de distintas sanciones en atención a los criterios de graduación que concurren en la actuación de los mismos.

Las anteriores críticas nos llevan a concluir que parece más adecuado, desde el punto de vista de la finalidad preventiva que ha de guiar la respuesta sancionadora administrativa frente a los incumplimientos empresariales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y más acorde con los principios informadores del poder punitivo del Estado el establecimiento de una responsabilidad individual, directa de cada uno de los infractores para lo cual se debería prever expresamente esta posibilidad en los tipos infractores de

²²⁵ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 401.

²²⁶ NAVARRO NIETO, F., op. cit., pág. 2155.

²²⁷ Así lo hacen las diferentes resoluciones judiciales que se citaron anteriormente y que aplican el régimen del art. 42.3 TRLISOS.

los apartados séptimo y decimocuarto del art. 13 TRLISOS y tipificar una infracción autónoma que sancionase el incumplimiento de la empresa principal de su deber de vigilancia²²⁸ de manera autónoma y compatible con la responsabilidad de la contratista por sus infracciones en materia preventiva²²⁹.

²²⁸ Proponen la sustitución de la responsabilidad solidaria del art. 42.3 TRLISOS por una responsabilidad directa de la empresa principal compatible con la propia de la empresa contratista en pos de conseguir con mayor eficacia la finalidad punitiva y preventiva: LLANO SÁNCHEZ, M., *La responsabilidad en...*, op. cit, pág. 346; NAVARRO NIETO, F., op. cit., pág. 2156.

²²⁹ Recuérdese que de la interpretación que hicimos en la I Parte de este trabajo acerca de la infracción recogida en el segundo párrafo del art. 13.8 TRLISOS se derivaba precisamente este régimen de responsabilidad directa para la empresa contratista (principal) por incumplimiento de su deber de vigilancia en un sector tan relevante a efectos de siniestralidad laboral como es el de las obras de construcción en las que sea preceptiva la presencia de los recursos preventivos del contratista. También se introduce, como vimos, este régimen de responsabilidad directa en las infracciones de los apartados 15 y 16 del art. 13 TRLISOS aplicables en el sector de la construcción. Se trataría de extender este régimen específico a todas las actividades empresariales.

CAPÍTULO II: OTRAS MODALIDADES DE SANCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

La imposición de una multa administrativa no es la única respuesta que el ordenamiento jurídico prevé como reacción sancionadora frente a los incumplimientos empresariales en materia preventiva. Como señala PEMÁN GAVÍN, refiriéndose al Derecho Administrativo Sancionador en general, el ordenamiento recoge muy variadas medidas en función del contenido del sector de la realidad social que regula, de forma que, aunque la multa configura el eje sobre el que gira el sistema sancionador, cada sector contempla medidas sancionadoras alternativas o conjuntas de muy diversa índole²³⁰.

En el concreto sector de la prevención de riesgos laborales, estas medidas sancionadoras distintas de la multa se concretan en la publicidad de las sanciones (art. 40.2 TRLISOS), la suspensión o cierre del centro de trabajo (art. 53 LPRL) y limitaciones a la facultad de contratar con la Administración (art. 54 LPRL). La última de estas medidas es aplicable al conjunto de infracciones muy graves que se pueden producir en el Orden social pero las dos primeras constituyen respuestas sancionadoras que el ordenamiento prevé exclusivamente frente a las infracciones muy graves del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, no siendo de aplicación respecto a otras clases de ilícitos administrativos propios del Orden social ni a las infracciones leves o graves en materia preventiva.

Analicemos a continuación brevemente cada una de estas medidas, a las que la doctrina se refiere, por contraposición a la multa como respuesta típica (por común, no por estar recogida expresamente en el ordenamiento jurídico –también lo están las medidas que ahora examinamos–) frente a los ilícitos, como “sanciones atípicas”²³¹ o “especiales”²³².

II. PUBLICIDAD DE LAS SANCIONES.

Establece el art. 40.2 TRLISOS que las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, una vez firmes, se harán públicas en la forma que se determine reglamentariamente.

Nos encontramos ante una sanción administrativa atípica que cumple con su finalidad retributiva, al añadir a la sanción económica ordinaria de las infracciones muy graves “el estigma social que la publicación conlleva para el sujeto infractor, con evidentes fines de ejemplaridad”²³³, y con la preventiva al tener por objeto el “estimular y favorecer el cumplimiento de los deberes de protección empresarial”²³⁴.

²³⁰ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 44.

²³¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 240; GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones...*, op. cit., pág. 158.

²³² TOLOSA TRIBIÑO, C., en *Comentarios...*, op. cit., pág. 405.

²³³ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 240. Que la publicación de las sanciones responde a razones de ejemplaridad es recogido expresamente por alguna norma sectorial que regula esta consecuencia sancionadora: *vid.* art. 11 RD 1945/1983, de 22 de junio, de infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor.

²³⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 327. Respecto a la finalidad preventiva de la publicación de las sanciones, destacan GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR que “el miedo a una mala fama puede ser en ocasiones mejor acicate de conductas ejemplares que el que puede producir la sanción económica

Esta medida, que ya aparecía prevista en el art. 49.5 LPRL, no ha podido aplicarse hasta la entrada en vigor del RD 507/2007, de 4 de mayo, por falta del imprescindible desarrollo reglamentario. Esta norma establece por fin las formalidades necesarias para la publicación de las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, siendo de destacar los siguientes aspectos:

1. El procedimiento para aplicar esta medida se iniciará de oficio mediante propuesta contenida en el acta de infracción de la Inspección de Trabajo (art. 2.1 RD 597/2007). Como vemos, se trata de una previsión que no hace sino concretar para esta específica medida lo que con carácter general se prevé en el art. 14.1.e) RSP²³⁵ respecto a la generalidad de sanciones accesorias.
2. La autoridad laboral deberá pronunciarse expresamente acerca de la procedencia de esta sanción accesoria pues en la resolución sancionadora que impone la sanción principal –multa–, deberá hacerse constar que dicha sanción será hecho pública en la forma prevista en la norma reglamentaria (art. 2.1 RD 597/2007).
3. El órgano competente para ordenar finalmente la publicación será el que dictó la primera resolución sancionadora o, en su defecto, el que determine la Comunidad Autónoma (art. 2.2 RD 597/2007).
4. Respecto al medio a través del cuál se hará pública la imposición de la sanción, se prevé que sea el Boletín Oficial del Estado o de la Comunidad Autónoma (art. 2.2 RD 597/2007). No obstante, el órgano que ordena que la sanción se haga pública puede utilizar además “otros medios públicos distintos” (art. 2.3 RD 597/2007).
5. Respecto al contenido de la publicación, el art. 3 RD 597/2007 prevé que ésta incluirá, al menos, los siguientes datos: nombre o razón social de la empresa sancionada; sector de actividad a que se dedica; número de Documento Nacional de Identidad de las personas físicas o Código de Identificación Fiscal de las personas jurídicas; domicilio social; infracción cometida; sanción económica impuesta, incluyendo la cuantía de la misma, así como las demás sanciones impuestas con carácter principal o accesorio, si las hubiera²³⁶; fecha de extensión del acta de infracción; fecha en la que la sanción adquiere firmeza.

desnuda y más o menos desapercibida”: GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 303.

²³⁵ Según este precepto, en las actas de infracción de la Inspección de Trabajo, deberá incluirse “expresamente la propuesta de las sanciones accesorias que procedan como vinculadas a la sanción principal”.

²³⁶ Respecto a este último dato que debe contener la publicación, es claro que junto a la multa se pueden imponer en la resolución sancionadora sanciones accesorias como la suspensión de actividades de las empresas de trabajo temporal (art. 41.3 TRLISOS) o la cancelación de la acreditación otorgada por la autoridad laboral a las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas o que desarrollan o certifican la formación en materia de prevención de riesgos laborales (art. 40.2 TRLISOS); ahora bien, la imposición junto a la multa de otra sanción principal (que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales puede ser únicamente la medida prevista en el art. 53 LPRL) a la que hace referencia la norma reglamentaria no sería posible en ningún caso puesto que vulneraría el principio *non bis in idem*.

6. La publicación de la sanción se realizará en un plazo no superior a tres meses a contar desde la fecha de adquisición de firmeza del acto (art. 2.2 RD 597/2007). Ahora bien, el desarrollo reglamentario no ha aclarado un aspecto que suscitaba dudas interpretativas y que es el relativo a si la firmeza de la sanción a la que se refiere el art. 40.2 TRLISOS como presupuesto de aplicación de la sanción accesoria de publicación debe entenderse en la vía administrativa o jurisdiccional. De la regulación contenida en el RD 597/2007 no se deduce claramente que se opte por una u otra opción, decantándonos por la firmeza en vía administrativa pues este es el criterio seguido para aplicar la figura de la reincidencia que, como vimos, exige igualmente como presupuesto la firmeza de la sanción. En todo caso, hubiese sido conveniente que el desarrollo reglamentario se hubiese pronunciado con la claridad que lo hace alguna otra normativa sectorial²³⁷.

III. SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES O CIERRE DEL CENTRO DE TRABAJO.

Dentro del Capítulo VII de la LPRL, dedicado a la regulación del régimen de responsabilidades y sanciones en materia preventiva, el art. 53 establece que el “Gobierno o, en su caso, los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, podrán acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía”.

Nos encontramos ante una medida administrativa que ya aparecía prevista como respuesta a las infracciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales en el art. 59.4 ET, pasando posteriormente a recogerse en el art. 39 LISOS y, finalmente, en el art. 53 LPRL que regula esta figura en los mismos términos que sus precedentes normativos pero incluyendo, entre los sujetos facultados para adoptar la suspensión o cierre, junto al Gobierno, a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas, adelantándose de esta forma a la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 LISOS contenida en la STC 195/1996, de 28 de noviembre²³⁸.

La regulación contenida en el art. 53 LPRL presenta la importante duda interpretativa de cómo concretar el presupuesto de hecho de la norma, esto es, de fijar qué debe entenderse por “circunstancias de extrema gravedad” y “caso extremo”. Como destaca la citada STC 195/1996, de 28 de noviembre, el Estado no ha regulado con detalle estos supuestos de suspensión y cierre sino que ha contemplado de manera genérica los motivos de las mismas por lo que no aparece limitada normativamente la discrecionalidad de las autoridades laborales a la hora de apreciar la concurrencia de estos conceptos jurídicos indeterminados.

²³⁷ Cuestión distinta es que en esta determinación expresa encontremos soluciones diferentes. Así, mientras que, al regular este presupuesto de la publicación, el art. 11 RD 1945/1983, de 22 de junio de infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor se refiere expresamente a la firmeza de la sanción “en vía administrativa”, el art. 32.1 Ley 16/2002, de 1 de julio de prevención y control integrados de la contaminación, opta por exigir la firmeza en vía jurisdiccional.

²³⁸ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coords.), op. cit., pág. 416.

La doctrina científica ha señalado que debemos entender que estas situaciones que constituyen el presupuesto de hecho de la norma que estamos comentando son casos extremos, de auténtica resistencia al cumplimiento de la Ley en los que la aplicación de las medidas sancionadora típicas –multas administrativas–, se han revelado ineficaces para corregir la gravísima conducta infractora del empresario, que con su reiterada actitud pone en peligro grave e inminente la vida y salud de los trabajadores²³⁹.

Por tanto, los incumplimientos empresariales, que pueden tenerse en cuenta por la autoridad laboral para integrar el supuesto de hecho del art. 53 LPRL, son aquellos que son constitutivos de las infracciones muy graves recogidas en el art. 13 TRLISOS de las que se derive un riesgo grave e inminente. La mayor gravedad que han de revestir estos ilícitos para poder adoptar la suspensión o cierre, puede venir determinada porque los incumplimientos se produzcan de manera masiva de forma que no se consiga en la empresa los más elementales niveles de seguridad²⁴⁰, se reiteren continuamente o se persista en graves incumplimientos²⁴¹ que ponen en peligro la integridad física de los trabajadores.

Parece que ante estas situaciones de “extrema gravedad” lo que procedería sería la suspensión de las actividades, para la cual, y a diferencia de otras normas sectoriales²⁴², el art. 53 LPRL no prevé una duración máxima. En el supuesto de que una vez reanudadas las actividades tras la suspensión, el empresario incurriese de nuevo en las circunstancias descritas, nos encontraríamos en un “caso extremo” que motivaría no la suspensión sino el cierre que supondría la cesación definitiva de la actividad empresarial.

En cuanto al procedimiento para la adopción de estas medidas, el art. 26 RPS prevé que, cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 53 LPRL, “el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social lo pondrá en conocimiento del órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma o de la Administración del Estado si no se hubiere transferido la competencia y, en su caso, de la autoridad central de la Inspección, al objeto de que se someta la suspensión temporal o el cierre del establecimiento a la aprobación del Gobierno o del órgano competente de la Comunidad Autónoma”.

Por último, destacar que la decisión administrativa de suspensión o cierre no perjudicará los derechos salariales o indemnizatorios de los trabajadores (último inciso del art. 53 LPRL).

²³⁹ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 246.

²⁴⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 309.

²⁴¹ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F. (Coords.), op. cit., pág. 422.

²⁴² El art. 36 Ley 21/1992, de Industria, establece en su apartado primero que en “los supuestos de infracciones muy graves, podrá también acordarse la suspensión de la actividad o el cierre del establecimiento por un plazo máximo de 5 años”. Nótese que en este ámbito tanto la suspensión como el cierre tienen una duración temporal a diferencia de los previsto en el art. 53 LPRL que regula el cierre como una situación definitiva tal y como se deduce de la referencia al derecho de los trabajadores al percibo de las indemnizaciones. También el art. 36 de la Ley 14/1986, de Sanidad prevé para las infracciones muy graves el posible cierre temporal del establecimiento por un plazo máximo de 5 años.

IV. LIMITACIONES A LA FACULTAD DE CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN.

Siguiendo con lo que hemos denominado como “sanciones atípicas”, el art. 54 LPRL establece que las “limitaciones a la facultad de contratar con la Administración por la comisión de delitos o por infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, se regirán por lo establecido en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Como vemos, la introducción del art. 54 en la LPRL se hace a efectos meramente sistemáticos²⁴³ pues no entra a regular estas respuestas administrativas frente a incumplimientos empresariales de la normativa de seguridad e higiene, sino que se limita a remitirse a la regulación específica sobre contratos con la Administración Pública.

Respecto a estos supuestos de inhabilitación para contratar con la Administración Pública interesa destacar las siguientes cuestiones:

1. La remisión realizada por el art. 54 de la ley prevencionista hay que entenderla referida en la actualidad al LCSP, que ha venido a derogar al RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, que aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
2. Las limitaciones a la facultad de contratar a las que se refiere la LPRL se concretan en la LCSP en una “prohibición de contratar” con la Administración (art. 49.1.a) y c) LCSP). Estas limitaciones obedecerían a que el empresario, en quien concurre alguna de las circunstancias descritas en el art. 49 LCSP, no reúne la “solvencia moral” o el “requisito de honorabilidad” que es exigible para poder contratar con la Administración, la cual, a través de este régimen de limitaciones, se niega de alguna manera a contratar con quienes no cumplen sus más elementales obligaciones en determinados campos, entre los que se encuentra la materia de prevención de riesgos laborales²⁴⁴.
3. Las prohibiciones para contratar operan por inobservancia de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, siempre que, exista sentencia firme por el delito contra la seguridad de los trabajadores tipificado en el art. 316 CP – el art. 49.1.a) LCSP se refiere a los “delitos contra los derechos de los trabajadores”, entre los que se incluye el delito recogido en el citado art. 316 CP–, o la empresa haya sido sancionada con carácter firme por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales (art. 49.1.c) LCSP).

Por lo que se refiere al delito contra la seguridad en el trabajo, es claro que al tratarse de un delito especial, el sujeto activo del mismo sólo puede ser la empresa pero, como habremos de ver más adelante, en el supuesto de empresa-persona jurídica, la condena recaerá sobre los administradores o encargados del servicio responsables de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales (art. 318 CP). La LCSP tiene en cuenta este dato y para extender la

²⁴³ CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., op. cit., pág. 432.

²⁴⁴ DÍAZ MOLINER, R., op. cit., (Vol. II), pág. 651; TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 407.

prohibición a la empresa para la que trabaja la persona física condenada establece que aquélla alcanza a las personas jurídicas “en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo” (art. 49.1.a) LCSP).

Respecto a las infracciones administrativas muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, destacar que la firmeza de la sanción impuesta que es necesaria para la aplicación de la prohibición ha de entenderse referida a la vía jurisdiccional según Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Resolución de 19 de abril de 2002).

4. Respecto a la aplicación de estas prohibiciones, el régimen es distinto en función de la causa de la que deriva. Según el art. 50.1 LCSP, si la prohibición de contratar es una consecuencia de la imposición de la pena por comisión del delito del art. 316 CP, aquélla podrá ser apreciada directamente por los órganos de contratación. Respecto a su alcance y duración, la LCSP prevé la posibilidad de que la sentencia se pronuncie sobre estas cuestiones, en cuyo caso, la prohibición subsistirá durante el plazo señalado en la sentencia. En el supuesto de que la sentencia condenatoria no contenga pronunciamiento sobre la prohibición de contratar, el alcance y duración deberá determinarse mediante el procedimiento instruido de conformidad con lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del art. 50 LCSP.

En el supuesto de que la prohibición tenga como causa una sanción administrativa firme por alguna de las infracciones recogidas en el art. 13 TRLISOS, la apreciación de su concurrencia requerirá la previa declaración de su existencia mediante el procedimiento dispuesto en los apartados segundo y tercero del art. 50 LCSP (art. 50.1 LCSP).

La competencia, tanto para fijar la duración y alcance de la prohibición en el caso de que la limitación a la contratación tenga por causa la condena por el delito contra la seguridad en el trabajo (y la sentencia no se haya pronunciado sobre estos extremos), como para declarar la prohibición de contratar en los supuestos contemplados en las letras c) del art. 50.1 LCSP, “corresponderá al Ministro de Hacienda, que dictará resolución a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado” (art. 50.3 LCSP).

Las prohibiciones así declaradas revestirán carácter general para todas las Administraciones Públicas, de forma que impedirán “contratar con cualquier órgano de contratación” (art. 50.3 LCSP).

Centrándonos en la prohibición de contratar como consecuencia de la sanción por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, es de destacar que, como hemos visto, no será posible su apreciación automática por los órganos de contratación sino que requerirá su previa declaración²⁴⁵ y que ésta no es competencia de la autoridad laboral sancionadora sino del Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

²⁴⁵ El procedimiento de declaración no podrá iniciarse si han transcurrido más de tres años desde la firmeza de la resolución sancionadora (art. 50.2 LCSP).

En relación a este expediente para la apreciación de la prohibición de contratar de la letra *c*) del art. 49.1 LCSP, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 50. 5 de la propia Ley, según el cual, las autoridades y órganos competentes notificarán a esta Junta y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, las sanciones y resoluciones firmes recaídas en los procedimientos sancionadores²⁴⁶.

5. Respecto al alcance temporal de la prohibición para contratar, el art. 50.2 LCSP fija una duración máxima de 8 años para el supuesto de que esta limitación tenga por causa la existencia de condena mediante sentencia firme y de 5 años para el caso de que la causa sea la sanción firme por infracción administrativa muy grave.

²⁴⁶ En este sentido, cabe recordar que el art. 19.1.III RD 1098/2001, que desarrolla el RDLeg. 2/2000, establece que las autoridades y órganos competentes que acuerden sanciones o resoluciones firmes (en el caso de las infracciones muy graves en materia preventiva, la autoridad laboral correspondiente o la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el caso de que la sanción se haya recurrido en esta vía), “remitirán a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa las actuaciones seguidas mediante la tramitación del correspondiente expediente, en el que se cumplirá el trámite de audiencia, acompañando informe sobre las circunstancias concurrentes, a efectos de que por aquélla se pueda apreciar el alcance y la duración de la prohibición de contratar que ha de proponer al Ministro de Hacienda”.

Lo dispuesto en este precepto reglamentario fue interpretado por el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Resolución de 19 de abril de 2002) en el sentido de que la declaración de la prohibición de contratar por la causa prevista en el art. 20.d) RDLeg. 2/2000 (actual art. 49.1.c) LCSP), “requiere un expediente previo, a instruir por las autoridades u órganos que acuerden sanciones o resoluciones firmes, en el que se cumpla el trámite de audiencia, obviamente sobre la procedencia de la prohibición de contratar, no sobre la sanción ya impuesta, y el informe sobre las circunstancias concurrentes para que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su propuesta, y el Ministro de Hacienda, en su resolución, puedan apreciar el dolo o mala fe y la entidad del daño causado a los intereses públicos, circunstancias que han de determinar, según el art. 21.2 de la Ley, el alcance y duración de la prohibición de contratar”. Asimismo, recuerda este Acuerdo que, siguiendo el criterio de la Junta Consultiva expuesto en su informe de 17 de marzo de 1999 (expediente 6/99), “son las autoridades y órganos que acuerden sanciones o resoluciones firmes los que deben decidir si procede elevar las actuaciones a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para la posterior resolución del expediente por el Ministro de Hacienda o, por el contrario, que no procede la remisión del expediente, todo ello a la vista de las circunstancias concurrentes”.

CAPÍTULO III: EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LAS INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

I. INTRODUCCIÓN.

Simplificadamente puede decirse que el principio *non bis in idem* implica que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho²⁴⁷ por lo que la situación que da origen a la aplicación de este principio deriva de la intensa tutela que reciben ciertos bienes e intereses²⁴⁸ y que se traduce en una doble tipificación sancionadora de determinadas conductas vulneradoras de aquéllos.

Entre dichos bienes se encuentra la seguridad y salud en el trabajo que es objeto tanto de una tutela administrativa como penal. Los incumplimientos empresariales en materia de prevención de riesgos laborales son constitutivos de infracciones administrativas y pueden, por tanto, ser objeto de sanción administrativa pero, además, dichos incumplimientos pueden ser en los supuestos más graves –cuando de los mismos se deriva un peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores– merecedores de un reproche penal toda vez que el art. 316 CP tipifica un delito contra la seguridad y salud en el trabajo.

En virtud del principio de intervención mínima que ha de informar la normativa penal podría pensarse, tal y como destaca el profesor REY GUANTER, “que las posibilidades de concurrencia entre Derecho administrativo y Derecho penal tendrían que ser mínimas en base precisamente al hecho de que sólo el segundo contemplaría las lesiones más importantes respecto a los bienes jurídicos más trascendentales, de forma que ambos ámbitos sancionadores estarían perfectamente delimitados y sin posibilidades de concurrencia”²⁴⁹. Sin embargo, la realidad normativa nos muestra que en nuestro ordenamiento existen supuestos de ilícitos que se configuran simultáneamente como tachados de ilicitud penal y administrativa, dándose por lo tanto una “tipificación concurrente, penal y administrativa, de un ilícito”²⁵⁰.

Este problema de superposición se presenta de manera relevante en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, pues algunas de las infracciones muy graves que hemos analizado en este trabajo (en concreto, las infracciones de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores) coinciden con el tipo penal del art. 316 CP por lo que una conducta empresarial incumplidora de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales puede ser a la vez constitutiva de ilícito administrativo y penal lo que tendrá importantes consecuencias a la hora de sancionar estas conductas empresariales ya que, en virtud del principio *non bis in idem*, la

²⁴⁷ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 469.

²⁴⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios...*, op. cit., pág. 72.

²⁴⁹ REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 138.

²⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 267. A este respecto hay que recordar que, como destaca el profesor REY GUANTER, lo que el principio *non bis in idem* está vedando “es que un mismo hecho sea doblemente sancionado, no que sea doblemente tipificado”: REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 125.

responsabilidad penal y la administrativa son incompatibles siempre que se de la identidad de sujeto, hecho y fundamento y la prevalencia que, como veremos a continuación, tiene la Jurisdicción penal frente al poder sancionador de la Administración provocará la no aplicación de las infracciones y sanciones administrativas.

Por tanto, cuando una conducta empresarial sea subsumible tanto en un tipo infractor de los recogidos en el art. 13 TRLISOS como en el tipo penal del art. 316 CP, la aplicación del principio *non bis in idem* supondrá la exclusión del régimen sancionador administrativo.

Por otra parte, el principio que estamos comentando no supone sólo la interdicción de una doble sanción, penal y administrativa, en virtud de unos mismos hechos sino que también se aplica cuando la doble sanción procede del orden administrativo, esto es, se prohíbe la doble sanción administrativa de unos mismos hechos, lo que en el ámbito de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales puede generar ciertas dudas en relación a la agravación de la responsabilidad por aplicación de la figura de la “persistencia continuada en la infracción” y a la imposición conjunta de la sanción pecuniaria y de alguna de las sanciones atípicas que se analizaron en el capítulo anterior.

Como vemos, la repercusión que este principio informador del *ius puniendi* del Estado tiene sobre el régimen sancionador administrativo de las conductas empresariales subsumibles en algunos de los apartados del art. 13 TRLISOS es trascendental en tanto supone o bien su no aplicación o bien su modalización. A continuación analizaremos en primer lugar cómo se produce el reconocimiento de este principio en el Orden laboral para después examinar la problemática que presenta este principio al sancionar administrativamente las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y terminar con el estudio de la virtualidad del *non bis in idem* cuando la conducta empresarial es constitutiva del delito del art. 316 CP.

II. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN EL ORDEN LABORAL.

1. Reconocimiento constitucional del *non bis in idem*.

Destaca la doctrina que la constitucionalización del *non bis in idem* no ha sido obra de las Cortes Constituyentes sino del Tribunal Constitucional²⁵¹ ya que es claro que este principio no aparece recogido expresamente en la norma constitucional, habiendo sido el TC el que, fundamentalmente a través de sus sentencias de 26 de enero de 1981 (STC 2/1981) y 3 de octubre de 1983 (STC 77/1983), ha delimitado jurídicamente los elementos esenciales del principio que analizamos²⁵².

Aunque en el Anteproyecto de la Constitución se proclamaba en el art. 9 de forma expresa este principio al establecerse la «exclusión de la doble sanción por los mismos hechos», posteriormente se aceptó la propuesta de trasladar este texto al art. 25 por lo que “se eliminó el principio en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso mas, olvidándose de la Propuesta y del Acuerdo de la Ponencia, ya no reapareció ni en el artículo 25 ni en ningún otro”²⁵³.

²⁵¹ NIETO GARCÍA, A., op. cit. pág. 482.

²⁵² REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 138.

²⁵³ NIETO GARCÍA, A., op. cit. pág. 482.

El TC, en su sentencia de 26 de enero de 1981, se hace eco de estos trámites parlamentarios para establecer la fundamentación constitucional de este principio y establecer que si bien el principio *non bis in idem* “no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución (...) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución”.

El principio que estamos analizando presenta una vertiente material y otra procedimental. Desde un punto de vista sustantivo el “principio general del derecho”²⁵⁴ conocido por *non bis in idem* supone (...) que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento...” (STC 2/1981 de 26 de enero de 1981). Acabamos de ver como la jurisprudencia constitucional fundamenta la vertiente material de la interdicción de *bis in idem* en los principios de legalidad y tipicidad del art. 25 CE. Sin embargo, como destaca REY GUANTER, parece difícil basar directamente en estos principios la imposibilidad de sancionar doblemente un hecho, ya que nada impide que el mismo “esté perfectamente delimitado y sancionado –principio de tipicidad– en una norma de rango legal –principio de legalidad–, pero que ello se haya realizado tanto en el ordenamiento administrativo como penal”²⁵⁵. Por tanto, parece más adecuado “hacer residir de una forma más inmediata la base del *non bis in idem* en el principio de proporcionalidad, aunque mediatamente, y en base a la misma fundamentación de este principio, se relacione con el de legalidad”²⁵⁶. Para explicar la vulneración que del principio de proporcionalidad se produce con el *bis in idem*, el citado autor, partiendo de que la aplicación de una determinada sanción a una específica infracción ha agotado la reacción punitiva del Derecho, en tanto que, por definición, dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con dicha infracción, entiende que “aplicar una nueva sanción, en el mismo orden punitivo o en otros distintos, representaría la ruptura de esa consonancia, una «sobre-reacción» del Ordenamiento jurídico, que está infligiendo a un sujeto un «mal» sobre sus bienes mayor o descompensado con respecto al incumplimiento que ha desarrollado del mandato jurídico”²⁵⁷.

Esta conexión del *non bis in idem* con los principios de legalidad y proporcionalidad aparece recogida en la STC 2/2003, de 16 de enero, cuando establece que la “garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador (...) tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente”²⁵⁸.

²⁵⁴ Además de como principio general del derecho, el principio *non bis in idem* desde una perspectiva sustancial también se configura como “un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de sancionarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado” (STC 177/1999, de 11 de octubre).

²⁵⁵ REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 122.

²⁵⁶ REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 123.

²⁵⁷ REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 124.

²⁵⁸ Destaca NIETO que este modo de razonar recuerda un ingenioso argumento habitual en la doctrina francesa: el *bis in idem* viola el principio de legalidad de las sanciones en cuanto que pone en marcha una

En su vertiente procedimental, el principio *non bis in idem* va a suponer la interdicción de un doble enjuiciamiento simultáneo en referencia a unos mismos hechos partiendo del axioma de la preferencia o prevalencia del orden jurisdiccional penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora cuando los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa sino también de delito o falta²⁵⁹. Esta prioridad del proceso penal sobre las actuaciones administrativas se basa, según la STC 77/1983, de 3 de octubre, en que uno de los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art.25.1 CE es la necesaria subordinación de los actos de la Administración a la autoridad judicial y se traducirá en “la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en lo que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ello” y en la necesidad de que la Administración respete en todo caso, “cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico” que hayan realizado los Tribunales. De esta forma, sigue diciendo la sentencia, el principio *non bis in idem* conduce a la “imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”.

De esta forma, la vertiente procedimental del *non bis in idem* contribuye a la consecución del aspecto material del mismo, pues al dar prioridad al proceso penal sobre las actuaciones administrativas va a evitar que se produzcan dos sanciones, impidiendo, a su vez, que distintos órganos públicos puedan apreciar de manera diferente unos mismos hechos ya que, dictada la resolución judicial, y en el caso de que las actuaciones administrativas se reinicien, la Administración deberá respetar la apreciación fáctica de la Jurisdicción penal. Por tanto, tal y como se dice en la STC 177/1999, de 11 de octubre, “la articulación procedimental del *ne bis in idem*, (...), se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan eventualmente pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos –penal y administrativo sancionador– atribuidos a autoridades de diverso orden”.

Esta preferencia procedimental de la jurisdicción penal se debe a la consideración de ésta como sede punitiva por excelencia, de forma que la potestad administrativa para sancionar es considerada como «axilar» de la de carácter jurisdiccional, preeminencia que viene dada según la doctrina científica²⁶⁰ y la jurisprudencia constitucional²⁶¹ por la

tercera sanción –formada por la *suma* de las dos anteriores– no prevista en la norma: NIETO GARCÍA, A., op. cit. pág. 473.

²⁵⁹ NIETO GARCÍA, A., op. cit. pág. 486.

²⁶⁰ REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 121. También GARCÍA BLASCO justifica la preferencia de la sanción penal en la mayor efectividad garantista del proceso penal en cuanto a la comprobación de los hechos y defensa del sujeto responsable: GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones...*, op. cit., pág. 197.

NIETO GARCÍA ha criticado duramente estas razones justificativas de la prevalencia jurisdiccional. Entiende que la justificación de ésta en base a que los Tribunales tienen en todo caso una posición

existencia en la primera de una serie de garantías, tanto personales –independencia– como procedimentales –defensa, pruebas, etc.– que no se dan, o que dan en un grado menor, en la segunda.

2. La recepción del principio *non bis in idem* en el Orden social.

La recepción normativa de este principio informador del *ius puniendi* del Estado en el Orden social se produce con el art. 3 LISOS. Con anterioridad, tanto en el plano jurídico-positivo como en el de aplicación judicial se venía produciendo una negación de este principio al permitir la concurrencia de sanciones por unos mismos hechos.

Así, en el concreto ámbito de la seguridad e higiene, el art. 155 OGSHT²⁶², bajo el indicativo título de “Compatibilidad de responsabilidades”, negaba el principio que estamos tratando al afirmar que, salvo precepto legal en contrario, “las responsabilidades que exijan las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la Jurisdicción laboral, por incumplimiento de disposiciones que rijan en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, serán independientes y compatibles con cualesquiera otras de índole civil, penal o administrativa, cuya determinación corresponda a otras jurisdicciones o a otros órganos de la Administración pública”. El desconocimiento del *non bis in idem* no se limitaba a su vertiente sustantiva sino que se extendía a la procedimental cuando el citado precepto establecía que las “actuaciones que inicien y tramiten los órganos judiciales y administrativos no laborales que tengan por causa el incumplimiento de dichas disposiciones no suspenderá en ningún caso, la acción preventiva, investigadora y punitiva correspondiente al Ministerio de Trabajo”, permitiéndose de esta forma la simultaneidad de procedimientos sancionadores.

La vigencia de esta regulación jurídico-positiva no planteó dudas a la jurisprudencia, a pesar de la doctrina constitucional acerca del *non bis in idem* que acabamos de comentar. Así, la STS de 28 de febrero de 1983²⁶³ mantiene que la responsabilidad administrativa derivada de infracciones en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo es exigible con autonomía respecto a las responsabilidades civiles y penales y la STS de 7 de mayo de 1984²⁶⁴ mantiene el mismo criterio citando expresamente el art. 155 OGSHT.

prevalente institucional sobre los órganos de la Administración carece de razón de ser cuando la sanción administrativa ha sido revisada por un Tribunal contencioso-administrativo y que la creencia de que el procedimiento penal es el que mejor garantiza los derechos de defensa del acusado es “un prejuicio que carece por completo en la actualidad de razón de ser, dado que los tribunales contencioso-administrativos ofrecen las mismas garantías de independencia institucional y de defensa de los ciudadanos”: NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 473.

²⁶¹ La STC 2/2003, de 16 de enero, destaca que la preferencia del proceso penal respecto a la actuación administrativa sancionadora se debe a que en el proceso penal “rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que repercuten en el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo (por todas, SSTC 18/1981, de 8 de junio FJ 2; 7/1998, de 13 de enero, FJ 5; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3)”.

²⁶² Un comentario de los antecedentes normativos de este precepto que en materia de seguridad e higiene contemplaban la posibilidad de sancionar doblemente una misma infracción en REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., págs. 213-216.

²⁶³ RJ 1983/953.

²⁶⁴ RJ 1984/2864.

No obstante, es de destacar que el cambio de criterio, respecto a la aplicación del principio que estamos comentando en el Orden social, se produce en sede jurisprudencial con anterioridad a la recepción normativa del mismo en el art. 3 LISOS. Será la STS de 22 de mayo de 1986²⁶⁵ la que, basándose en la doctrina constitucional sobre el *principio non bis in idem*, anule una resolución administrativa sancionadora por vulneración de este principio ya que sobre un solo y único hecho se había impuesto de manera concurrente una sanción penal y otra administrativa. La citada resolución entiende que no es suficiente para mantener la doble sanción el contenido del art. 155 OGSHT pues éste “debe reputarse decaído en su vigencia y aplicabilidad, por su enfrentamiento con el artículo 25 de la Constitución”. Como afirma el profesor REY GUANTER, con “este cambio jurisprudencial y, sobre todo, con la entrada en vigor del art. 3 de la LISOS, se puede pensar que estamos ante un giro radical y trascendental en el Derecho sancionador de la seguridad e higiene en el trabajo”²⁶⁶.

El art. 3 LISOS²⁶⁷, que, por su ubicación sistemática (dentro del Capítulo I de la LISOS, “Disposiciones Generales”), resulta aplicable a todos los ámbitos regulados por esta Ley incluido, por tanto, el de la seguridad e higiene, supuso la primera consagración expresa del principio *non bis in idem* en la normativa laboral, si bien es cierto que, por lo que refiere a la vertiente material del principio, el reconocimiento del mismo se producía “de una forma un tanto indirecta o implícita, aunque no por ello menos clara”²⁶⁸. Lo cierto es que, bajo el título de “Concurrencia con el orden jurisdiccional penal”, lo que esta disposición hacía era ordenar procedimentalmente “el supuesto exactamente contrario al del *non bis in idem*, esto es, cuando no existe condena penal y sí puede existir sanción administrativa”²⁶⁹. Desde una perspectiva sustancial, no se recogía expresamente el principio, no se mencionaba la necesidad de que existiese una triple identidad (de hechos, sujeto y fundamento) para que fuese aplicable el mismo y no se hacía referencia a la aplicación del principio en el ámbito exclusivo de las responsabilidades administrativas limitándose a regular la relación entre el orden sancionador administrativo y penal.

Por lo que se refiere al concreto ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, la LPRL iba a recoger de una manera mucho más clara el aspecto sustantivo del principio *non bis in idem* al establecer en su art. 42.4 la imposibilidad de sancionar los hechos “que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”, remitiéndose para los casos en que exista concurrencia con el orden jurisdiccional penal al régimen procedimental regulado en el art. 3 LISOS.

²⁶⁵ RJ 1986/2396.

²⁶⁶ REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 367.

²⁶⁷ Establecía este precepto lo siguiente: “1. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento; 2. De no haberse estimado la existencia de delito la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerados probados; 3. En todo caso deberán cumplirse de modo inmediato las medidas administrativas adoptadas para salvaguardar la seguridad e higiene de riesgo inminente”.

²⁶⁸ REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 239, quien señala que el principio *non bis in idem* en su vertiente material “se encuentra tácitamente contenido en el tránsito del apartado 1 al apartado 2” del art. 3 LISOS.

²⁶⁹ REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 239.

Posteriormente tanto el art. 3 LISOS como el art. 42.4 LPRL serían derogados por el TRLISOS, cuyo art. 3 (intitulado “Concurrencia con el orden jurisdiccional penal”) recoge en la actualidad la aplicación del principio *non bis in idem* en el ámbito sancionador laboral.

La vertiente material del principio aparece recogida en el apartado primero del art. 3 TRLISOS, al repetir la fórmula anteriormente prevista en el art. 42.4 LPRL.

El aspecto procesal del principio se regula en los apartados segundo y tercero del art. 3 TRLISOS y en el art. 5 RPS. Según estos preceptos, cuando las infracciones administrativas puedan ser a su vez constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y suspenderá el procedimiento administrativo sancionador hasta que la autoridad judicial dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o el Ministerio Fiscal comunique a la Administración la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones (arts. 3.2 TRLISOS y 5.1 RPS).

Esta suspensión de la actuación administrativa sancionadora, a favor de la actuación jurisdiccional, se producirá de diferente forma según se haya iniciado o no el procedimiento administrativo sancionador. De la regulación del art. 5.1 RPS se desprende que si la Inspección actuante entendiese, durante las actividades previas al inicio del procedimiento sancionador (reguladas en el Capítulo II RPS), que las infracciones administrativas pueden ser constitutivas de delito, la actuación administrativa tendente a respetar la prevalencia del orden jurisdiccional será la siguiente: el Inspector ó subinspector actuante lo comunicará por su cauce orgánico al Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados . Dicho Jefe, si estimase la eventual concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al Ministerio Fiscal y al órgano que corresponda resolver, lo que implicará la suspensión del procedimiento administrativo.

Sin embargo, si el procedimiento administrativo sancionador se hubiese ya iniciado (lo que se produce, según el art. 13.1 RPS, una vez que la Inspección ha levantado acta de infracción), la decisión sobre la suspensión corresponderá al órgano competente para resolver.

Por otra parte, también es posible la suspensión del procedimiento sin que medie la comunicación de la Administración a los órganos judiciales, ya que aquélla también se producirá cuando la Administración tenga conocimiento de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y fundamentos en relación al mismo presunto responsable²⁷⁰.

La forma de terminación de la actuación jurisdiccional condicionará la futura actuación administrativa. Así, si en el orden jurisdiccional penal se condena por delito en sentencia firme será de aplicación la vertiente material del principio y la decisión judicial excluirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos que

²⁷⁰ En este sentido, el art. 52.3 TRLISOS establece como principio de tramitación del procedimiento administrativo sancionador en el Orden laboral que “el Ministerio Fiscal deberá notificar en todo caso, a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción” y que dicha notificación “producirá la paralización del procedimiento hasta el momento en que el Ministerio Fiscal notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial”.

hayan sido considerados probados siempre que concurra además, identidad de sujeto y fundamento (art. 5.3 RPS). En este sentido, el art. 5.1 RPPOS, y que resulta de aplicación supletoria en el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el Orden social (art. 1.3 RPPOS), establece que el “órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos , siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento”.

En el caso de que la actuación jurisdiccional terminase con sentencia firme absolutoria o auto de sobreseimiento o bien el Ministerio Fiscal comunique a la administración laboral la improcedencia de iniciar o proseguir las actuaciones penales, podrá el procedimiento administrativo, previamente suspendido reiniciar su curso si bien en este caso la Administración deberá respetar la apreciación fáctica realizada por los Tribunales (art. 1.3 TRLISOS).

Como vemos, la recepción del principio *non bis in idem* en el Orden social se produce de manera totalmente respetuosa con la caracterización que de este principio ha hecho la jurisprudencia constitucional. Desde una perspectiva material, se prohíbe la doble sanción penal y administrativa de unos mismos hechos cuando concurra también una identidad en los sujetos y fundamentos de dichos reproches públicos. Procedimentalmente el principio se articula prohibiendo la tramitación simultánea de dos procedimientos sancionadores, dando prevalencia al procedimiento penal frente al administrativo, permaneciendo este último en suspenso hasta que finalice la actuación jurisdiccional. En el caso de que no se estime la existencia de ilícito penal, el expediente administrativo sancionador podrá continuar pero siempre en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.

Como se dijo en la Introducción de este Capítulo, el principio *non bis in idem* prohíbe la doble sanción administrativa de unos mismos hechos cuando concurre la identidad de sujetos y de fundamento. En el ámbito de las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales la virtualidad de este principio presenta ciertas dudas interpretativas en relación con la posible aplicación conjunta de las multas y las sanciones atípicas y con la figura de la persistencia continuada de la infracción.

1. El principio *non bis in idem* y las sanciones atípicas.

En realidad, las dudas interpretativas acerca de la trascendencia que la prohibición de la doble sanción administrativa de unos mismos hechos contenida en el art. 3.1 TRLISOS tiene en relación con las que hemos denominado “sanciones atípicas” se refieren principalmente a las medidas previstas en el art. 53 LPRL (suspensión de actividades o cierre de los centros de trabajo).

La aplicación de la sanción prevista en el art. 40.2 TRLISOS (publicación de las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales) junto a la imposición de la multa por dichas infracciones no suscita problemas en cuanto a una posible vulneración del principio *non bis in idem* toda vez que es clara la naturaleza de sanción accesoria que aquella medida tiene.

En relación a las limitaciones a la facultad de contratar con la Administración, es de destacar que la doctrina afirma unánimemente el carácter sancionador de estas medidas y la onerosidad de las mismas²⁷¹. Tampoco presenta dudas su carácter accesorio o complementario²⁷² respecto a las penas o a las multas impuestas a la empresa como consecuencia del delito del art. 316 CP o de las infracciones administrativas previstas en el art. 13 TRLISOS, sin que, por tanto, la imposición conjunta de las sanciones pecuniarias y las medidas previstas en el art. 54 LPRL suponga una vulneración del principio *non bis in idem*²⁷³.

La cuestión acerca de si la imposición de la suspensión o cierre es compatible con la sanción pecuniaria sin que dicha acumulación de sanciones vulnere la interdicción del *bis in idem* prevista en el art. 3.1 TRLISOS se presenta, como se acaba de decir, más problemática y viene predeterminada por la naturaleza jurídica que se predique respecto a la figura del art. 53 LPRL. De esta forma, si se entiende que la suspensión o cierre no tiene carácter sancionador o que constituyen una sanción accesoria, su aplicación junto al régimen sancionador del art. 40 TRLISOS no vulnerará el citado principio informador del *ius puniendi* estatal. Por el contrario, si se defiende la naturaleza de sanción principal y autónoma de la suspensión o cierre, se habrá de concluir que estas medidas son incompatibles con las multas administrativas pues su aplicación conjunta frente a infracciones muy graves del empresario supondría sancionar doblemente unos mismos hechos.

Ahora bien, la determinación de la naturaleza jurídica de esta medida no es una cuestión pacífica en la dogmática jurídica, existiendo frente a la postura doctrinal que defiende la naturaleza sancionadora de esta medida un sector doctrinal que, o bien defiende su carácter mixto, o bien niega el carácter sancionador de la misma al configurarla como medida cautelar.

Además, y entre quienes defienden el carácter punitivo de la medida prevista en el art. 53 LPRL, se discute a su vez si la misma es una respuesta sancionadora principal y, por tanto, autónoma respecto a la multa o bien constituye una sanción accesoria respecto a la principal que sería la pecuniaria.

Antes de decantarnos por una de estas posiciones doctrinales, conviene tener en cuenta las consideraciones que, respecto al concepto sustantivo de “sanción administrativa”,

²⁷¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., op. cit., pág. 311, destacan que nos encontramos ante un “instrumento disuasorio de primer orden de los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos en el trabajo para numerosas empresas cuya actividad está muy condicionada por los contratos a obtener por la Administración”, FERNÁNDEZ MARCOS, L., op. cit., pág. 251 y DÍAZ MOLINER, R., op. cit., pág. 648, tras destacar la gran onerosidad de estas sanciones, critican cierto tinte discriminatorio de las mismas en cuanto tienen distinta trascendencia para las empresas en función de lo que la contratación pública suponga para las mismas; CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 176, tras comentar que las medidas del art. 54 LPRL podrían desalentar a muchas empresas de incumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, lamenta la escasa virtualidad práctica de las mismas pues “aún cuando en el Boletín Oficial del Estado se publican diariamente numerosas resoluciones que suponen limitaciones para contratar con la Administración Pública, no hemos encontrado ninguna acerca de (...) sanciones por infracciones muy graves en materia de seguridad o salud en el trabajo”.

²⁷² CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 170; MONTROYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 271; FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios...*, op. cit., pág. 248; GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y Sanciones...*, op. cit., pág. 91.

²⁷³ ALFONSO MELLADO, C.L., op. cit., pág. 106.

hace PEMÁN GAVÍN. Destaca este autor que el Derecho Administrativo Sancionador “se encuentra en un estado de estructuración teórica y legal claramente deficiente, ya que no ha desarrollado un verdadero régimen jurídico de las sanciones”²⁷⁴ y que “las dificultades para encontrar un concepto sustantivo que explique las diferentes medidas sancionadoras, permiten un amplio abanico de posibilidades al legislador, cuyo único límite será la coherencia del sistema”²⁷⁵. De lo anterior se deriva que se detecten problemas importantes al intentar delimitar el concepto de sanción frente a otras medidas administrativas²⁷⁶ y que las normativas sectoriales opten ante una misma medida por soluciones diferentes²⁷⁷.

Las apreciaciones que se acaban de reproducir son, como veremos, plenamente aplicables a la regulación que la normativa administrativa sectorial concede a la suspensión de actividades o cierres de locales y se han traído a colación con la finalidad de destacar que la opción interpretativa por la que finalmente se opte no tendrá un claro asidero jurídico-positivo en la regulación que de esta medida hace la LPRL.

En todo caso, rechazamos la conceptualización que de esta medida hace un sector doctrinal, calificando la misma como “medida cautelar”, conceptualización que implica que se podrá imponer de manera conjunta la suspensión o cierre con la multa sin vulnerar el principio *non bis in idem*. En opinión de GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, para la resolución del problema acerca de la naturaleza jurídica de la medida prevista en el art. 53 LPRL hay que considerar que, en los supuestos contemplados por esta norma, “la actuación administrativa no busca tanto la imposición de una medida aflictiva de defensa del ordenamiento, cuanto imponer una conducta de abstención a un sujeto determinado, el empresario, en la creación de situaciones de peligro que no debieron nunca comenzar”. Para fundamentar esta potestad administrativa acuden los autores al régimen que preside las actividades para cuya realización se exige una previa autorización administrativa y aunque recuerdan que desde el RD-Ley 1/1986 la previa autorización administrativa para la apertura de centros de trabajo y reanudación de trabajos suspendidos ha sido suprimida²⁷⁸, fijándose en su lugar un mero deber de comunicación a la Administración laboral de la apertura del centro, entienden que lo anterior “no quiere decir que el ejercicio de esas actividades sea *libre* para los ciudadanos, ya que, por el contrario, está sometida a reglas que son condición de la mismas”, algunas de las cuales son relativas a la seguridad y salud en el trabajo. Mantienen los citados autores que, en el caso de que concurran los presupuestos de hecho descritos en el art. 53 LPRL, habrá de entenderse que “el empresario no cumple con los requisitos previos para el goce de un derecho, cual es poner en marcha las actividades productivas en un determinado centro de trabajo”, configurándose, pues, la suspensión o cierre que obedecen a este motivo no como una sanción sino como una medida cautelar.

²⁷⁴ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 33.

²⁷⁵ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 30.

²⁷⁶ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 36.

²⁷⁷ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 51.

²⁷⁸ Con anterioridad a esta norma era aplicable el régimen previsto en el art. 187.1 LGSS-74 que establecía que todo empresario, “antes de proceder a la apertura de un centro de trabajo, deberá obtener la oportuna autorización de la Delegación Provincial de Trabajo competente, previo informe de la Inspección de Trabajo relativo al cumplimiento de las disposiciones de Seguridad e Higiene. Igual autorización habrá de obtenerse para reanudar o proseguir los trabajos después de efectuar alteraciones, ampliaciones o transformaciones de importancia en los locales o instalaciones de los centros de trabajo”.

Como vemos, los citados autores acuden para fundamentar su interpretación al régimen de las relaciones permanentes que se crean entre Administración y empresario cuando la actividad de éste precisa de una autorización administrativa de funcionamiento. Ahora bien, y al margen de que esta argumentación pueda resultar algo forzada en cuanto, como los propios autores destacan, ya no se exige con carácter general que se recabe licencia administrativa para la iniciación de actividades productivas, lo cierto es que, en aquellas actividades en las que expresamente se exige, no resulta claro que la retirada de las mismas no se conceptúe por la norma sectorial como sanción, pues las posiciones normativas a este respecto varían de una actividad a otra.

Así, nos encontramos por un lado con normativas sectoriales que califican la revocación de la autorización por incumplimiento de las condiciones previstas en la misma, y la consiguiente clausura o cese de la actividad como sanción (art. 38 RD 2414/1961, de 30 de noviembre, que aprueba el reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas) y, por otro, con regulaciones que califican como sanción administrativa la suspensión o cierre si éstas obedecen a la comisión, por parte del sujeto sancionado de infracciones administrativas muy graves pero que excluyen de dicha calificación la clausura o cierre de establecimiento, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones preceptivas o la suspensión de actividades hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos (art. 37 Ley 14/1986, de 25 de abril, de Sanidad; art. 37 Ley 26/1984, de 19 de julio, de defensa de los consumidores).

Como vemos, nos encontramos con conceptualizaciones normativas diferentes de una misma medida administrativa, pudiendo encontrar la explicación de esta contradicción y acudiendo de nuevo a la obra de PEMÁN GAVÍN, en la “doble perspectiva jurídica desde la que es posible explicar esta medida”²⁷⁹, de manera que la revocación de la licencia por incumplimiento de las condiciones de la misma encuentra una explicación tanto desde una perspectiva sancionadora como pérdida de una situación de ventaja como desde la propia estructura interna de la autorización en cuanto causa de ineficacia de la misma, lo cual pone de manifiesto lo razonable de la doble opción normativa y determina que, en todo caso, la calificación como sanción de la revocación de la autorización tiene en última instancia un carácter formal o legal, ya que la existencia de varios fundamentos permite otorgar a la norma la posibilidad de optar²⁸⁰. Pero la cuestión es que, de la normativa en materia de seguridad e higiene, no podemos deducir ninguna postura pues, a pesar de que el art. 157 OGSHT consideraba como infracción leve o grave (en función del número de trabajadores de la empresa y de la peligrosidad de las actividades) el “proceder a la apertura de un centro de trabajo, reanudar o proseguir los trabajos en el mismo después de haber efectuado alteraciones, ampliaciones o transformaciones de importancia en los locales o instalaciones sin haber obtenido previamente la oportuna autorización de la Delegación Provincial de Trabajo competente”, el régimen sancionador aplicable a estas infracciones –recogido en el art. 156 OGSHT– preveía únicamente como respuesta sancionadora la imposición de multas administrativas, sin hacer referencia a la posibilidad de suspensión o cierre.

Además, y obviando la referencia a las previas autorizaciones administrativas, también nos parece descartable el carácter de “medida cautelar” de la suspensión o cierre por razones de tipo sustantivo. Al analizar la orden de paralización prevista en el art. 44 LPRL en la I Parte de este trabajo defendimos el carácter cautelar de esta medida

²⁷⁹ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., pág. 58.

²⁸⁰ PEMÁN GAVÍN, I., op. cit., págs. 59-60.

aunque desde un punto de vista más material que jurídico en cuanto esta medida administrativa no podía calificarse técnicamente como una “medida cautelar” de las reguladas en los arts. 5.4 LITSS y 7.7 y 19 RD 138/2000 toda vez que no trata de asegurar la eficacia de un acto administrativo futuro sino de evitar la producción de riesgos y accidentes laborales. Respecto a la suspensión o cierre del art. 53 LPRL es claro que tampoco se puede defender su naturaleza legal de medida cautelar pero es que, además, entendemos que no se puede conceptuar como tal tipo de medida desde un perspectiva sustantiva en el sentido de que tenga por finalidad evitar una situación de riesgo de excepcional gravedad²⁸¹ toda vez que se trata de una decisión administrativa que, a diferencia de la prevista en el art. 44 LPRL, no puede adoptarse de manera inmediata tras la detección de la situación de riesgo sino que requiere de un procedimiento (el regulado en el art. 26 RPS) que se prolongará en el tiempo.

Ahora bien, sí parece posible calificar las medidas del art. 53 como cautelares en cuanto persiguen imponer al empresario una conducta de abstención en la creación de situaciones de peligro para los trabajadores, esto es, en cuanto pretenden evitar siniestros. Sin embargo, no creemos que lo anterior elimine el carácter aflictivo o retributivo que también revisten estas medidas ni que determine la naturaleza mixta de las mismas²⁸² toda vez que las sanciones administrativas persiguen una doble finalidad: retributiva y preventiva. Señalar que estas medidas persiguen evitar situaciones de riesgo para prevenir siniestros supone incidir en la función preventiva (en este caso, específica sobre el sujeto infractor) que toda sanción administrativa tiene, si bien, se ha de reconocer que en estos casos esta finalidad viene reforzada en cuanto el legislador ha previsto que, ante situaciones en las que queda acreditada la persistente resistencia empresarial al cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales con el consiguiente desprecio de la seguridad y salud de los trabajadores, este propósito preventivo se cumpla “efectivamente” a través de la paralización de la actividad productiva ya sea con carácter temporal (suspensión de actividades) o definitivo (cierre del centro de trabajo).

En definitiva, dado que la imposición de la suspensión o cierre se prevé en la Ley prevencionista exclusivamente como consecuencia de infracciones muy graves que el empresario pueda cometer y no como expresión de la pérdida de eficacia de una previa autorización administrativa por incumplimiento de las condiciones de ésta (lo que no implicaría en todo caso negar el carácter sancionatorio de estas medidas sino la necesidad de atenernos a la decisión de la normativa que, como hemos visto, puede optar por calificar o no como medida sancionatoria esta pérdida de eficacia) y dado también el carácter aflictivo y preventivo de estas medidas entendemos que las mismas se configuran como sanciones que se pueden imponer a las empresas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

La cuestión estaría ahora en determinar si las mismas se configuran como sanciones principales y, por tanto, autónomas respecto a las multas o como sanciones accesorias que podrán acompañar a la sanción pecuniaria sin vulnerar la interdicción del *bis in idem* prevista en el art. 3.1 TRLISOS.

²⁸¹ En contra, CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 178.

²⁸² LLUIS Y NAVAS defiende la naturaleza mixta, de sanción y cautela, de estas medidas: LLUIS Y NAVAS, J., op. cit., pág. 289.

Frente al sector doctrinal²⁸³ que defiende el carácter accesorio de estas medidas, entendemos que las mismas se configuran como sanciones principales que no cabe añadir a las multas y que suponen las máximas sanciones administrativas posibles en esta materia²⁸⁴.

El carácter principal y autónomo respecto a las multas de las medidas previstas en el art. 53 LPRL derivaría de los propios términos del precepto y de una interpretación sistemática del mismo. Atendiendo a una interpretación que combine el sentido de las propias palabras utilizadas en la redacción del precepto que estamos comentando con criterios sistemáticos relativos a textos normativos de otros sectores y al propio TRLISOS, es de destacar que, cuando en otros ámbitos se ha previsto estas medidas como consecuencias accesorias de las multas administrativas, se ha señalado expresamente tras la regulación de éstas que “además” (art. 36.2 Ley de Sanidad) o “también” (art. 36 Ley de Industria) era posible adoptar la suspensión de actividades o cierres del centro de trabajo. Sin embargo, en el art. 53 LPRL falta esta expresión que de modo claro determinaría el carácter accesorio de las medidas que regula. A lo anterior hay que añadir que la normativa sancionadora en materia laboral cuando ha querido configurar determinadas sanciones como accesorias ha declarado expresamente que las mismas se impondrán “con independencia” (arts. 44 y 45 TRLISOS) o “sin perjuicio” (art. 46 TRLISOS) de las multas administrativas, expresiones que no aparecen en el art. 53 LPRL. En definitiva, entendemos que las medidas del art. 53 LPRL se configuran como sanciones principales y autónomas por lo que no será posible imponerlas de manera conjunta con las multas sin vulnerar el principio *non bis in idem*.

2. El principio *non bis in idem* y la persistencia continuada de la infracción.

La construcción jurídica prevista en el art. 39.7 TRLISOS ha suscitado ciertas dudas en la doctrina dogmática en cuanto a si la misma supone una conculcación del principio de *non bis in idem* ya que podría considerarse que, a través de ella, “una misma falta es sancionada dos veces”²⁸⁵.

Sin embargo, la doctrina judicial ha entendido que esta figura sancionadora salva la interdicción de la doble sanción administrativa. Así, la SAN de 8 de febrero de 2000²⁸⁶ tras considerar que es “consustancial a la infracción permanente y a su perseguibilidad (...) la posibilidad de que la Administración pueda reiterar el ejercicio de la potestad sancionadora en tanto no cese la situación de permanente ilicitud que resulta ser el objeto de la infracción”, niega que esta figura vulnere la prohibición de *bis in idem* y ello porque: 1) no incurre en tal prohibición la actuación sancionadora de la Administración que sanciona hechos permanentes ya objeto de sanción mientras persista el hecho motivador, ya que la segunda acta de infracción que se levanta obedece a una infracción distinta, cometida en un momento temporal diferente del que

²⁸³ ALFONSO MELLADO, C.L., op. cit., pág. 106; BLASCO PELLICER, A., op. cit., pág. 124.

²⁸⁴ En este sentido MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 259; GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y Sanciones...*, op. cit., pág. 91.

²⁸⁵ GARCÍA BLASCO, para quien la configuración de esta figura que hacía el art. 1.2 RD 2347/1985 pugnaba con este principio informador de la potestad administrativa sancionadora: GARCÍA BLASCO, J., “Potestad sancionadora de...”, op. cit., pág. 235.

²⁸⁶ RJCA 2000/754.

motivó la incoación del primer expediente sancionador²⁸⁷; 2) es inherente a la infracción permanente “la posibilidad de seccionar temporalmente la unidad lógica de la comisión mediante el ejercicio de las potestades de vigilancia y control y en su caso, de las potestades sancionadoras, en tanto no conste la cesación de la infracción”; 3) “de no aceptarse tal eventualidad de fraccionamiento lógico del hecho permanente y, en consecuencia, de no admitirse sino la presencia de una sola infracción susceptible de sanción, resultaría extraordinariamente beneficiado el infractor, no sólo porque agruparía en una sanción única su incumplimiento, reiterado constantemente mediante la práctica contraria a Derecho sino porque, en puridad de conceptos, si ello fuera así, sancionado una vez no podría serlo por las ulteriores consecuencias de la infracción misma cometida, que quedarían así impunes, de manera que podría objetarse, válidamente, con sustento en tal tesis de la irreductible unidad de la infracción, la excepción del «non bis in idem»...”

IV. EL DELITO CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA SANCIÓN DE LAS INFRACCIONES MUY GRAVES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM.

1. Introducción.

El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales podrá dar lugar, además de a las responsabilidades administrativas analizadas en los Capítulos anteriores, a responsabilidades penales, tal y como se establece en el art. 42.1 LPRL.

La responsabilidad penal por incumplimientos empresariales de obligaciones preventivas aparece recogida en los arts. 316 y 317 CP, que tipifican (en su modalidad dolosa y culposa respectivamente) un delito contra la seguridad y salud en el trabajo dentro del Título XV dedicado a los “Delitos contra los derechos de los trabajadores”.

Establece el art. 316 CP 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”. Por su parte, el art. 317 CP recoge la modalidad culposa de este delito y prevé que cuando el tipo delictivo del artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.

El origen de este tipo penal se encuentra en el art. 348 bis a) del CP de 1973²⁸⁸ que bajo la rúbrica de “Delitos contra la seguridad en el trabajo” recogía, al igual que el actual art. 316 CP, un delito de riesgo en el que lo que se penalizaba eran los incumplimientos

²⁸⁷ Recuérdese que el art. 1.2 del posteriormente derogado RD 2347/1985 establecía que la persistencia del empresario en la infracción constituiría una “nueva infracción laboral sancionable”.

²⁸⁸ Este delito fue introducido por Ley Orgánica 8/1983, de 23 de junio, de Reforma urgente y parcial del CP. Establecía este art. 348 bis.a) que 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 100.000 a 500.000 pesetas”

de la normativa que pusieran en peligro la vida o integridad física del trabajador sin que se requiriese un resultado lesivo para estos bienes. Es de destacar que no se ha incorporado al nuevo CP el delito de lesiones laborales que, como tipo específico dentro de la figura del delito de lesiones, se recogía en el art. 427 del anterior CP. Dada la inaplicación del derogado art. 427 en cuarenta y tres años de vigencia formal (su configuración como delito de resultado lesivo condujo a que los Tribunales “se inclinaron por apreciar, en caso de lesiones o muerte, imprudencia, con la coherente aplicación de los artículos 565 o 586 bis, todos ellos del CP derogado”²⁸⁹), no parece que su desaparición vaya a alterar el régimen de tutela penal de la seguridad y salud en el trabajo²⁹⁰.

Estando regido y limitado el Derecho Penal por el principio de intervención mínima, de forma que sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes²⁹¹, la doctrina justifica la previsión en el CP de una concreta figura delictiva en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo por la entidad de los bienes afectados (vida, integridad física y salud de los trabajadores), confiando en que “la conminación de pena, que implica, como mínimo, amenaza de intervención del aparato procesal y de sentencia condenatoria, con el consiguiente efecto estigmatizante, puede, según advierten todos los estudios criminológicos, lograr un efecto inhibitorio, y ello aunque se cuente con posibilidades reales de eludir el ingreso en prisión”²⁹².

Una vez admitido, tal y como destaca la STS de 5 de septiembre de 2001²⁹³, que la “conciencia social y el disfrute de las comodidades inherentes al desarrollo de los pueblos exigen el que hayan de tolerarse actividades que inevitablemente conllevan determinados riesgos” y que un “mayor desarrollo económico se corresponde con un mayor número de actividades peligrosas”, es de destacar que en “el ámbito de las relaciones laborales la actividad empresarial genera múltiples riesgos de producción de daños en los trabajadores”, lo que requiere “una legislación protectora del trabajador muy minuciosa en cuanto regula todas y cada una de las actividades empresariales con mandatos y prohibiciones específicas tendentes a reducir al mínimo posible” los accidentes de trabajo.

Los incumplimientos empresariales de esta legislación son la causa de un “fenómeno que constituye una auténtica lacra social que lastra la bonanza y progreso del bienestar socioeconómico”²⁹⁴: la siniestralidad laboral. La respuesta penal a este fenómeno se ha traducido en la tipificación de un delito específico en materia de seguridad y salud en el trabajo que sanciona el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales²⁹⁵ siempre que del mismo se derive un peligro grave para la vida, salud

²⁸⁹ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Valladolid, 1997, pág. 112.

²⁹⁰ ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OBIOL, S., *Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad penal por incumplimiento de normas sobre prevención de riesgos laborales*, en VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, pág. 4.

²⁹¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pág. 66.

²⁹² TERRADILLOS BASOCO, J., “La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *TL*, nº 50, 1999, pág. 176.

²⁹³ RJ 2001/8340.

²⁹⁴ CARDENAL FERNÁNDEZ, J., “El Ministerio Fiscal y la siniestralidad laboral”, *AS*, nº 13, 2000, pág. 61.

²⁹⁵ Como señala la sentencia de la AP de Barcelona de 18 de junio de 2002 (ARP 2002/629), con el art. 316 CP “se pretende proteger que las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo se mantenga dentro

o integridad física del trabajador. Tal y como se señala en la STS de 12 de noviembre de 1998²⁹⁶, al ser el art. 316 CP un delito de riesgo no precisa para su integración “que el peligro se concrete en una lesión efectiva”. De esta forma, se produce un adelantamiento de las barreras punitivas para hacer frente a nuevas formas de ataque – representadas por incumplimientos de la legislación protectora de la seguridad y salud de los trabajadores en el ámbito de las actividades laborales–, que incrementan la posibilidad de lesión de bienes jurídicos²⁹⁷.

Conforme al carácter de “ultima ratio” del Derecho Penal, no todos los incumplimientos de la normativa prevencionista serán objeto de reproche penal sino únicamente aquellos que sean más graves, gravedad que se manifestará en que de los incumplimientos que merecen el reproche penal se deriva un peligro grave para la vida, integridad física y salud de los trabajadores. El resto de infracciones obtendrá respuesta por parte del “ius puniendi” del Estado pero a través del poder sancionador administrativo y no del penal²⁹⁸.

Siendo este un trabajo dedicado al estudio de las infracciones muy graves del empresario en materia de prevención de riesgos laborales y de la responsabilidad administrativa que de las mismas se deriva, el análisis del tipo penal recogido en el art. 316 CP interesa en tanto nos encontramos con que las actuaciones empresariales constitutivas de las infracciones que hemos analizado anteriormente pueden, siempre que de las mismas se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, ser a su vez subsumibles en el tipo penal recogido en el art. 316 CP, sin que exista un criterio distintivo preciso para separar estas infracciones administrativas del citado delito²⁹⁹, puesto que no existen diferencias entre sus elementos objetivos.

Lo anterior puede tener una trascendental importancia en cuanto al reproche administrativo que dichas conductas empresariales pueden finalmente merecer pues, como vimos, el principio *non bis in idem* que informa el *ius puniendi* del Estado y que aparece para el Orden social recogido expresamente en el art. 3 TRLISOS “se especifica en la imposibilidad de doble sanción –cuando se da la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento–”³⁰⁰ y, dada la prevalencia que en orden a sancionar tiene la Jurisdicción penal frente a la autoridad administrativa, nos encontraremos con que si concurre esta triple identidad entre las infracciones administrativas muy graves del art. 13 TRLISOS y el delito previsto en el art. 316 CP, el principio *non bis in idem* provocaría la no aplicación del régimen sancionador administrativo³⁰¹.

del nivel de riesgo permitido”, siendo, por tanto, el sentido de este delito el “garantizar los estándares técnicos dispuestos normativamente para asegurar unos mínimos de seguridad laboral”.

²⁹⁶ RJ 1998/7764.

²⁹⁷ AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 99.

²⁹⁸ Como destaca la sentencia de la AP de Barcelona de 18 de junio de 2002 (ARP 2002/629) al comentar el art. 316 CP, “no toda infracción en materia de seguridad e higiene laborales integra la tipicidad penal ahora enjuiciada, lo que eventualmente haría que la frontera entre infracción administrativa y penal fuese inexistente”. En este sentido, señala el auto de la AP de Guipúzcoa de 22 de septiembre de 2004 (ARP 2004/689) que la “exigencia típica de que se produzca grave peligro para la vida y la salud de los trabajadores dota de condición material o, más allá de una concepción puramente formal que suponga la mera criminalización del ilícito laboral...” al art. 316 CP.

²⁹⁹ MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 267.

³⁰⁰ REY GUANTIER, S. DEL, op. cit., *Potestad sancionadora...*, pág. 121.

³⁰¹ SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 340.

Por tanto, nos interesa analizar en el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores cada uno de estos tres elementos cuya identidad con los tipos infractores motiva la entrada en juego del principio informador del *ius puniendi* al que venimos haciendo referencia: sujeto activo del delito, conducta punible (hechos) y bien jurídico protegido (fundamento). Una vez analizados estos elementos podremos pronunciarnos acerca de la virtualidad práctica que el citado principio tiene en el momento de sancionar incumplimientos empresariales que son constitutivos de alguna de las infracciones administrativas muy graves que hemos analizado en la I Parte de este trabajo y del delito del art. 316 CP.

2. Sujeto activo del delito.

A. El delito del art. 316 CP como delito especial.

Sujetos activos del delito del art. 316 CP serán aquellos que “estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”. De esta forma, el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores se configura como un *delito especial* ya que sujeto activo del mismo no puede ser cualquiera sino únicamente quien reúne determinadas cualidades exigidas en el tipo³⁰². En este caso, la cualidad exigida es la de estar legalmente obligado a facilitar los medios preventivos a los trabajadores, por lo que nos encontramos con una *norma penal en blanco* ya que para determinar si concurre o no esta cualidad debemos acudir a la normativa laboral³⁰³.

Bajo la normativa anterior a la LPRL, no sólo el empresario sino también el personal directivo, técnico y los mandos intermedios estaban legalmente obligados a facilitar a los trabajadores las medidas de seguridad y salud necesarias y eran por tanto posibles sujetos activos del delito recogido entonces en el art. 348 bis a) CP³⁰⁴. Las obligaciones preventivas de estos mandos y encargados aparecían recogidas en el art. 10 OGSHT y su posible responsabilidad por incumplimiento de las mismas en el art. 154 OGSHT.

Ahora bien, tras la entrada en vigor de la LPRL, debemos entender que legalmente obligado a facilitar las medidas preventivas está exclusivamente el empresario pues a él impone el art. 14 de este texto normativo el deber de protección de los trabajadores en cuyo cumplimiento deberá garantizar su seguridad y salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo. En la LPRL no se establecen obligaciones preventivas para otros sujetos que no sean el empresario y se responsabiliza únicamente a éste por la infracción de las medidas de seguridad (art. 42.1 LPRL). Por tanto, “no podemos sino concluir que, a pesar de las facultades de dirección que en algún momento puedan asumir los encargados en la esfera funcional que tengan a su cargo, ha de recordarse que lo que exige el precepto del art. 316 es la obligación legal de actuar, pues, por sí sola, la

³⁰² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pág. 239.

³⁰³ NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 155; ALFONSO MELLADO, C.L., op. cit., pág. 72. Los Tribunales vienen haciendo referencia a este carácter del art. 316 CP como delito especial y norma penal en blanco: por todas, sentencia de la AP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ARP 2001/214) y sentencia de la AP de Guipúzcoa de 29 de julio de 2002 (ARP 2003/313).

³⁰⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 292; ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Praxis, Barcelona, 1988, pág. 157.

facultad de adoptar autónomamente las medidas de seguridad de que se trate no constituye al sujeto en obligado, ni, por tanto, en posible autor del delito”³⁰⁵. Ahora bien, la configuración del art. 316 CP como un delito especial por razón del autor no va a impedir que pueda exigirse responsabilidad penal por este delito a personas distintas del empresario ya que son de aplicación las cláusulas de actuación en lugar de otro establecidas en el art. 318 CP para cuando el empresario sea una persona jurídica y del art. 31 CP para el supuesto de empresario persona física. A través de estos preceptos podrá imputarse el delito especial del art. 316 CP a personas que no reúnen las cualidades para ser sujeto activo (no son empresarios) pero que actúan en nombre o representación de quien sí las reúne (empresario persona física o jurídica).

De esta forma, la determinación de los posibles sujetos responsables de este delito contra los derechos de los trabajadores suscita diferentes cuestiones en función de si el empresario legalmente obligado a facilitar los medios preventivos es una persona física o jurídica, por lo que nos disponemos a analizar estos supuestos de manera separada.

B. El empresario-persona física como sujeto activo del delito del art. 316 CP.

El empresario por cuenta propia o autónomo con trabajadores a su cargo será el sujeto titular del deber de seguridad y por tanto posible sujeto activo del delito cuando la ausencia de medidas preventivas en la empresa ponga en peligro grave la vida, salud o integridad física de sus trabajadores. Decimos posible sujeto activo porque, no siendo suficiente en el Derecho Penal para imputar la responsabilidad la aplicación de un criterio formal –en este caso estar legalmente obligado a adoptar las medidas de prevención de riesgos laborales–, deberemos acudir a criterios materiales para identificar en cada caso al autor del delito. El criterio material en este caso para identificar al autor de este delito será el determinar quién ejerce realmente el poder de dirección en lo relativo a materia preventiva y tiene, por tanto, la función de vigilar y controlar que en la empresa se están adoptando las medidas preventivas legalmente exigibles, por lo que cuando el empresario individual en ejercicio de la facultad que le reconoce el art. 30.5 LPRL decida asumir personalmente las funciones preventivas, “es claro que la responsabilidad penal de los artículos 316 y 317 CP le resulta directamente imputable cuando concurra la conducta habilitante antijurídica y típica”³⁰⁶.

Ahora bien, si el empresario individual delega de una manera efectiva las funciones preventivas en un encargado o gerente debemos entender que queda exonerado de responsabilidad penal por lo que se refiere al delito contra la seguridad en el trabajo, ya que, como se destaca en la sentencia de la AP de Barcelona de 18 de junio de 2002³⁰⁷, no se puede pretender derivar la imposición de una responsabilidad penal por el mero hecho de ser empresario ya que una “tal comprensión sería contraria a los principio de un Derecho penal del hecho y nos colocaría, indefectiblemente, en la senda de un inaceptable Derecho penal de autor. Es por ello, que habrá que concretar en sede de conducta típica, la operatividad de mecanismos tales como la delegación de competencias, o la existencia de terceras personas que contractualmente y/o

³⁰⁵ GARCÍA SALAS, A.I., “Los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal: algunas notas”, *RL*, núms. 16-17, 1996, pág. 242.

³⁰⁶ BARBANCHO TOVILLAS, F; RIVAS VALLEJO, P.; PURCALLA BONILLA, M.A., “La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores”, *TS*, n° 99, 1999, pág. 35.

³⁰⁷ ARP 2002/629.

materialmente se abroguen estas competencias, lo que podría fundamentar la responsabilidad penal de éstos y diluir la responsabilidad originaria del empresario”.

La cuestión que surge cuando en el seno de una empresa-persona física en la que se ha producido una delegación de las funciones en materia preventiva se realiza la conducta típica del art. 316 CP es precisamente cómo fundamentar la responsabilidad de las personas que ejercen efectivamente el poder de decisión y de control en materia preventiva.

Como hemos dicho anteriormente, estos encargados o mandos intermedios no están legalmente obligados a facilitar las medidas de seguridad e higiene puesto que el único titular del deber de seguridad es, según la LPRL, el empresario, por lo que no les sería imputable el delito conforme al art. 316 CP al no reunir las cualidades exigidas por este precepto para ser sujeto activo del delito. Tampoco podrían responder penalmente en virtud del art. 318 CP pues lo previsto en el mismo es solo aplicable para los supuestos en que se actúa en nombre de personas jurídicas. De este modo, para poder castigar penalmente a estos encargados que tienen delegado el poder de dirección por lo que se refiere a materia preventiva en el seno de una empresa-persona física deberemos acudir, como ha destacado un sector de la doctrina³⁰⁸, al art. 31.1 CP ya que este precepto sí resulta aplicable a las actuaciones en nombre de un empresario individual.

C. El empresario-persona jurídica como sujeto activo del delito del art. 316 CP.

En el supuesto de empresa-persona jurídica, no se podrá derivar en ningún caso responsabilidad penal para la empresa ya que en el ámbito sancionador penal rige – fundamentalmente debido al principio de culpabilidad– el principio de *societas delinquere non potest*. Ahora bien, para estos casos, el art. 318 CP extiende la posible autoría del delito a otros sujetos distintos del empresario. Establece este precepto que cuando “los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello”. De esta forma, el art. 318 CP “resuelve el tema de la autoría en supuestos de personas jurídicas, de suerte que viene a ser una norma especial de concreción de la autoría de aplicación preferente a la norma genérica prevista en el art. 31 CP” (STS de 29 de julio de 2002³⁰⁹), si bien, la doctrina³¹⁰ ha destacado que la regulación del art. 318 CP va más lejos de la contenida en el art. 31 CP ya que se añade la figura del “encargado de servicio”³¹¹ y se hace referencia a los sujetos que conociendo los hechos y pudiendo evitarlos no lo hagan .

La fórmula abierta e indeterminada utilizada por esta norma penal para extender la autoría del delito contra la seguridad y salud en el trabajo a personas distintas del empresario plantea el problema de concretar quién es la persona realmente

³⁰⁸ GARCÍA SALAS, A.I., op. cit., pág. 242; PÉREZ MANZANO, M., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, *RL*, nº 3, 1997, pág. 304.

³⁰⁹ RJ 2002/8826.

³¹⁰ RIVERO LAMAS, J., “Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales”, *AL*, nº 36, 1996, pág. 692.

³¹¹ Entiende PÉREZ MANZANO que esta figura a la que se refiere el art. 318 CP abarca a las personas que dentro de la empresa cumplen una función específica con poder decisorio; personas que no serían encuadrables en el concepto de administrador de derecho de una persona jurídica previsto en el art. 31 CP: PÉREZ MANZANO, M., op. cit., pág. 304.

responsable³¹², para lo cual y dada la vigencia estricta en el ámbito penal del principio de culpabilidad lo principal será determinar qué persona tiene encomendada material (y no formalmente) las funciones preventivas en la empresa³¹³. En este sentido, ha destacado AGUADO LÓPEZ que la doctrina judicial que existe en relación con el delito que estamos analizando ha utilizado el mismo concepto de encargado que tradicionalmente ha mantenido el TS en sede de homicidios y lesiones imprudentes por accidentes laborales³¹⁴. Como hemos comentado anteriormente, en virtud de la normativa anterior a la LPRL, el deber de seguridad no se imputaba únicamente al empresario sino también a personas que por delegación de éste asumen en el esquema organizativo de la empresa facultades de mando sobre otros trabajadores y facultad de resolución en la concreta esfera funcional que tienen a su cargo, y que el TS engloba bajo la denominación de “encargados”. A la hora de concretar los sujetos responsables por delito o falta de imprudencia como consecuencia de incumplimientos del deber de seguridad, el TS extendía la responsabilidad a “los que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios y subalternos, incluso de hecho...” ya que todos “están inexcusablemente obligados a cumplir y hacer cumplir cuantas prevenciones y cautelas establece la legislación del trabajo para evitar accidentes laborales y para preservar y tutelar la vida, integridad corporal y salud de los trabajadores...”(STS de 10 de mayo de 1980³¹⁵). Pues bien, aunque es cierto que actualmente los Tribunales utilizan esta jurisprudencia para señalar quiénes pueden ser sujetos activos del delito contra la seguridad en el trabajo previsto en el art. 316 CP, es de destacar que esta imputación de responsabilidad no podrá basarse en que estas personas son titulares del deber de seguridad sino que será consecuencia de la cláusula de actuación en lugar de otro prevista en el art. 318 CP. Así parece entenderlo la sentencia de la AP de Cuenca de 21 de febrero de 2001³¹⁶, al afirmar, tras señalar que en aplicación del art. 14.1 LPRL el sujeto obligado a facilitar los medios

³¹² NÚÑEZ GONZÁLEZ, C. y PRIETO CLAR, B.J., *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad penal del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo*, en VII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, pág. 3.

³¹³ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C. y PRIETO CLAR, B.J., op. cit., pág. 3. También la doctrina judicial destaca que “de lo que se trata en realidad es de determinar material y no solo formalmente quién realmente tiene la competencia y puede ejercerla en relación a la seguridad e higiene...y nunca por una determinada pertenencia a un órgano de representación o por la detentación de la titularidad formal de la empresa lo que vendría a constituir nada menos que una responsabilidad objetiva” (sentencia de la AP de Vizcaya de 29 de noviembre de 2002 –ARP 2003/335–). La posibilidad de que los trabajadores designados para la realización de funciones preventivas y los miembros de los servicios de prevención propios o ajenos a los que se refiere el art. 30.1 LPRL puedan ser sujetos activos del ilícito penal que estamos analizando ha sido defendida por la doctrina: la de los miembros del servicio de prevención propio en COORDERO SAAVEDRA, L., “Las garantías y responsabilidades de los técnicos en prevención de riesgos laborales”, *AL* (V), 1998, pág. 439; la de los miembros del servicio de prevención ajeno en SALA FRANCO, T., “La responsabilidad de los servicios de prevención ajenos a la empresa y del personal a su servicio”, *AL*, n° 11, 2000, pág. 189. En orden a la determinación de responsabilidad penal de los trabajadores con funciones preventivas y de los integrantes del servicio de prevención propio han señalado MONTOYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS que la regla del art. 30.4 LPRL según la cual estos sujetos “no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa” lo que hace es simplemente “reconocer unas garantías frente a posibles decisiones arbitrarias de los empresarios frente a los citados trabajadores” y que resultaría absurdo “interpretar el art. 30.4 LPRL como una excepción de responsabilidad, tanto civil como penal, de estos trabajadores en el curso de sus cometidos preventivos”: MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., op. cit., pág. 287.

³¹⁴ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 315.

³¹⁵ RJ 1980/1906.

³¹⁶ ARP 2001/214.

preventivos es el empresario, que la citada doctrina del TS es extrapolable al actual art. 316 “por mor” de los establecido en el art. 318 CP³¹⁷.

Es claro que en la empresa pueden ser varios los sujetos que tienen encomendadas funciones en materia de prevención por lo que dentro de este círculo de potenciales sujetos activos deberá tenerse en cuenta que la autoría ha de fijarse a partir de cada creación de peligro, considerándose únicamente autores a aquellos en cuyo ámbito de competencias se encuentre la fuente de peligro³¹⁸, para lo que se habrá de “estar al caso concreto y analizar la intervención de cada uno, a fin de individualizar la responsabilidad en que cada interviniente haya podido incurrir” (sentencia de la AP de Cádiz de 20 de marzo de 2003)³¹⁹. El criterio de imputar el delito a quien debido a su ámbito competencial es responsable de la fuente del peligro es el seguido por la STS de 29 de julio de 2002³²⁰ al entender que, debiéndose el riesgo en el supuesto enjuiciado a la comisión de dos infracciones –falta de medidas de seguridad en una cinta transportadora y falta de debida instrucción del operario–, el delito es imputable al gerente por ser éste “responsable de que la cinta transportadora tuviese los mecanismos de seguridad necesarios para evitar accidentes” pero no por la falta de información suficiente al trabajador ya que “la situación constituyó una incidencia episódica ajena al cuadro de obligaciones residenciado en el recurrente”, pudiéndose haber predicado esta infracción y por lo tanto haber imputado el delito del art. 316 CP al encargado del servicio o al encargado de la sección de producción, que fue quien decidió que el trabajador que dirigía por primera vez la cinta fuese instruido.

Por otra parte, es de destacar que pudiendo ser varias las personas con facultad de adoptar medidas de seguridad, más de uno podrá ser condenado conforme al art. 318 CP –algo que ocurre frecuentemente en la práctica³²¹–, cuando el peligro para la vida o salud de los trabajadores se produzca como consecuencia del incumplimiento, simultáneo o sucesivo, de las obligaciones que corresponden a cada uno de aquellos sujetos³²².

Por último, señalar que el inciso del art. 318 CP referido a que también pueden ser condenados por el delito contra la seguridad en el trabajo aquellos que conociendo los hechos y pudiendo remediarlos no hubiesen adoptado las medidas para ello pretende, tal

³¹⁷ En el mismo sentido, la sentencia de la AP de Cádiz de 20 de marzo de 2003 (ARP 2003/848).

³¹⁸ ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., pág. 157. En este sentido, la sentencia de la AP de Barcelona de 19 de junio de 2002 (ARP 2002/588), mantiene que para imputar el delito del art. 316 CP es necesario determinar si el sujeto se hallaba en posición de garante de acuerdo con el art. 11 CP por lo que se debe valorar si el peligro para la vida, integridad física o salud de los trabajadores deriva de “aquellos riesgos que los recurrentes debían mantener bajo control en virtud de los deberes propios del cargo”, destacando a su vez, que cuando “los actos de delegación se realizan de forma adecuada tienen un evidente efecto de exoneración”.

³¹⁹ ARP 2003/848. En esta resolución judicial se condena por el delito contra la seguridad en el trabajo al encargado de obra pero se absuelve a la administradora única de la sociedad constructora porque se entiende que “no ha intervenido en los hechos y no existe base que justifique la imputación que se pretende” al haber delegado todas sus atribuciones en su esposo (que es quien realizaba las funciones de encargado de obra). Igualmente se absuelve al aparejador pues a pesar de que éste tiene una serie deberes en materia de seguridad en el trabajo se entiende que la infracción que se está enjuiciando se refiere a un cometido que está “fuera de su competencia”.

³²⁰ RJ 2002/8826.

³²¹ Así, en la STS de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998/7764), se condena al gerente y al jefe de taller como autores del delito del art. 316 CP, ya que “a los dos incumbía, a cada uno en su círculo específico de responsabilidad, la organización y dirección del trabajo dentro de la empresa”.

³²² AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 338.

y como señala PÉREZ MANZANO, abarcar como posibles sujetos penales a “todos los que integrados en la estructura de la empresa no tengan asignadas funciones específicas conectadas con el delito correspondiente –contratación, control de la seguridad en la obra,... –, pero debido a su posición jerárquica superior en la empresa y al poder decisorio general que de ella deriva pueden ordenar el cese de la actividad delictiva”³²³.

3. Conducta punible.

Una vez analizado el primero de los elementos cuya identidad debe concurrir para que, según el art. 3.1 TRLISOS sea de aplicación el principio *non bis in idem*, pasemos a analizar el segundo de ellos, esto es, los hechos que son subsumibles en el art. 316 CP.

Tal y como señala la sentencia de la AP de Cuenca de 21 de febrero de 2001³²⁴, para que se perfeccione el elemento objetivo del tipo descrito en el art. 316 CP “deviene necesario que concurren las siguientes circunstancias : a) infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales; b) la no facilitación de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas; y c) que de ello se derive un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores”.

Analizaremos a continuación cada una de estas circunstancias que configuran la conducta típica del delito contra la seguridad en el trabajo.

A. Infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales.

El art. 316 exige para que sea punible la conducta empresarial el que la misma suponga una infracción de la normativa prevencionista. Se configura de esta forma este ilícito como una *norma penal en blanco* (STS de 26 de julio de 2000³²⁵ ; STS de 29 de julio de 2002³²⁶) ya que se remite a una norma extra-penal para integrar la definición del delito.

Para determinar qué debemos entender por “normas de prevención de riesgos laborales” tanto la doctrina científica³²⁷ como la judicial³²⁸ acude a la definición que el art. 1 LPRL da acerca de la normativa prevencionista, por lo que el bloque normativo de referencia al que se remite el tipo delictivo que estamos analizando comprenderá “la legislación internacional sobre el particular, las leyes internas, los reglamentos y los correspondientes convenios colectivos de trabajo, cuando cualquiera de estas fuentes normativas concierna a la protección frente a los riesgos derivados de la actividad laboral” (sentencia de la AP de Cuenca de 21 de febrero de 2001³²⁹).

Por lo que se refiere a la normativa reglamentaria, el TS ha destacado que la remisión del art. 316 CP se refiere no sólo a la LPRL, “sino a todas las dictadas en la materia con

³²³ PÉREZ MANZANO, M., op. cit., pág. 305.

³²⁴ ARP 2001/214.

³²⁵ RJ 2000/7920.

³²⁶ RJ 2002/8826.

³²⁷ BARBANCHO TOVILLAS, F.; RIVAS VALLEJO, P.; PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 28; MORILLAS CUEVA, L., “La responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral”, en *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, CGPJ, Madrid, 2004, pág. 42.

³²⁸ Por todas, sentencia de la AP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ARP 2001/214).

³²⁹ ARP 2001/214.

independencia de su rango jerárquico”, señalando la doctrina científica y judicial³³⁰ que las infracciones de la normativa jurídico-técnica también serán sancionables a través del delito que estamos analizando

Respecto a los convenios colectivos, destacar que se produce una ampliación del tipo delictivo con respecto al recogido anteriormente en el art. 348 bis. a) del anterior Código Penal, toda vez que este último se refería como conducta punible del empresario a aquélla que infringiese las “normas reglamentarias”, lo que excluía las infracciones empresariales de las cláusulas que en materia preventiva incluyesen los convenios colectivos³³¹. Estas infracciones son en la actualidad punibles siempre que se refieran a convenios colectivos de carácter estatutario pues la normativa convencional es normativa en materia de prevención de riesgos laborales según la definición que de la misma da el art. 1 LPRL.

Por último, se debe destacar que a diferencia de lo que ocurría con el anterior art. 348 bis.a)³³², en el actual delito contra la seguridad en el trabajo no se exige ninguna graduación de gravedad relativa al incumplimiento de la normativa prevencionista. Esto ha provocado que parte de la doctrina³³³ entienda que por esta vía se ha producido una ampliación del elemento objetivo de este delito en cuanto ahora puede sancionarse penalmente las infracciones leves de las normas de seguridad e higiene siempre que se derive un peligro grave para la vida, integridad física o salud de los trabajadores.

No compartimos esta opinión doctrinal en tanto, si el calificativo “grave” referido a las infracciones de la normativa sobre prevención de riesgos laborales es, como señala AGUADO LÓPEZ³³⁴ un elemento normativo que habrá de valorarse en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, pudiendo ser de ayuda para dicha valoración el listado de infracciones administrativas recogido en los arts. 11, 12 y 13 TRLISOS³³⁵, no creemos posible que una infracción “leve” sea susceptible de generar un peligro grave para la vida, integridad física o salud de los trabajadores.

³³⁰ Por todos, RIVERO LAMAS, J., op. cit., pág. 701; ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OBIOL, S., op. cit., pág. 6. En sede judicial, la sentencia de la AP de Cantabria de 31 de marzo de 2004 (ARP 2004/177), destaca que “las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo forman también parte de las normas la de prevención de riesgos a que alude el art. 316”.

³³¹ ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., pág. 161.

³³² ARROYO ZAPATERO había criticado que el art. 348 bis.a) exigiese que la infracción de la norma de seguridad fuese grave pues entendía que la valoración no debía proyectarse sobre el rango legal de la norma de seguridad (que resulta irrelevante desde el punto de vista de el bien jurídico protegido) sino sobre el resultado de la infracción de la norma, esto es, sobre el grado de peligro creado por el incumplimiento de la normativa preventiva. Entendía, por tanto el autor, que el “calificativo debería haberse atribuido al peligro mismo” y no a la infracción: ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., pág. 162. Como vemos, el actual art. 316 CP ha atendido a esta petición doctrinal.

³³³ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 227; RIVERO LAMAS, J., op. cit., pág. 703.

³³⁴ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 227.

³³⁵ La utilización del catálogo de infracciones administrativas a la hora de valorar la gravedad de la infracción a la que se refiere el art. 316 CP aparece en STS de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/8826) donde, tras establecerse que “la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la *infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro...*”, se entiende que en el supuesto sobre el que se ha de pronunciar, la “gravedad de la norma de seguridad omitida está acreditada en el propio informe de la Inspección” en el que se califica el incumplimiento de la obligación preventiva prevista en el art. 116.8 OGSHT como infracción grave del art. 47 LPRL.

Si los citados criterios se refieren a la hora de calificar la gravedad de la infracción a la importancia de la norma infringida y a su relevancia para la seguridad e higiene³³⁶, parece que una infracción que ha provocado una situación de peligro grave para los trabajadores no puede calificarse en ningún caso de leve pues su relevancia para la seguridad e higiene en el trabajo ha quedado patente en virtud de la entidad del riesgo creado.

Por otra parte, examinando las diferentes infracciones leves recogidas en el art. 11 TRLISOS no parece que de ninguna de ellas se pueda derivar un peligro de la entidad exigida en el tipo penal que estamos examinando ya que, o bien se refieren a incumplimientos de obligaciones formales que no generan ninguna clase de riesgos (apartados 2, 3 y 5), o bien cuando se refieren a obligaciones materiales, exigen expresamente para calificar de leve la infracción que del incumplimiento empresarial de la normativa prevencionista no se haya derivado riesgo grave para la integridad física o salud de los trabajadores (apartados 1 y 4). Como establece la STS de 29 de julio de 2002³³⁷, siendo necesaria una infracción de la normativa laboral para completar el tipo, “no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque esta exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en «peligro grave su vida, salud e integridad física» la que nos envía a *infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo la creación de grave riesgo*” (el subrayado es nuestro).

En definitiva, la eliminación del requisito de gravedad referido a la infracción punible en el art. 316 CP no ha supuesto una ampliación real³³⁸ del elemento objetivo del tipo respecto al previsto en el anterior art. 348 bis.a) ya que, al ser necesario para la formalización del actual tipo delictivo un nexo de causalidad según el cual la norma de seguridad infringida debe poner en peligro grave la vida, salud o integridad de los trabajadores, se reduce necesariamente “el ámbito de posibilidades a las infracciones también graves que lleven consigo la creación de dicho grave riesgo”³³⁹.

B. No facilitación de los medios preventivos.

El segundo componente de la conducta típica es la no facilitación por parte del empresario de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

Se produce en el art. 316 CP en relación a este componente una modificación en la descripción de la conducta punible respecto a lo previsto en el art. 348 bis.a) del anterior Código Penal. Recogía este último precepto tres modalidades típicas de realización de la conducta, a saber: no exigir, no facilitar los medios y no procurar las condiciones de seguridad.

³³⁶ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 228.

³³⁷ RJ 2002/8826.

³³⁸ ALFONSO MELLADO y PEÑA OBIOL señalan que la ampliación del tipo precedente debido a la omisión de la referencia a la gravedad de la infracción que se contenía en el art. 348 bis.a) es “más aparente que real”: ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OBIOL, S., op. cit., pág. 3.

³³⁹ MORILLAS CUEVA, L., op. cit., pág. 43.

Destacaba ARROYO ZAPATERO³⁴⁰ que las dos primeras modalidades de conductas punibles se referían a los medios de protección personal que el empresario está obligado a facilitar y a exigir que se empleen efectivamente por los trabajadores (regulados entonces en el Capítulo XIII del Libro II OGSHT), tratándose por tanto, de conductas puramente omisivas mientras que con la expresión “procurar” se producía una ampliación de las modalidades de conducta típica ya que las condiciones de seguridad a las que se refiere aquella engloban “todos aquellos presupuestos personales, materiales y organizativos de la prestación del trabajo que evitan la creación de riesgo o neutralizan o aminoran los ya existentes y que vienen exigidos por las normas de seguridad”, admitiendo, por tanto, esta última modalidad de conducta una comisión tanto activa como omisiva.

La redacción del nuevo delito contra la seguridad en el trabajo se refiere a una única modalidad de conducta típica, la de no facilitación de los medios, y plantea de esta forma dos dudas interpretativas. La primera de ellas se refiere a si el legislador ha pretendido restringir las conductas punibles de forma que ahora sólo se penaliza el incumplimiento empresarial en el caso de que éste suponga que el empresario no pone a disposición de sus trabajadores los medios de protección personal, no siendo, por tanto, subsumibles en el tipo ni la conducta empresarial de no vigilar el uso efectivo por parte de los trabajadores de los equipos de protección personal ni los incumplimientos de la normativa preventiva que se refieran a las condiciones materiales de seguridad o a los procedimientos de organización y ordenación del trabajo. La segunda duda interpretativa originada por la nueva descripción que de la conducta típica hace el art. 316 CP es la relativa a si la conducta punible ha de ser necesariamente omisiva o puede también ser activa. Pasemos a analizar estas cuestiones interpretativas de la conducta típica descrita por el tipo penal del art. 316 CP.

a. Modalidades de realización de la conducta punible.

A la cuestión de si la simplificación en la enumeración de las conductas punibles que lleva a cabo el art. 316 CP en relación a la descripción que de las mismas hacía el anterior art. 348 bis a) supone una reducción de las conductas incluíbles en el tipo en el sentido de que la expresión “no facilitar los medios” haya de entenderse referida únicamente a la obligación empresarial de proporcionar a los trabajadores los equipos de protección personal recogida ahora en el art. 17.2 LPRL, la doctrina científica ha respondido de manera negativa³⁴¹.

Los “medios necesarios” a los que se refiere el art. 316 CP no han de identificarse con los medios de protección personal regulados en el art. 17.2 LPRL (que ni siquiera se refiere a los mismos con la denominación de “medios” sino de “equipos”) sino que, como bien señala AGUADO LÓPEZ³⁴², podemos relacionar la expresión de “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su trabajo con las medidas de seguridad e higiene adecuadas” con la utilizada por el art. 14.2 LPRL que, al regular el derecho de los trabajadores a la protección frente a los riesgos laborales, establece que el empresario en cumplimiento de su deber de protección deberá adoptar

³⁴⁰ ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., págs. 158-159.

³⁴¹ GARCÍA MURCIA J., op. cit, pág. 119; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Derecho Sancionador...*, op. cit., pág. 267; RIVERO LAMAS, J., op. cit., pág. 700; AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., págs. 194-199.

³⁴² AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., págs. 195-196.

“cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores...”³⁴³. De esta forma, los “medios necesarios” incluyen las “condiciones de seguridad” a las que se refería el art. 348.bis.a) del antiguo Código Penal, esto es, todas las medidas preventivas que deban adoptarse en la empresa en cumplimiento de la normativa prevencionista, ya sean de carácter personal, material u organizativo.

Es de destacar que, como acaba de decirse, entre las obligaciones preventivas cuyo incumplimiento es subsumible en el tipo penal que estamos analizando se incluyen no sólo aquellas que se refieren a la facilitación de medios materiales de prevención de riesgos sino también las relativas a medidas organizativas, entre las que se encuentran las medidas en materia de formación e información en materia preventiva³⁴⁴. Este es el criterio seguido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de noviembre de 1998³⁴⁵, en la que se condena como autores de un delito contra la seguridad de los trabajadores al gerente y al jefe de taller de una empresa por, entre otros incumplimientos de la normativa preventiva, no haber dado las debidas instrucciones a los trabajadores (lo que supone un incumplimiento del art. 15.1.i) LPRL) ni haber adoptado “las medidas adecuadas para que aquéllos reciban las informaciones necesarias en relación con los riesgos para la seguridad y salud que existen tanto en la empresa en su conjunto como en cada puesto de trabajo o función”, comportamiento este último que supone la inobservancia empresarial de la obligación preventiva prevista en el art. 18 LPRL.

Por otra parte, debemos entender que el comportamiento empresarial de “no exigir” a los trabajadores el cumplimiento de las medidas preventivas adoptadas por la empresa sigue siendo punible conforme al actual delito contra la seguridad de los trabajadores³⁴⁶ ya que, tal y como establece la STS de 26 de septiembre de 2001³⁴⁷, “aunque el art. 316 del vigente Código Penal presenta algunas diferencias de redacción con las que tenía en el Código precedente (...) en el que, junto al verbo facilitar se incluía la omisión de «exigir» las condiciones de seguridad (...), la mera redacción no se interpreta *inadecuadamente*³⁴⁸ como excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de arquitecto técnico, ha de estar a pie de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra...”. Tal y como destaca la AP de Castellón de 3 de septiembre de 2002³⁴⁹, “no aceptamos que el actual CP deje sin sanción la conducta de no exigir los medios, limitándose a sancionar el no facilitarlos, ya que gramaticalmente este verbo supone poner al alcance de los trabajadores las medidas, y nos encontraríamos, con la absurda situación de tener que aceptar que la simple puesta a disposición elude el tipo penal, mientras que la conducta de observar como los puestos a disposición, ni se utilizan, ni se instalan, ni se exigen, apreciándose

³⁴³ Esta referencia a lo previsto en el art. 14.2 LPRL a la hora de analizar la infracción del deber de seguridad que es punible conforme al art. 316 CP en STS de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/8826).

³⁴⁴ En este sentido, la sentencia de la AP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ARP 2001/214), al analizar la conducta típica de “no facilitación de los medios”, destaca que estos últimos “no han de ser sólo los estrictamente materiales, sino también los personales, intelectuales y organizativos entre los que destaca muy especialmente el deber de información sobre el riesgo...”.

³⁴⁵ RJ 1998/7764.

³⁴⁶ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 197.

³⁴⁷ RJ 2001/9603.

³⁴⁸ Creemos que se trata de un error de redacción (debería decir “adecuadamente”) toda vez que se termina condenando al arquitecto técnico por incumplimiento de su deber de supervisión.

³⁴⁹ ARP 2002/642.

un evidente riesgo, carecería de sanción (...) Esta interpretación iría contra la finalidad y el bien jurídico protegido en estos delitos”, por lo que, concluye la citada resolución, no puede considerarse “despenalizada la conducta de no exigir”.

En definitiva, la modificación en la redacción del art. 316 CP respecto al anterior art. 348 bis.a) no ha supuesto una reducción de los incumplimientos empresariales en materia preventiva que son constitutivos del delito contra la seguridad de los trabajadores ya que la conducta punible de “no facilitar los medios” recogida en aquél comprende las tres modalidades de realización de la conducta típica que preveía el anterior delito contra la seguridad en el trabajo³⁵⁰. Tal y como establece la citada sentencia de la AP de Castellón de 3 de septiembre de 2002³⁵¹, aunque efectivamente la “dicción literal de ambos artículos es diferente en el empleo de los diferentes verbos, ya que mientras que el art. 348 bis.a) aludía a no exigir, no facilitar o no procurar, en los actuales arts. 316 y 317 (el primero para la conducta dolosa y el segundo para la imprudente) tan solo utilizan no facilitar (...) debemos optar por una interpretación adecuada a la auténtica voluntad del legislador adecuada a las demandas sociales que trata de satisfacer el nuevo CP de 1995, que está muy lejos de pretender reducir la protección penal de los trabajadores en orden a su vida, salud e integridad física cuando se infringen las medidas de prevención de riesgos laborales. Más bien todo lo contrario, se trata de mantener una postura de protección más acorde con una sociedad moderna repleta de avances tecnológicos, procurando la protección de un bien jurídico de naturaleza colectiva cuya titularidad corresponde a los trabajadores y cuya responsabilidad deriva por la posición de garantes que dimana para concretas actividades económicas y empresariales que reportan un claro beneficio para quienes participan en ellas”. En este sentido, entiende la citada sentencia tal y como se acaba de defender más arriba, que la interpretación de la conducta punible “viene directamente relacionada con lo establecido en el actual art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales...que contempla el derecho de los trabajadores a una protección eficaz e íntegra y que comprende todo el proceso de seguridad desde la información, la formación, la consulta, la participación, la disponibilidad de medios, su utilización, hasta llegar a la paralización de la actividad si entraña riesgo. Se trata de deberes muy amplios y todos ellos tienen cabida en el tipo penal del actual 316 al utilizar el verbo facilitar. El deber de facilitar no es simplemente un deber de poner a disposición, sino que requiere el dar cumplimiento a cada uno de los diversos derechos instrumentales en los que se materializa el genérico derecho de los trabajadores a una protección eficaz. *La acción consiste en no exigir, no facilitar o no procurar los medios o condiciones a los trabajadores para permitir un trabajo seguro e higiénico, poniendo en peligro su vida o integridad física*”³⁵² (el subrayado es nuestro).

³⁵⁰ Cuestión distinta es que, puestos a simplificar la redacción del tipo penal, se podría haber empleado, en vez de la expresión de “no facilitar los medios”, la de “no procurar las condiciones”, expresión ésta más genérica (piénsese en el amplio concepto que de “condiciones de trabajo” da el art. 4.7 LPRL) y, por tanto, más fácil de interpretar como aglutinadora del resto de modalidades de conducta, tal y como ya hacía la doctrina (ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., pág. 159) al comentar el art. 348 bis.a).

³⁵¹ ARP 2002/642.

³⁵² La idea de que la modalidad de conducta típica del art. 316 CP engloba las diferentes modalidades prevista en el anterior art. 348 bis.a) también en sentencia de la AP de la Rioja de 21 de enero de 2003 (ARP 2003/214) y sentencia de la AP de Sevilla de 24 de octubre de 2002 (ARP 2002/843).

b. El art. 316 CP como delito de omisión.

El delito contra la seguridad de los trabajadores presenta una estructura omisiva en tanto la conducta empresarial, para ser subsumible en el tipo, ha de suponer necesariamente una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Esto implica que, desde el punto de vista jurídico, la conducta es omisiva pues el sujeto no hace lo que espera el ordenamiento jurídico, esto es, no cumple con la normativa prevencionista³⁵³.

Ahora bien, para entender que nos encontramos ante un delito de omisión es necesario que, desde el punto de vista físico, este incumplimiento de la normativa se produzca mediante una conducta omisiva del empresario ya que “aún cuando exista infracción de un deber, si la lesión del bien jurídico se produce por una acción, habrá un delito comisivo o activo, no uno de omisión”³⁵⁴.

Frente a la cuestión acerca de si el delito contra la seguridad de los trabajadores se configura como delito de omisión desde un punto de vista “físico” hay dos posturas contrapuestas. Por una parte, la profesora AGUADO LÓPEZ entiende que, formulada la modalidad de conducta típica en el art. 316 CP de manera omisiva (“no faciliten los medios necesarios...”), se debe rechazar la posibilidad de que el delito contra la seguridad en el trabajo se cometa mediante una conducta activa ya que aquel precepto exige que la infracción de la normativa preventiva se realice a través de un determinado medio comisivo que, como acabamos de decir, se formula de modo omisivo³⁵⁵.

Entre las diferentes formas de delito omisivo, el del art. 316 CP se configuraría como de omisión impropia o comisión por omisión pues para su consumación no basta con la realización de la conducta negativa sino que además es necesario que de la misma derive un resultado –en este caso la creación de un peligro grave para la vida, integridad física o salud de los trabajadores–³⁵⁶.

Esta postura doctrinal parece ser la mantenida por el TS en alguna de sus resoluciones al definir al art. 316 CP como “un tipo de omisión que consiste en no facilitar lo medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas y esta omisión debe suponer, en sí misma, el incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral, a lo que en la descripción legal del tipo se alude en su comienzo diciendo «con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales»” (STS de 12 de noviembre de 1998³⁵⁷ y Auto del TS de 6 de noviembre de 2001³⁵⁸).

Frente a esta postura, entendemos que es más acorde con la descripción que de la modalidad de conducta típica se ha dado anteriormente, el entender que el medio comisivo en este delito admite tanto una conducta activa como omisiva del sujeto activo. Si, como vimos, la conducta de “no facilitar los medios necesarios” debe interpretarse como referida a la inobservancia empresarial de cualquiera de las medidas preventivas recogida en la normativa prevencionista, la misma podrá cometerse mediante una acción –cuando el empresario vulnera una norma prohibitiva: por

³⁵³ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 204.

³⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pág. 223.

³⁵⁵ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., págs. 199-205.

³⁵⁶ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., págs. 206-207.

³⁵⁷ RJ 1998/7764.

³⁵⁸ RJ 2001/9829.

ejemplo, emplea a un menor para trabajos que presentan riesgos específicos contraviniendo lo prescrito en el art. 27.2 LPRL– o una omisión –cuando se incumplen normas imperativas: por ejemplo, el empresario no informa a los trabajadores acerca de los riesgos en el trabajo y de las medidas preventivas a adoptar incumpliendo, de esta forma, el art. 18 LPRL–.

De esta forma, tal y como destacaba ARROYO ZAPATERO al comentar el anterior art. 348 bis.a) –comentario aplicable al actual art. 316 CP toda vez que hemos entendido que existe una identidad entre las modalidades de conducta típica de uno y otro precepto–, el actual delito contra la seguridad en el trabajo presenta una estructura nuclear consistente “en la infracción de un deber, en los que resulta irrelevante la forma activa u omisiva de realización del resultado típico”³⁵⁹. Esta es la tesis seguida por la sentencia de la AP de Sevilla de 24 de octubre de 2002³⁶⁰ que condena al encargado de una obra como autor de este delito contra los derechos de los trabajadores por obligar a los trabajadores a seguir con la actividad laboral pese a la orden de paralización del Inspector de Trabajo, estableciendo expresamente que “es indiferente la forma activa u omisiva en la realización de la acción típica y en la creación o el incremento del peligro”³⁶¹.

C. Puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

Para entender cometido el delito contra la seguridad de los trabajadores, a los dos componentes que acabamos de analizar de la conducta típica (incumplimiento de la normativa preventiva y no facilitación de los medios preventivos) 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” (STS de 26 de septiembre de 2001³⁶²). Por tanto, no es suficiente para integrar el tipo cualquier infracción de normas de seguridad, lo que “extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica” (STS de 29 de julio de 2002³⁶³), sino que es necesario que dicha infracción haya sido capaz de generar aquel grave peligro.

De esta forma, el delito del art. 316 CP se configura como un delito de “peligro concreto grave” (STS de 4 de junio de 2002³⁶⁴), sin que baste la idoneidad lesiva en abstracto de la conducta empresarial³⁶⁵ pues no nos encontramos ante un delito de mera actividad

³⁵⁹ ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., pág. 159. En el mismo sentido, comentando el art. 316 CP, RIVERO LAMAS, J., op. cit., pág. 701. También admiten la posibilidad de que el medio comisivo en el delito que estamos comentando sea tanto activo como omisivo: PURCALLA BONILLA, para quien “hay responsabilidad penal cuando por acción (...) o por omisión (...) existe aquel incumplimiento de “facilitar los medios necesarios” que activa la responsabilidad penal”: PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit. pág. 64; TERRADILLOS BASOCO, J., quien destaca que, desde “el punto de vista fáctico, cabe también entender típicos ciertos comportamientos consistentes en hacer...”. También parece seguir esta línea interpretativa la STS de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/8826) al entender que el delito del art. 316 CP es un tipo de “estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber...” (el subrayado es nuestro; en los mismos términos se pronuncia la sentencia de la AP de Almería de 7 de septiembre de 2005 –ARP 2006/21–).

³⁶⁰ ARP 2002/843.

³⁶¹ En los mismos términos se pronuncia la sentencia de la AP de la Rioja de 21 de enero (ARP 2003/214).

³⁶² RJ 2001/9603.

³⁶³ RJ 2002/8826.

³⁶⁴ RJ 2002/6921.

³⁶⁵ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., op. cit., pág. 122.

sino ante un delito de resultado. Como señala la sentencia de la AP de Lleida de 13 de octubre de 1998³⁶⁶, los “delitos de peligro concreto, entre ellos el que ahora nos ocupa, constituyen, pues, delitos de “resultado” –aunque resultado de peligro– en los cuales deben aplicarse, lo mismo que en los delitos de resultado de lesión, las reglas de la causalidad y de la imputación jurídica a los efectos de establecer la existencia de una relación causa-efecto entre la conducta de peligro y el resultado que ella provoca”.

Como delito de peligro, el art. 316 CP responde a la idea de adelantar la línea de intervención punitiva (STS de 4 de junio de 2002³⁶⁷), de forma que “alcanza su consumación por la existencia del peligro en sí mismo, sin necesidad de resultados lesivos...” (STS de 26 de julio de 2000³⁶⁸). Si la situación de peligro se actualiza en muertes o lesiones de los trabajadores, se dará una situación concursal del delito del art. 316 CP con el de homicidio o lesiones, siendo la solución jurisprudencial a dicha situación la siguiente: si los trabajadores lesionados o fallecidos eran los únicos sometidos al peligro se entiende que existe un concurso de leyes que se resuelve a través del principio de consunción del art. 8.3º CP; si, por el contrario, la situación de riesgo afectaba a más trabajadores de los finalmente accidentados, nos encontraremos ante un concurso ideal de delitos a resolver conforme a las reglas establecidas en el art. 77 CP.

Esta regla para la solución de situaciones concursales en supuestos en que los riesgos laborales se actualizan en daños para los trabajadores se estableció en la STS de 14 de julio de 1999³⁶⁹ al entender ésta que “cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro³⁷⁰ (art. 8.3º CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; mas cuando...el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que...en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse...que ha existido un concurso ideal de delitos”³⁷¹.

Los objetos sobre los que se ha de proyectar el peligro son la vida, salud o integridad física de los trabajadores, mejorándose de esta forma el contenido del anterior art. 348 bis.a)³⁷² que, al referirse únicamente a la “vida o integridad física”, dejaba fuera de su ámbito de protección la “salud” de los trabajadores por lo que resultaba atípica la creación antijurídica del riesgo de enfermedad profesional³⁷³.

³⁶⁶ Sentencia citada en AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 77.

³⁶⁷ RJ 2002/6921.

³⁶⁸ RJ 2000/7920.

³⁶⁹ RJ 1999/6180.

³⁷⁰ Debería precisarse que es el delito de lesiones el que se contraponen al de peligro porque como señalan BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO, hay que recordar que “en contra de fórmulas estereotipadas en resoluciones judiciales, los delitos de resultado no se contraponen a los de peligro, antes bien, los delitos de peligro siempre son de resultado”: BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., op. cit., pág. 122.

³⁷¹ Criterio seguido por las sentencias del TS de 4 de junio de 2002 (RJ 2002/6921) y de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/6547).

³⁷² BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., op. cit., pág. 116.

³⁷³ ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., pág. 163. Destacaba este autor que, no obstante y con base “en la voluntad del legislador expresada en el debate parlamentario, podría intentarse una interpretación que cubriera la puesta en peligro de la salud a partir de la referencia típica a las normas de higiene, cuyo sentido no es el de evitar peligros para la integridad corporal, sino específicamente para la salud”. Este

Por lo que se refiere a las características del peligro, señala la STS de 4 de junio de 2002³⁷⁴, que uno “de los varios elementos normativos del delito del art. 316 CP, es que el *peligro concreto* que se crea por el comportamiento del sujeto sea *grave* para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores...”.

En cuanto a la nota de *gravedad*, ya se indicó anteriormente que en este punto se modifica el anterior delito del art. 348 bis.a) en orden a referir la *gravedad* no a la infracción de la normativa preventiva sino al peligro que se genera como consecuencia de la misma. De esta forma, el legislador restringe el catálogo de comportamientos subsumibles en el tipo y adecúa la intervención penal en este ámbito al postulado de *ultima ratio*³⁷⁵ al no resultar punibles las infracciones de las que no se derive un riesgo de entidad. Como señala la STS de 29 de julio de 2002³⁷⁶, la infracción de la norma de seguridad se convierte en tipo penal por la mayor lesividad que la misma conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores pues si bastase para integrar el tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad se “extendería indebidamente la repuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica”.

El “peligro grave” es un concepto jurídico indeterminado para cuya concreción deberán utilizarse criterios lógicos, técnicos o de experiencia³⁷⁷ teniendo en cuenta que la gravedad de un riesgo vendrá determinada por la probabilidad de que se produzca el resultado lesivo y la severidad del mismo³⁷⁸.

Respecto a la exigencia de que el peligro haya de ser *concreto*, aunque la misma no se recoja expresamente en la descripción del tipo, se deriva del carácter de delito de resultado que, como vimos, tiene el art. 316 CP. Como señala AGUADO LÓPEZ, los delitos de peligro se clasifican en delitos de mera actividad, de los cuales deriva un peligro abstracto –es suficiente la realización de una acción peligrosa para entender consumado el delito– y delitos de resultado, que dan lugar a un peligro concreto –además de la realización de la conducta, ha de derivarse de la misma un peligro efectivo para un bien jurídico–³⁷⁹. Como estamos viendo, para entender cometido el delito del art. 316 CP no es suficiente con que se incumpla la normativa prevencionista sino que además es necesario que, como consecuencia de esta actuación empresarial peligrosa, se genere un efectivo riesgo para la vida, seguridad y salud de los trabajadores, por lo que el delito contra los derechos de los trabajadores que estamos analizando se configura como delito de peligro concreto.

parece ser el criterio seguido por la sentencia de la AP de Cádiz de 30 de mayo de 2000 (ARP 2000/2039), que condena al propietario de una empresa de cultivo de flores por el delito del art. 348 bis.a) del antiguo Código Penal por poner en riesgo la salud de sus trabajadores –que se ha actualizado en enfermedad en el caso de una de sus trabajadoras– al tenerlos expuestos a insecticidas y plaguicidas sin facilitarles ropa adecuada de trabajo.

³⁷⁴ RJ 2002/6921.

³⁷⁵ GARCÍA SALAS, A.I., op. cit., pág. 245.

³⁷⁶ RJ 2002/8826.

³⁷⁷ STC 69/1989, de 20 de abril.

³⁷⁸ Como vimos anteriormente en este trabajo estos son los criterios que se han de valorar conjuntamente para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad según el art. 4.2º LPRL y entendemos que también son los aplicables para determinar la gravedad del peligro al interpretar el art. 316 CP.

³⁷⁹ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., págs. 88-89.

4. Fundamento o bien jurídico protegido

Una vez analizados el sujeto activo y los hechos típicos del art. 316 CP pasemos a examinar el tercero de los elementos cuya identidad es necesaria para la aplicación del principio *non bis in idem*, esto es, el fundamento del delito contra la seguridad en el trabajo.

El *fundamento* “hace referencia al bien jurídico protegido por la norma sancionadora y la acción punitiva” (STS de 9 de junio de 1999³⁸⁰), esto es, al *valor* al que la ley quiere proteger de las acciones que puedan dañarlo³⁸¹.

Al identificar el bien jurídico protegido por el delito del art. 316 CP la doctrina ha mantenido diferentes posturas si bien podemos diferenciar principalmente³⁸² entre los que defienden como bien jurídico protegido la “seguridad en el trabajo”, los que entienden que es el la “vida, integridad física y salud de los trabajadores” lo que se protege a través de este ilícito penal y finalmente, los que mantienen una postura uniformadora (con la que nos alinearemos).

Para un sector doctrinal³⁸³ el bien jurídico protegido en el art. 316 CP es la “seguridad e higiene en el trabajo” como interés u objeto diferente y autónomo respecto de la vida, integridad física y salud de los trabajadores. Como destaca ARROYO ZAPATERO³⁸⁴, las consecuencias de esta autonomía se manifiestan básicamente en la irrelevancia en el

³⁸⁰ RJ 1999/6394. En este sentido también la doctrina que, al conceptualizar este tercer elemento del principio *non bis* lo identifica con el bien jurídico protegido: REY GUANTER, S. DEL, *Potestad sancionadora...*, op. cit., pág. 136; CARRERO DOMÍNGUEZ, C., op. cit., pág. 333.

³⁸¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pág. 223.

³⁸² Una postura minoritaria es la representada por LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., op. cit., págs. 110-112. Este autor mantiene que el bien jurídico protegido por el tipo penal que estamos analizando sería la “seguridad de la vida, integridad física y salud de los trabajadores”. Afirma LASCURAÍN que siendo el bien jurídico el objeto inmediatamente protegido por la norma, el hecho de que un determinado bien sea protegido por el tipo penal no implica necesariamente que este bien se configure como bien jurídico penal. Así, la vida, integridad física y salud de los trabajadores vendrían protegidos a través del art. 316 CP pero no constituirían el bien jurídico penal del mismo pues el objeto de inmediata protección es la seguridad de dichos bienes al considerar el autor, citando a RODRÍGUEZ MOURULLO que “al configurar un determinado delito de peligro, la ley convierte en bien jurídico la seguridad de otro bien (...), la seguridad de determinados bienes puede ser ya en sí mismo un bien jurídico”.

La postura de este autor es consecuencia de su concepto de bien jurídico, según el cual todo delito ha de lesionar un bien jurídico y por tanto, también los delitos de peligro, que no supondrían la tipificación de comportamientos capaces de provocar la puesta en peligro del bien jurídico protegido sino la lesión del mismo. De esta forma, rechaza la configuración de la vida, integridad física y salud como bienes jurídicos penales protegidos pues sería posible realizar el tipo del art. 316 CP y no lesionar dichos bienes. Sin embargo, no sería posible realizar el tipo del art. 316 CP y no lesionar la seguridad de la vida o de la integridad física de los trabajadores.

³⁸³ ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., págs. 154-155; MORILLAS CUEVA, L., op. cit., pág. 27; GARCÍA SALAS, A.I., op. cit., pág. 241; RIVERO LAMAS, J., op. cit., pág. 692.

³⁸⁴ ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., pág. 155.

consentimiento en el riesgo por parte del trabajador³⁸⁵ y en la configuración del concurso de delitos³⁸⁶.

La seguridad en el trabajo, entendida “como la ausencia de riesgos³⁸⁷ para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo...” (STS de 29 de julio de 2002³⁸⁸), es un bien jurídico consagrado por la Constitución en su art. 40.2³⁸⁹, que establece como principio rector de la política social y económica el que los poderes públicos velen por la seguridad e higiene en el trabajo, por lo que mediante la tipificación del delito del art. 316 CP el legislador está dando cumplimiento al mandato constitucional recogido en el art. 53.3 CE.

Se trataría de un bien jurídico colectivo ya que el tipo penal “está incluido en el Título XV, «De los Delitos contra los derechos de los trabajadores» (...), que supone el reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal, como sujeto de derechos...” (STS de 29 de julio de 2002³⁹⁰).

Esta posición acerca del bien jurídico protegido por el art. 316 CP es mantenida por la STS de 26 de julio de 2000³⁹¹ que, al pronunciarse sobre este punto, tiene muy en cuenta la ubicación sistemática de este ilícito penal, destacando que la unidad sistemática que bajo la rúbrica autónoma del Título XV del Libro II se da a los “Delitos contra los derechos de los trabajadores” pone de relieve la autonomía del bien jurídico protegido, si bien, este marco general de protección penal de la clase trabajadora “alcanza a distintos bienes específicos, entre ellos, la seguridad e higiene en el trabajo...”.

La principal crítica que se puede formular contra esta tesis de la seguridad en el trabajo como bien jurídico autónomo es la de que resulta incompatible con la configuración (mantenida, como vimos, tanto doctrinal como jurisprudencialmente) del delito del art. 316 como delito de peligro concreto. No parece posible mantener, como hace un sector doctrinal, que el delito contra los derechos de los trabajadores que estamos comentando

³⁸⁵ En este sentido señala la sentencia de la AP de La Rioja de 21 de enero de 2003 (ARP 2003/214) que la seguridad en el trabajo “se constituye en un bien jurídico autónomo relacionado con el deber empresarial de velar por esa seguridad, lo que comporta que al no ser disponible el correlativo derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajo seguras, resulte irrelevante el consentimiento del trabajador o la aceptación tácita o explícita del riesgo”.

³⁸⁶ El que la solución jurisprudencial que vimos anteriormente a la situación concursal –concurso ideal de delitos cuando el resultado lesivo producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la infracción empresarial del deber de seguridad al haber más trabajadores sometidos al peligro– entre delitos de resultado lesivo y el delito del art. 316 CP se debe a que son distintos los bienes jurídicos protegidos en unos y otro, en STS de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/6547).

³⁸⁷ Bien entendido que se trataría de una ausencia de riesgos *prohibidos*, “pues es sabido que el del trabajo es un espacio propio de peligro o riesgo permitido” (ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., pág. 162). Por tanto, si definimos la seguridad en el trabajo como ausencia de riesgos no nos estaremos refiriendo a cualquier peligro sino a aquellos riesgos generados, incrementados o no evitados como consecuencia del incumplimiento de las normas de seguridad y, por tanto, prohibidos. Que el trabajo es un espacio de riesgo permitido lo asume la propia LPRL que establece como uno de los principios de la acción preventiva el de evaluar “los riesgos que *no se pueden evitar*” (art. 15.1.b)).

³⁸⁸ RJ 2002/8826.

³⁸⁹ ARROYO ZAPATERO, L., op. cit., pág. 154.

³⁹⁰ RJ 2002/8826.

³⁹¹ RJ 2000/7920. También se muestran partidarias de esta postura, entre otras, la sentencia de la AP de La Rioja de 21 de enero de 2003 (ARP 2003/214) y la sentencia de la AP de Castellón de 7 de noviembre de 2004 (ARP 2004/22).

es un “delito de riesgo que penaliza la «puesta en peligro» de la seguridad y la salud en el trabajo”³⁹² ya que si se ha definido la seguridad en el trabajo como “ausencia de riesgos”, con la puesta en peligro de la vida, integridad física o salud de los trabajadores se produce ya la lesión de este bien jurídico, es decir, “con la producción del riesgo no permitido por el tipo se lesiona la seguridad, que es el anverso del concepto de peligro o de riesgo”³⁹³.

Partiendo de esta crítica, otro sector doctrinal³⁹⁴ mantiene que el bien jurídico protegido es la “vida y la salud” de los trabajadores, constituyéndose la “seguridad en el trabajo” como marco condicionante de la eficacia en la protección de la vida o salud y debiendo valorarse la apelación al deber de seguridad del empresario como un medio de acotar el ámbito de los sujetos obligados. Se trataría igualmente de un bien jurídico colectivo, pues la “conducta típica, que consiste en crear peligro, impone esta dimensión colectiva del bien jurídico, ya que ese peligro se proyecta sobre los trabajadores indeterminados, como colectivo al que se somete a condiciones de inseguridad”³⁹⁵.

Entendemos que esta postura doctrinal no da la adecuada trascendencia a la ubicación sistemática del ilícito penal que estamos comentando y que, como vimos, dota de cierta autonomía al bien jurídico protegido.

Frente a las dos interpretaciones anteriores, nos alineamos con el sector doctrinal que defiende una posición uniformadora. Los bienes jurídicos protegidos por el delito contra la seguridad en el trabajo serían tanto la vida y salud de los trabajadores como la seguridad en el trabajo. Esta interpretación respeta la estrecha vinculación que existe entre uno y otro bien³⁹⁶ y que se refleja en el delito del art. 316 CP al sancionar la puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores siempre que esto se produzca como consecuencia de la lesión del bien jurídico de la seguridad en el trabajo.

³⁹² RIVERO LAMAS, J., op. cit., pág. 697. En este sentido también GARCÍA SALAS, quien, tras defender como bien jurídico protegido la “seguridad e higiene en el trabajo”, destaca que la “configuración del art.316 como delito de riesgo trae como consecuencia que el resultado típico se produzca con la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido”: GARCÍA SALAS, A.I., op. cit., pág. 245.

³⁹³ AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 86.

³⁹⁴ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., op. cit., págs. 116-117. Destacan estos autores que si se entiende que el bien jurídico protegido es la seguridad en el trabajo, habrá de defenderse la configuración del delito como de resultado lesivo para dicho bien y como no se ha construido de esta forma, sino como tipo de peligro concreto, “parece obvio que lo que en ocasiones se ha denominado situaciones estructurales no pueden considerarse como bienes jurídicos”.

³⁹⁵ TERRADILLOS BASOCO, J., op. cit., pág. 174, quien señala además que desconocer la naturaleza colectiva del bien jurídico llevaría a insolubles problemas en materia de concursos o, incluso, de relevancia del consentimiento. En contra de esta configuración colectiva está AGUADO LÓPEZ para quien el titular del bien jurídico protegido (vida, salud e integridad física) será una persona individual ya que la vida y salud son bienes individuales cuyo titular es cada uno de los trabajadores. Para esta autora, la utilización por el legislador del término “trabajadores” en el art. 316 CP no quiere referirse a que el titular del bien jurídico es un colectivo de trabajadores “sino que, con ello, quiere significar una decisión concursal que deriva de la propia naturaleza de los delitos de peligro, a diferencia de los delitos de lesión. Esta decisión consiste en considerar que existe un único delito, aunque se ponga en peligro la vida, salud o integridad física de varios trabajadores”: AGUADO LÓPEZ, S., op. cit., pág. 109.

³⁹⁶ La dificultad de deslindar estos bienes jurídicos se refleja en la STS de 29 de julio de 2002 (RJ 2002/8826) que, tras señalar que el tipo penal del art. 316 CP protege la “seguridad en el trabajo como bien jurídico autónomo”, destaca que en observancia del principio de intervención mínima sólo se reconvierten en tipo penal las infracciones que conllevan una mayor lesividad “para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores” (los subrayados son nuestros).

La relación entre los bienes jurídicos que estamos tratando se manifiesta en la fundamentación constitucional del derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo. Siguiendo a PALOMEQUE LÓPEZ³⁹⁷, podemos decir que el derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo se configura mediante tres formulaciones normativas: 1) el derecho constitucional del trabajador a su integridad física; 2) el principio rector de la política social y económica contenido en el art. 40.2 CE y 3) el derecho legal del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene

El derecho a la vida y a la integridad física del art. 15 CE es un derecho fundamental de los ciudadanos y, por lo tanto, un derecho constitucional del trabajador (laboral inespecífico)³⁹⁸. Además, el art. 40.2 CE establece el compromiso constitucional de los poderes públicos de velar por el bien jurídico de la seguridad e higiene en el trabajo como principio rector de la política social y económica. En cumplimiento de este mandato, el legislador ha reconocido el derecho de los trabajadores a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (arts. 4.1.d) y 19 ET) que supone la “laboralización”³⁹⁹ del derecho constitucional a la vida e integridad física y que tiene como reverso un complejo sistema de obligaciones preventivas empresariales.

Pues bien, estas tres formulaciones normativas han sido tenidas en cuenta por el art. 316 CP al tipificar el delito contra la seguridad en el trabajo. En efecto, este delito penaliza el incumplimiento empresarial de la normativa preventiva –lo que implica, a su vez, la vulneración del derecho de los trabajadores reconocido en los arts. 4.1.d) y 19 ET– siempre que del mismo se derive un riesgo –lo que supone la lesión del bien jurídico de la “seguridad en el trabajo” entendido como ausencia de riesgos– de entidad para el bien jurídico de la “vida e integridad física de los trabajadores”. Entendemos que la vinculación entre el art. 40.2 y art.15 CE impide que a la hora de determinar el bien jurídico protegido se prescindiera de alguna de estas dos conexiones constitucionales que tiene el derecho de los trabajadores a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

Por tanto, parece adecuado defender que a través del delito contra la seguridad en el trabajo se está protegiendo un doble bien jurídico: la vida, integridad y salud de los trabajadores como bien jurídico mediato y la seguridad y salud en el trabajo como bien jurídico inmediato⁴⁰⁰. De esta forma, además, se tiene en cuenta tanto la ubicación sistemática del delito que estamos comentando como su configuración como delito de peligro concreto.

³⁹⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, *AL*, nº 4, 1992, pág. 39.

³⁹⁸ Conceptúa este autor los derechos laborales inespecíficos como aquellos que son atribuidos con carácter general a los ciudadanos pero que al ser ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores, se concierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en la que se hacen valer: PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., op. cit., pág. 39.

³⁹⁹ Con este término se refiere PALOMEQUE LÓPEZ a la recepción legislativa en el ámbito de las relaciones laborales de derechos constitucionales de titularidad general: PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., op. cit., pág. 41.

⁴⁰⁰ BARBANCHO TOVILLAS, F; RIVAS VALLEJO, P.; PURCALLA BONILLA, M.A., op. cit., pág. 27; IGARTUA MIRÓ, M.T., *Compendio...*, op. cit., pág. 327, nota 614.

5. La aplicación del principio *non bis in idem*.

Una vez comentados los diferentes elementos del tipo penal del art. 316 CP que han de coincidir con los propios de las infracciones administrativas para que resulte de aplicación el principio *non bis in idem*, procede examinar la virtualidad práctica de dicho principio cuando se trate de sancionar administrativamente algunas de las infracciones muy graves que hemos analizado en la I Parte de este trabajo.

Como venimos destacando, en el caso de que entendamos que se da una identidad de sujeto, de hecho y de fundamento en las conductas tipificadas como delito contra la seguridad en el trabajo y las recogidas en las infracciones administrativas, la aplicación del principio informador del *ius puniendi* del Estado que venimos analizando provocará que no se puedan aplicar las sanciones administrativas, procediendo única y exclusivamente el reproche penal de la conducta empresarial.

Pasemos a analizar pues, si existe o no esta triple identidad requerida para que resulte de aplicación la interdicción constitucional de *bis in idem*.

A. Identidad de hechos.

Parece claro que la identidad de hechos exigida por el art. 3.1 TRLISOS se da claramente cuando se trata de sancionar el delito previsto en el art. 316 CP y algunas de las infracciones administrativas muy graves en materia de prevención de riesgos laborales recogidas en el art. 13 TRLISOS.

Existirá una coincidencia factual entre el delito contra la seguridad de los trabajadores y las infracciones tipificadas en el art. 13 TRLISOS de las que se derive un riesgo grave e inminente ya que, tanto en aquél como en éstas, la respuesta sancionadora se da frente incumplimientos de la normativa preventiva que se concretan en la falta de adopción de medidas de seguridad de la que se deriva un peligro grave para la seguridad y salud de los trabajadores.

Por lo que se refiere a la normativa preventiva que ha de servir de referencia para integrar el ilícito penal, hemos visto como el art. 316 CP modificó el art. 348 bis.a) que se refería únicamente a las “normas reglamentarias” como marco normativo de referencia lo que suponía que no fuese penalmente relevante los incumplimientos empresariales de las cláusulas que en materia preventiva incluyesen los convenios colectivos. De esta forma, con la anterior regulación era posible una diferenciación entre los supuestos de hecho previstos en el ámbito penal y administrativo ya que si la conducta empresarial generadora del riesgo suponía un incumplimiento de la normativa convencional sería sancionable administrativamente pero no en el orden penal.

El art. 316 CP tipifica ahora incumplimientos empresariales de las “normas de prevención de riesgos laborales” que serán las que define como tales el art. 1 LPRL y entre las cuales se incluyen tanto los convenios colectivos como las norma jurídico-técnicas. De esta forma, en la actualidad, existe una identidad entre el marco normativo de referencia al que se remiten el delito contra la seguridad en el trabajo y la normativa sustantiva a la que se remiten las infracciones del art. 13 TRLISOS.

Respecto a la falta de adopción de las medidas preventivas necesarias, hemos interpretado anteriormente de una manera amplia la expresión utilizada en el tipo penal, “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”, de forma que sería encuadrable en el tipo penal la acción u omisión del empresario que suponga la falta de adopción de cualquier medida preventiva, ya sea ésta de carácter personal, material u organizativo. De esta forma, cualquiera de los incumplimientos recogidos en el art. 13 TRLISOS será a su vez subsumible en el tipo penal siempre que de los mismos se derive el peligro grave al que se refiere éste último.

Por último, para entender penalmente relevante la conducta empresarial de falta de adopción de las medidas preventivas en incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo es necesario que de la misma se derive un “peligro grave” para la vida, salud e integridad física de los trabajadores. Cuando de las infracciones administrativas que hemos analizado se derive un riesgo grave e inminente para los citados bienes, nos encontraremos con que se produce una identidad entre los resultados sancionados en uno y otro orden sancionador pues el peligro concreto al que se refiere el precepto penal es incluíble en el concepto que de riesgo grave e inminente que da la normativa prevencionista (art. 4.4 LPRL).

No obstante debe hacerse una matización por lo que se refiere a la infracción administrativa muy grave prevista en los apartados 3 del art. 13 TRLISOS. Se recordará que en esta infracción lo que se sancionaba era la conducta empresarial que desobedecía la orden inspectora de paralización emitida cuando a juicio del Inspector actuante existía un riesgo grave e inminente y que para entender subsumible la conducta empresarial en el tipo infractor no se precisaba la existencia real del riesgo sino que el incumplimiento de la orden inspectora eran constitutiva de la infracción administrativa aunque el inspector hubiese errado en su apreciación subjetiva acerca de la existencia de un riesgo de tal entidad. Habrá que entender que en estos supuestos en los que en realidad no existía el peligro que motivó la orden paralizadora del trabajo, la desobediencia empresarial de esa orden será sancionable administrativamente pero no constitutiva del delito pues de la misma no se deriva un peligro grave para los trabajadores. Nótese que en este caso aunque no existe una identidad de hechos total (el tipo administrativo permite sancionar aunque no exista objetivamente el riesgo) no se produce el *bis in idem* ya que sólo será posible el reproche administrativo.

Para finalizar, destacar que una vez establecidos los elementos objetivos del tipo penal y de los ilícitos administrativos podemos pensar en situaciones en las que estas conductas objetivas no puedan merecer el reproche penal pero sí el administrativo. Esta posibilidad deriva de la diferenciación en cuanto al elemento subjetivo de uno y otros ilícitos. El componente subjetivo de culpabilidad del delito contra la seguridad en el trabajo se refiere a una conducta dolosa (art. 316) o con imprudencia grave (art. 317), no siendo relevante a efectos penales los incumplimientos empresariales debidos a imprudencia leve. Sin embargo, las conductas imprudentes leves si son sancionables administrativamente por lo que en estos casos la única vía sancionadora sería la administrativa⁴⁰¹.

⁴⁰¹ En este sentido, se ha entendido que “a pesar de la amplitud del tipo penal, queda un margen amplio para la aplicación de las sanciones administrativas a las conductas imprudentes que no sean graves”: SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., op. cit., pág. 341.

B. Identidad de fundamentos.

Entendemos que concurre la identidad de fundamento entre el ilícito del art. 316 CP y los tipos administrativos que en materia de prevención sancionan incumplimientos de la normativa prevencionista de los que se deriva un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores ya que en uno y otros el bien jurídico protegido será doble: la vida, integridad y salud de los trabajadores como bien jurídico mediato y la seguridad y salud en el trabajo como bien jurídico inmediato.

C. Identidad de sujetos.

Es en la exigencia de una identidad de sujetos donde la aplicación del principio *non bis in idem* va a encontrar el principal obstáculo cuando unos mismos hechos sean a la vez constitutivos del delito contra la seguridad en el trabajo y de infracción administrativa muy grave en materia preventiva. Esto es así porque en el ámbito administrativo el sujeto responsable de los incumplimientos de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo será el empresario (art. 2.1 TRLISOS⁴⁰²) ya sea éste persona física o jurídica mientras que en el ámbito penal rige el principio *societas delinquere non potest* por lo que el empresario-persona jurídica no podrá ser sancionado penalmente, respondiendo del ilícito penal el “encargado” al que materialmente sea imputable la conducta típica descrita en el art. 316 CP.

Tal y como advirtió el profesor REY GUANTER tempranamente, de lo dicho anteriormente se deriva “una trascendental conclusión a efectos de la aplicación del principio «non bis in idem» en el ámbito de la seguridad e higiene y salud laboral: la identidad subjetiva exigida por tal principio entre la vía administrativa y la vía penal sólo va a darse en los supuestos del empresario persona física cuando éste sea, exclusiva o en concurrencia con personal encargado, también condenado en la vía penal. En la mayoría de los supuestos, sin embargo, tal identidad no se va a dar por alguna de estas dos causas: o bien porque estamos ante una persona jurídica, en cuyo caso ésta será la sancionada en vía administrativa, pero no en la vía penal, o bien porque los sujetos penalmente responsables sean los encargados, de forma que no lo sea el empresario-persona física que haya podido ser administrativamente sancionado”.

Esta falta de identidad subjetiva cuando por los mismos hechos haya sido sancionado administrativamente la empresa y penalmente el “encargado” de la misma al que es imputable el incumplimiento de la normativa preventiva ha sido después mantenida tanto jurisprudencial como doctrinalmente.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, el TS hace suya esta postura en su sentencia de 12 de julio de 2001⁴⁰³ en la que se niega la existencia de identidad de sujetos necesaria para la aplicación del *non bis in idem* en un supuesto en el que tras recaer condena penal al ingeniero técnico director de una obra se impone a la empresa para la cual trabaja una sanción administrativa por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales por los mismos hechos que motivaron la reacción punitiva en el orden penal.

⁴⁰² El TRLISOS sigue el criterio subjetivo de imputación de la responsabilidad administrativa ya previsto en la LISOS consistente en no hacer administrativamente responsable a los encargados y mandos intermedios de la empresa.

⁴⁰³ RJ 2001/6075. Este criterio ya había sido asumido por el TC en su ATC 355/1991, de 25 de noviembre y posteriormente en ATC 357/2003, de 10 de noviembre.

La consecuencia de este criterio jurisprudencial, admitido también mayoritariamente por la doctrina científica⁴⁰⁴, es que el único supuesto en el que los incumplimientos en materia preventiva de los que se derive un grave riesgo para la vida, salud e integridad física de los trabajadores no van a poder ser doblemente sancionados por concurrir la triple identidad exigida por el art. 3.1 TRLISOS será cuando el empresario persona física sea culpable del delito del art. 316 CP, en cuyo caso la sanción penal vedará la intervención punitiva de la Administración. En estos casos es aplicable la crítica formulada por el profesor NIETO⁴⁰⁵ a la prevalencia jurisdiccional en el sentido de que esta regla “puede actuar como una auténtica burla de los intereses públicos” ya que “cuando las sanciones administrativas son más duras que las penas, para lo que sirve la condena criminal es, en el fondo, para reforzar la inmunidad del infractor”. La sanción prevista en los arts. 316 y 317 CP es (a pesar del criterio de *ultima ratio* que debe presidir la intervención penal) menos severa en la mayoría de los casos que la que correspondería imponer por vía administrativa, lo que nos lleva a la paradoja de que el empresario autor de los hechos constitutivos a la vez de delito e infracción administrativa preferirá la intervención de la jurisdicción penal que la de las autoridades administrativas.

El art. 316 CP impone una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses al autor del delito contra la seguridad en el trabajo⁴⁰⁶, imponiéndose conforme al art. 317 CP la pena inferior en grado cuando este delito se cometa por imprudencia grave. Si bien se puede hablar de una mayor gravedad de la reacción punitiva del proceso penal en relación a los procedimientos administrativos cuando están en juego penas privativas de libertad⁴⁰⁷, lo cierto es que los autores del delito contra la seguridad en el trabajo cuentan con posibilidades reales de eludir el ingreso en prisión⁴⁰⁸. Piénsese que si el delito se imputa en su modalidad culposa (lo que es habitual), en aplicación del art. 71.2 CP, la pena de privación de libertad se sustituirá por arresto de fin de semana o multa. En el caso de comisión dolosa del delito, la pena privativa de libertad se podrá evitar pues el art. 81 CP prevé la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de dicha pena si ésta no supera los dos años de privación de libertad, es la primera vez que delinque el condenado y se han satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado por la comisión del delito. Una vez evitado el ingreso en prisión, la comparación de la respuesta punitiva penal y administrativa nos muestra la mayor severidad de esta última toda vez que el importe de las multas a imponer en el orden sancionador administrativo supera con mucho el previsto en el ámbito penal⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴Por todos, RIVERO LAMAS, J., op. cit., pág. 707; ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OBIOL, S., op. cit., pág. 18; TOLOSA TRIBIÑO, C., “La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *AL*, nº 17, 1996, pág. 371; CALVENTE MENÉNDEZ, J., “Las responsabilidades administrativas y penales en materia de Seguridad e Higiene. Infracciones y sanciones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 154, 1996, pág. 72.

⁴⁰⁵ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 497.

⁴⁰⁶ El art. 316 CP ha agravado la pena que para el delito contra la seguridad en el trabajo recogía el art. 348 bis.a) del antiguo CP (pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas).

⁴⁰⁷ NIETO GARCÍA, A., op. cit., pág. 497.

⁴⁰⁸ TERRADILLOS BASOCO, J., op. cit., pág. 176.

⁴⁰⁹ En este sentido, destaca DURÉNDEZ SÁEZ que contribuye al oscurecimiento “de los límites entre el ilícito penal y el administrativo la existencia de multas en el derecho administrativo sancionador de cuantía superior a las penales, como es el caso de las previstas para las infracciones muy graves en materia de prevención en el artículo 40 de la LIS/2000 que, en su grado máximo, ascienden a una cantidad comprendida entre los 300.506 y los 601.012 euros, muy superior a la máxima prevista para la

No obstante, esta doctrina científica, jurisprudencial y constitucional acerca de la falta de identidad de sujetos cuando el encargado persona física es condenado en vía penal mientras que la empresa-persona jurídica es sancionada administrativamente, puede ser matizada a partir de las reformas operadas en el CP mediante las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 15/2003, de 25 de noviembre, que constituyen “pequeños pasos hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas”⁴¹⁰.

Mediante la LO 11/2003, se añade a las previsiones del art. 318 CP, la posibilidad de que se apliquen a las empresas, en cuyo seno se comete el delito contra la seguridad de los trabajadores, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 CP.

Respecto a las “consecuencias accesorias” recogidas en este último precepto, es de destacar que, aunque en la doctrina penalista es intenso el debate acerca de su naturaleza jurídica⁴¹¹, lo cierto es que el contenido material de alguna de ellas coincide con la sanción administrativa prevista en el art. 53 LPRL⁴¹², por lo que la interdicción del *bis in idem* impediría sancionar administrativamente a la empresa-persona jurídica a la que se ha impuesto alguna de estas medidas penales.

Por su parte, la LO 15/2003 introdujo en el art. 31 CP un segundo apartado en el que se establece que, en los supuestos previstos en el apartado primero en los que se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, ésta será “responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria”.

Aunque la doctrina penal ha señalado la técnica defectuosa⁴¹³ de este precepto, que resulta enigmático⁴¹⁴ y difícil de interpretar razonablemente⁴¹⁵, parece que, desde un punto de vista objetivo de evitación de duplicidad de efectos económicos-patrimoniales en un mismo patrimonio, la empresa persona-jurídica que haga frente al pago de la multa impuesta a uno de sus encargados por el delito contra la seguridad en el trabajo no podrá ser sancionada administrativamente.

En relación a las consecuencias que la aplicación de estos preceptos (arts. 31.2 y 129 CP) pueda tener en cuanto a la interpretación del alcance del principio *non bis in idem* es de destacar el Voto particular concurrente formulado en el ATC 357/2003, de 10 de noviembre. En esta resolución se mantiene que no es posible “apreciar la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, que se erigen en presupuestos de

pena de multa en el artículo 50 del CP cuya cuantía es de 216.364 euros”: DURÉNDEZ SÁEZ, I., op. cit., pág. 201.

⁴¹⁰ GARCÍA ARÁN, M., “Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Reforma de 2007”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, nº 115, CGPJ, Madrid, 2007, pág. 248.

⁴¹¹ GARCÍA ARÁN destaca que “puede considerarse mayoritario el sector que parte de la voluntad legal de *no* considerarlas ni penas ni medidas de seguridad, por lo que constituyen una tercera vía sancionadora de carácter penal, en tanto que aplicables a partir de la comisión de un delito e impuestas por un juez penal en un proceso penal”: GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pág. 250.

⁴¹² Entre las consecuencias accesorias que, en aplicación del art. 129 CP, la autoridad judicial puede decretar con el fin de “prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma (art. 129.3 CP), se encuentran la clausura definitiva o temporal de la empresa (art. 129.1.a) CP) y la suspensión de actividades de la empresa (art. 129.1.c) CP).

⁴¹³ BACIGALUPO SAGESSE, S., op. cit., pág. 224.

⁴¹⁴ GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pág. 248.

⁴¹⁵ BACIGALUPO SAGESSE, S., op. cit., pág. 225.

la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem* al no darse la identidad subjetiva exigida como presupuesto para la vulneración denunciada cuando en uno de los procesos se sanciona a la persona jurídica empresario y en el otro se sanciona penalmente al representante legal de la misma (ATC 355/1991, de 25 de noviembre, FJ 5)”. Sin embargo, el Voto particular concurrente entiende que no puede “afirmarse con carácter general que el mero hecho de que en un supuesto se sancione a la persona jurídica y en otro a la persona física impida ya, por sí mismo y sin necesidad de ulterior verificación, afirmar que no se ha vulnerado la prohibición constitucional de *bis in idem*. El hecho de que la infracción de una norma por parte de una persona jurídica requiera siempre la actuación de una persona física y que, en consecuencia, la comisión de una infracción de una persona jurídica sólo pueda darse como consecuencia de la capacidad de acción y culpabilidad de una persona física, a mi juicio, obliga a establecer en cada caso concreto un examen particularizado de cada caso enjuiciado y del concreto contenido de los hechos que se hayan declarado probados. Y ello porque, llevados al extremo, no me parece que a priori se pueda descartar la existencia de identidad subjetiva en supuestos de concurrencia de responsabilidades en casos de sociedades unipersonales o en otros supuestos *en los que los efectos patrimoniales de la doble sanción puedan sufrirse en el mismo patrimonio* (STC 177/1999)”⁴¹⁶.

Por último, destacar que el paso definitivo en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo ha dado el Proyecto de Reforma del CP de julio de 2006 que suprime el art. 31.2 CP y propone un sistema de penas específicas –multas y medidas del art. 129 CP– para las personas jurídicas que pasan a recogerse en el art. 33.7 CP.

Estas penas podrán imponerse a las personas jurídicas en los supuestos previstos en el CP –entre los que se incluye el delito del art. 318 CP–, por resultar éstas “penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección (...)” o “por quienes, estando sometidos a la autoridad de estas personas físicas (...), han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control” (nuevo art. 31 bis.1 CP).

Parece claro que, la aplicación de estos nuevos arts. 31 bis y 33.7 CP a la empresa-persona jurídica como consecuencia de la comisión por parte de alguno de sus encargados del delito contra la seguridad en el trabajo, impediría, por aplicación del principio *non bis in idem*, la imposición a aquélla de una sanción administrativa por los mismos hechos.

⁴¹⁶El subrayado es nuestro.

CONCLUSIONES.

I. Antes de destacar las principales conclusiones acerca de los diferentes tipos infractores que son objeto de análisis en este trabajo –para lo cual seguiremos el mismo orden en el que han sido tratadas en la I Parte–, conviene destacar que compartimos la valoración positiva que la doctrina científica hace acerca del “sistema mixto” de tipificación que utiliza el art. 13 TRLISOS. La inclusión, junto a los diferentes tipos específicos, de una cláusula general de cierre (art. 13.10 TRLISOS), constituye una solución intermedia y adecuada entre, por una parte, una tipificación cerrada cuya rigurosidad dejaría sin sancionar ciertos incumplimientos empresariales de la normativa prevencionista –dada la imposibilidad de describir positivamente las innumerables infracciones que se deducen del ordenamiento jurídico–, lo que iría en contra de la eficacia de las normas sustantivas en materia preventiva y, por otra, las declaraciones genéricas con remisiones normativas omnicomprensivas –como la contenida en el derogado art. 57 ET– y sin una mínima clasificación de las conductas infractoras que, al no limitar la discrecionalidad de la Administración a la hora de calificar las infracciones empresariales, vulneraría la seguridad jurídica del hipotético sujeto infractor.

II. En el tipo infractor previsto en el art. 13.1 TRLISOS sería encuadrable la inobservancia empresarial de alguna de las obligaciones preventivas previstas en los tres primeros apartados del art. 26 LPRL –evaluación de riesgos; adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo; movilidad funcional; suspensión del contrato– dado el carácter de normativa específica en materia de protección de la seguridad y salud que las mismas revisten. Por el contrario, y precisamente por faltarles este carácter, hemos entendido que no son subsumibles en este tipo infractor los incumplimientos del empresario de otras normas que en nuestro ordenamiento jurídico protegen la maternidad. Así, no son de naturaleza estrictamente preventiva los permisos previstos en los arts. 26.5 LPRL y 37.4 ET, por lo que su transgresión será constitutiva de la infracción del art. 7.5 TRLISOS. Por lo que se refiere a las previsiones en materia de suspensión del contrato por maternidad (art. 48.4 ET) o prohibición de despido (art. 55.5 ET), entendemos que, aun pudiendo contribuir a la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia, prima en ellas el carácter antidiscriminatorio sobre el preventivo, por lo que las decisiones unilaterales del empresario que no las respeten deben encuadrarse en el art. 8.12 TRLISOS y no en el art. 13.1 del citado texto normativo.

III. El incumplimiento del empresario de las obligaciones preventivas recogidas en el art. 27 LPRL (evaluación específica de los riesgos que pueden afectar al menor; información al menor y, en su caso, a sus padres o tutores, de los riesgos laborales y de las medidas preventivas adoptadas para combatirlos; no adscripción de los menores a puestos de trabajo que presenten riesgos específicos) será constitutivo de la infracción administrativa del art. 13.2 TRLISOS. Respecto a este tipo infractor la cuestión clave a dilucidar es la de su delimitación respecto a la infracción recogida en el art. 8.4 TRLISOS pues el problema, al determinar la responsabilidad administrativa del empresario por incumplimiento de las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores, lo encontraremos a la hora de calificar la transgresión del empresario de los preceptos estatutarios relativos al trabajo del menor. El hecho es que en el actual texto sancionador coexisten la infracción muy grave en materia de relaciones laborales del art. 8.4 (“transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral”) y la infracción muy grave en materia de

prevención de riesgos laborales del art. 13.2 TRLISOS, por lo que el respeto al principio de tipicidad implica defender que el incumplimiento empresarial de las normas estatutarias reguladoras del trabajo de menores –con la excepción del art. 6.2 ET en cuanto a la prohibición de emplear a los menores en trabajos con riesgos específicos, pues ésta es reiterada por la norma preventiva– será constitutivo de la infracción muy grave en materia de relaciones laborales prevista en el art. 8.4 TRLISOS. A la defensa de esta interpretación de los tipos infractores contribuyen dos hechos. Por un parte, el que nuestra legislación ha diferenciado tradicionalmente entre medidas de seguridad e higiene y limitación de la jornada y, por otra, el que el ámbito de protección de las normas estatutarias no es específicamente la seguridad y salud del menor, sino otros bienes como puedan ser el “desarrollo social o moral” y la “educación” a los que se refiere la normativa comunitaria o el “normal modo de vida del menor” al que se refiere nuestra jurisprudencia.

IV. En el art. 13.4 TRLISOS se tipifica el incumplimiento empresarial de dos obligaciones sustantivas en materia preventiva claramente diferenciables. En primer lugar se hace referencia en este tipo infractor a la conducta empresarial incumplidora de la medida preventiva prevista en el segundo párrafo del art. 25.1 LPRL que prohíbe emplear a trabajadores especialmente sensibles en puestos de trabajo que no son compatibles con sus características personales. Respecto al ámbito subjetivo de aplicación de estas normas, se ha destacado que la omisión en el tipo infractor de los sujetos especialmente sensibles por su estado biológico conocido o su reconocida situación de discapacidad física, psíquica o sensorial –que, por el contrario, sí aparecen citados en la norma sustantiva–, no implica una limitación del ámbito de aplicación del ilícito administrativo, toda vez que el concepto de “características personales” expresamente citado en el tipo es lo suficientemente amplio como para incluir en el mismo aquellos supuestos de especial sensibilidad frente a los riesgos laborales. Por lo que se refiere a la conducta infractora, ésta vendrá constituida por la actuación empresarial consistente en, una vez conocido el estado del trabajador que lo hace especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, no adoptar alguna de las medidas preventivas previstas en la normativa específica o, cuando ésta no sea aplicable, de las medidas que, entendemos, son de obligado cumplimiento para la empresa a pesar de no estar recogidas expresamente en el párrafo primero del art. 25.1 LPRL (cambio de funciones o de puesto de trabajo). También sería encuadrable en este tipo infractor la contratación para un determinado puesto de trabajo de un trabajador cuyas condiciones personales conocidas lo hacen especialmente vulnerable frente a los riesgos de la actividad laboral que es propia de aquel puesto de trabajo.

En segundo lugar, se tipifica como infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales en el art. 13.4 TRLISOS el incumplimiento empresarial del concreto deber preventivo recogido en el art. 15.2 LPRL, según el cual, el empresario debe tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarle las tareas. Dado que la capacidad profesional en materia preventiva vendrá conformada por la formación e información que sobre esta materia tenga el trabajador, puede entenderse que, a través de este tipo, se sanciona al empresario que adscribe a un trabajador a un puesto de trabajo para cuyo desempeño carece de la formación e información necesaria en materia preventiva.

Para que los anteriores incumplimientos empresariales puedan subsumirse en el art. 13.4 TRLISOS, es necesario que de los mismos se derive un riesgo grave e inminente para la

seguridad y salud de los trabajadores. En caso de no derivarse de estos incumplimientos un riesgo de tal entidad, la conducta empresarial sería constitutiva de la infracción grave prevista en el art. 12.7 TRLISOS.

V. Será subsumible en el ilícito administrativo previsto en el art. 13.3 TRLISOS la desobediencia empresarial de la orden inspectora de paralización –incluida la que se adopte tras la previa intervención de los técnicos habilitados de las CCAA– regulada en el art. 44 LPRL. También será encuadrable en este tipo infractor la reanudación de los trabajos, tras haber cumplido inicialmente la orden inspectora, decidida por el empresario sin haber subsanado previamente las causas motivadoras de la orden de paralización. Entendemos que también es constitutiva de esta infracción la reanudación de los trabajos paralizados tras haber desestimado la autoridad laboral el recurso interpuesto por el empresario frente a la orden inspectora y ello porque, aun cuando el tipo infractor solo se refiere a la desobediencia de la esta última, la resolución de la autoridad laboral no hace sino confirmar la interrupción de los trabajos decidida por el Inspector y reiterar la nota de ejecutividad inmediata que ya acompaña a la orden de paralización. No obstante, sería deseable que el tipo infractor recogiese una referencia a las resoluciones de la autoridad laboral en estos supuestos de paralización, tal y como para las responsabilidades en el ámbito de la Seguridad Social hace el art. 195 LGSS. Por el contrario, una interpretación literal y no analógica de las normas sancionadoras impide subsumir en el tipo del art. 13.3 TRLISOS el incumplimiento empresarial de la orden de paralización de los trabajos decidida por la autoridad laboral conforme al procedimiento previsto en el art. 19.5 ET.

VI. Respecto a la infracción del art. 13.9 TRLISOS, hemos entendido que sería constitutiva de la misma no solo la conducta empresarial que impide a los trabajadores el ejercicio del derecho individual de interrupción de la actividad laboral que para cada uno de ellos prevé el art. 21.2 LPRL, sino también la que impida a los representantes acordar la paralización de los trabajos conforme al art. 21.3 de la ley prevencionista. La referencia que el tipo infractor hace al “derecho de los trabajadores” no impide esta interpretación del ilícito toda vez que el art. 21.3 LPRL recoge una facultad de los representantes unitarios de los trabajadores que no es sino la manifestación de un “derecho de los trabajadores” a decidir colectivamente la paralización de los trabajos.

Respecto al derecho individual de paralización, hemos defendido que el cumplimiento por parte del empresario de las obligaciones preventivas previstas en las letras *a)* y *c)* del art. 21.1 LPRL –que suponen una concreción, para el caso de que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente, de las obligaciones de información y formación previstas en los arts. 18 y 19 LPRL, respectivamente– puede ser necesario, en determinados casos, para que el trabajador ejerza su derecho de paralización, por lo que su inobservancia sería constitutiva de la infracción del art. 13.9 TRLISOS, al suponer un impedimento a dicho ejercicio.

Por lo que se refiere al derecho colectivo de paralización, se ha destacado el relevante papel que los Delegados de prevención juegan en cuanto al ejercicio de este derecho regulado en el art. 21.3 LPRL, al detentar estos representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia preventiva unas facultades que les permiten controlar las decisiones empresariales generadoras de riesgos en la empresa, detectar la existencia de riesgos graves e inminentes y, una vez detectados éstos, proponer al órgano de representación de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización o, cuando no

sea posible reunir con la urgencia requerida a dicho órgano, adoptarlo ellos directamente por decisión mayoritaria. Existiendo esta clase de riesgos en el centro de trabajo, la conducta empresarial que persiga limitar las facultades de control reconocidas a los Delegados de prevención –en las letras *b)*, *c)* y *e)* del art. 36.2 LPRL– supondrá un impedimento al ejercicio del derecho de paralización y será constitutiva de la infracción del art. 13.9 TRLISOS.

VII. El art. 13.5 TRLISOS, al tipificar como infracción muy grave el incumplimiento del deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores, contiene una remisión explícita al apartado cuarto del art. 22 LPRL. En la regulación de este precepto sustantivo se distinguen dos tipos de documentos que aparecen con ocasión de la vigilancia de la salud de los trabajadores. Por un lado, nos encontramos con unos “resultados” de los reconocimientos médicos en los que se contiene la información médica de carácter personal del trabajador y, por otro, con unas “conclusiones” derivadas de aquéllos en relación con la aptitud del trabajador para desempeñar la actividad laboral propia de su puesto de trabajo o con la necesidad de introducir medidas preventivas. Entendemos que los datos protegidos mediante el deber de confidencialidad son únicamente los contenidos en el primero de los documentos a los que se acaba de hacer referencia y que la conducta sancionable por el tipo infractor vendrá constituida por el acceso a esta información médica de personas distintas al trabajador sometido al reconocimiento, el personal médico y las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud.

El empresario será sujeto responsable de esta infracción siempre que haya accedido de forma antijurídica a la información confidencial o incumpla el deber de confidencialidad cuando, con autorización del trabajador, le haya sido comunicada al dicha información. Igualmente le será imputable al empresario la responsabilidad administrativa por este tipo infractor, por aplicación de lo dispuesto en el art. 14.4 LPRL, cuando sean los miembros de los servicios médicos de la empresa o del servicio de prevención ajeno quienes incumplan el deber de confidencialidad al trasladar la información reservada al empresario o a otros sujetos.

Otras comportamientos empresariales que vulneran el derecho a la intimidad del trabajador con ocasión de la realización de los reconocimientos médicos serán encuadrables en el art. 8.11 TRLISOS. Es el caso de los reconocimientos practicados con vulneración de los límites previstos en el art. 22.1 LPRL –previo consentimiento del trabajador y proporcionalidad–.

VIII. El RDCA, al desarrollar el art. 24.1 LPRL, ha venido a clarificar el tipo objetivo de la infracción del art. 13.7 TRLISOS pues este texto reglamentario especifica en qué consiste el deber de cooperación que se impone a los empresarios concurrentes en el citado precepto sustantivo y cuyo incumplimiento se sanciona a través del ilícito administrativo. Así, el incumplimiento de dichos empresarios de las obligaciones de información que les impone el art. 4 RDCA, el no establecimiento de los medios de coordinación adecuados contraviniendo el art. 5.1 RDCA o la no observancia de alguno/s de los empresarios concurrentes de las medidas de coordinación establecidas será constitutivo de la infracción del art. 13.7 TRLISOS, siempre que estos comportamientos empresariales se den en actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.

Del incumplimiento de las obligaciones de información previstas en el último párrafo del apartado segundo, en el apartado tercero y en el apartado quinto del art. 4 RDCA

deberá responder directamente el empresario infractor sin que sea posible extender la responsabilidad por dicho incumplimiento al resto de empresarios concurrentes.

El deber de establecer los medios de coordinación se imputa de manera conjunta a los empresarios concurrentes en el mismo centro de trabajo, sin que podamos entender que las facultades de coordinación que el RDCA reconoce al empresario titular le permitan a éste imponer el medio de coordinación al resto de empresarios. De lo anterior se deriva que del incumplimiento de este deber deberán responder solidariamente los empresarios concurrentes por aplicación del art. 130.3.I LRJAP. Cuestión distinta es que, una vez establecidos los medios de coordinación, el empresario que no los respete responderá directamente de su incumplimiento.

También habrán de responder solidarimente los empresarios por el incumplimiento del deber de información –recíproco– al que se refiere el primer párrafo del apartado segundo del art. 4 RDCA.

En cuanto a la delimitación respecto al tipo infractor del art. 12.13 TRLISOS, el RD 604/2006, de 19 de mayo, vino a aclarar el elemento objetivo que sirve para diferenciarlos, al introducir en el RSP una disposición adicional duodécima que recoge en su primer apartado, las actividades que, a efectos de lo previsto en el apartado 7 del art. 13 TRLISOS, han de considerarse peligrosas o con riesgos especiales.

IX. Los deberes de informar y proporcionar instrucciones recogidos en el art. 24.2 LPRL, cuyo incumplimiento en actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales es constitutivo de la infracción del art. 13.8.a) TRLISOS, convierten al empresario titular del centro de trabajo en deudor de seguridad de los trabajadores de las empresas que concurren en su centro de trabajo, tal y como hacía el derogado art. 40.II LISOS respecto al empresario principal.

La inclusión, como sujeto responsable, del empresario titular en el art. 2.8 TRLISOS y el hecho de que el empresario titular que no tenga trabajadores en el centro de trabajo venga obligado en virtud del art. 7 RDCA aclaran anteriores dudas en el sentido de que al empresario titular del centro de trabajo que no sea empleador laboral se le podrá exigir responsabilidad administrativa en virtud de este tipo infractor.

Al igual que ocurre con la infracción recogida en el art. 13.7 TRLISOS, el RD 604/2006 ha precisado la delimitación del art. 13.8.a) TRLISOS respecto a la infracción grave prevista en el art. 12.14 del propio texto normativo, al introducir en el RSP una disposición adicional duodécima que recoge en su primer apartado las actividades que, a efectos de lo previsto en el tipo infractor muy grave, han de considerarse peligrosas o con riesgos especiales.

X. El sector de la construcción conoce un régimen específico de responsabilidad administrativa derivada de los incumplimientos de la normativa prevencionista en caso de concurrencia empresarial en un mismo centro de trabajo.

Respecto a la infracción del art. 13.7 TRLISOS, es de destacar que el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, prevé un sistema específico de coordinación, según el cual, el promotor será el responsable encargado de la coordinación en materia preventiva y tendrá que designar a quien se constituye como medio de coordinación específico: el coordinador de seguridad y salud. De esta forma, del incumplimiento del deber de establecer los medios de coordinación no se derivaría una responsabilidad solidaria para los empresarios concurrentes sino la responsabilidad directa y única de quien es responsable de coordinar la actividad preventiva, esto es, del promotor. Ahora bien, sorprendentemente, el promotor no aparece citado como posible sujeto responsable en

el art. 13.7 TRLISOS por lo que, en el caso de que los incumplimientos de aquél en materia de coordinación se produzcan en actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales –para cuya determinación será aplicable la previsión general de la disposición adicional duodécima RSP–, no parece posible imputar al promotor la responsabilidad administrativa *ex* art. 13.7 TRLISOS, debiendo responder por estos incumplimientos a través de la infracción muy grave del art. 13.8.a) TRLISOS. Este último tipo infractor sanciona el incumplimiento de promotor de sus obligaciones de informar y dar instrucciones para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo y, como el cumplimiento de esta última obligación se produce a través de las instrucciones impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, entendemos que la falta de nombramiento de este último –que supone el incumplimiento de la obligación prevista en el art. 24.1 LPRL– en actividades con riesgos especiales implicará necesariamente el incumplimiento simultáneo del art. 24.2 LPRL y podrá, por tanto, ser sancionado a través de la infracción del art. 13.8.a) TRLISOS.

Los contratistas, subcontratistas y trabajadores por cuenta propia también tienen obligaciones en materia de coordinación como las de observar las medidas concretas de coordinación adoptadas por el coordinador de seguridad y salud y los deberes de información y comunicación regulados en el art. 4 RDCA. El incumplimiento de estas obligaciones de coordinación serán constitutivas de la infracción grave del art. 12.13 o de la muy grave del art. 13.7 TRLISOS.

XI. Las obligaciones preventivas del art. 24.2 LPRL corresponden en el sector de la construcción al promotor, que cumplirá con la obligación de información mediante el estudio de seguridad y salud o el estudio básico y con la obligación de dar instrucciones mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra. El incumplimiento por parte del promotor de estas obligaciones cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales –para cuya determinación será aplicable la previsión general de la disposición adicional duodécima RSP– será constitutivo de la infracción administrativa muy grave del art. 13.8.a) TRLISOS pues este tipo infractor cita expresamente al promotor como posible sujeto responsable. Cuando el incumplimiento del promotor se de en otro tipo de actividades responderá en virtud de la infracción recogida en el art. 12.24.c) TRLISOS.

XII. La LSC, dedicada a regular el fenómeno de la subcontratación en las obras de construcción, establece dos garantías específicas en materia preventiva: por un lado, exige a las empresas unos requisitos de calidad o solvencia que implican la necesidad de que las mismas acrediten la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos y la existencia de una organización preventiva adecuada –reforzando de esta forma obligaciones preventivas ya existentes en la LPRL– y, por otro, fija unas limitaciones al proceso de subcontratación.

Los incumplimientos relacionados con estas garantías se sancionan a través de los tipos infractores recogidos en los apartados 15, 16 y 17 del art. 13 TRLISOS. Respecto a estos tipos infractores, interesa destacar que, al tipificar el incumplimiento del deber de los subcontratistas, respecto a las empresas con que contraten, y de los contratistas, en “el ámbito de ejecución de su contrato”, de vigilar que se cumple con las garantías preventivas establecidas por la LSC, los apartados 15 y 16 del art. 13 TRLISOS introducen un régimen de responsabilidad directa que es compatible con la propia de la empresa infractora y que difiere netamente del régimen general de responsabilidad solidaria derivado del art. 42.3 TRLISOS.

Las conductas infractoras en estos apartados han sido tipificadas también como infracciones graves, siendo el criterio utilizado para subsumir las mismas en los tipos muy graves del art. 13 TRLISOS, el que los comportamientos descritos se produzcan en “trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción”, esto es, en alguno de los trabajos enumerados en el Anexo II del RD 1627/1997.

XIII. En el art. 13.8.b) TRLISOS se tipifica como infracción administrativa muy grave el incumplimiento empresarial de la obligación preventiva recogida en la letra b) del art. 32 bis.1: presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales. Tras el RD 604/2006, de 19 de mayo, se consideran actividades peligrosas o con riesgos especiales las incluidas en el art. 22 bis.1.b) RSP.

El incumplimiento empresarial de esta obligación de presencia de los recursos preventivos en el resto de supuestos previstos en el art. 32 bis.1 LPRL serán encuadrables en el tipo de la infracción grave del art. 12.15.b) TRLISOS.

XIV. En el sector de la construcción, la obligación de presencia de los recursos preventivos se aplica a cada contratista –disposición adicional decimocuarta LPRL– y su incumplimiento, cuando en la obra se ejecuten alguno de los trabajos con riesgos especiales que aparecen indicados en art. 22 bis.1.b) RSP, será encuadrable en el tipo infractor del art. 13.8.b) TRLISOS.

La presencia de los recursos se configura como un medio de coordinación que cada contratista, que haya subcontratado determinadas partes o instalaciones de la obra, ha de establecer obligatoriamente con el objeto de vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en su plan de seguridad y salud. Interesa destacar que, a través de esta obligación y este tipo infractor, se introduce un régimen específico de responsabilidad para el empresario principal en las obras de construcción en las que sea preceptiva la presencia de los recursos preventivos del contratista, ya que éste responderá en estos casos directamente por el incumplimiento de su deber de vigilancia regulado en la disposición adicional decimocuarta LPRL y no solidariamente por el incumplimiento del subcontratista –régimen de responsabilidad previsto en el art. 42.3 TRLISOS–.

La obligación de presencia de los recursos también puede surgir en las obras de construcción porque en ellas se realicen trabajos con riesgos especiales de los previstos en el Anexo II RD 1627/1997 o porque dicha medida preventiva haya sido requerida por la ITSS. En estos supuestos, el incumplimiento de la misma será constitutivo de la infracción grave del art. 12.15.b) TRLISOS.

Siendo la finalidad de la presencia de los recursos preventivos la de vigilar que se cumple lo establecido en el plan de seguridad y salud, cuando el incumplimiento de esta obligación se produzca en obras de construcción en las que no sea preceptiva la presencia de los recursos preventivos, nos encontraremos ante la infracción del art. 12.23.b) TRLISOS.

XV. El art. 13.14 TRLISOS será aplicable en los supuestos de contratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y de relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal. Por este tipo infractor responderán las empresas que, interviniendo en estas relaciones triangulares de trabajo –empresa principal y contratista; empresa usuaria y de trabajo temporal–, han sucrito el pacto con objeto de eludir las responsabilidades establecidas en el art. 42.3 TRLISOS. Estas empresas responderán solidariamente por aplicación del art. 130.3.I LRJAP ya que la obligación

de no celebrar este tipo de acuerdos –obligación que debemos deducir de la regulación contenida en los arts. 13.14 y 42.3 TRLISOS– se impone de manera conjunta a las mismas.

En los supuestos de contrataciones de la propia actividad, las responsabilidades, cuya pretendida elusión es constitutiva de la infracción del art. 13.14 TRLISOS, son la responsabilidad administrativa y por recargo de prestaciones. En el caso de encadenamiento de contrataciones, hemos entendido que el sujeto responsable de esta infracción puede ser cualquier empresario implicado en la misma pues la responsabilidad solidaria del art. 42.3 TRLISOS puede exigirse a todos los empresarios implicados en sentido vertical ascendente, hasta llegar al primer eslabón de la cadena de contratación.

En cuanto a las relaciones de trabajo mediante empresas de trabajo temporal, al referirse el art. 42.3 TRLISOS exclusivamente a la responsabilidad de la empresa usuaria derivada del incumplimiento de la obligación preventiva de garantizar la seguridad y salud en las condiciones de ejecución del trabajo –específica obligación recogida en el art. 5.1 RD 216/1999– y del recargo de prestaciones, solo serán encuadrables en el art. 13.14 TRLISOS los pactos suscritos por empresa usuaria y empresa de trabajo temporal que persigan trasladar a esta última aquellas responsabilidades. Si el pacto suscrito entre estas empresas pretende modificar otro aspecto del reparto de obligaciones contenido en la normativa prevencionista, el mismo carecerá de efectos –art. 6.3 del Código Civil– pero no será constitutivo de la infracción del art. 13.14 TRLISOS.

XVI. El art. 13.10 TRLISOS recoge una cláusula general de cierre para las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. Es general en tanto, a diferencia del resto de tipos infractores, no se remite a una concreta normativa en materia preventiva sino que la remisión al bloque normativo de referencia se lleva a cabo de manera genérica. Es de cierre porque este tipo infractor, junto con las cláusulas generales previstas en el listado de infracciones leves y graves, permiten que cualquier incumplimiento empresarial de la normativa preventiva sea subsumible en un tipo infractor y pueda ser objeto, por tanto, de sanción administrativa. La remisión genérica a la normativa sustantiva no vulnera el principio de tipicidad siempre que en ésta se recoja de manera clara y precisa la obligación en materia preventiva cuyo incumplimiento sirve para integrar este tipo infractor, que se configura de esta forma como norma en blanco. Para dicha integración podrá tenerse en cuenta el incumplimiento empresarial de las medidas preventivas previstas en las normas jurídico-técnicas, dado el carácter que éstas tienen de normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

La infracción del art. 13.6 TRLISOS no supone sino una concreción de la cláusula general para el caso de que la infracción empresarial se produzca en trabajos con agentes nocivos.

XVII. La diligencia exigible al empresario en el cumplimiento de las obligaciones sustantivas a las que se refieren los diferentes tipos infractores del art. 13 TRLISOS, viene determinada por la doctrina jurisprudencial de la *culpa in vigilando* –posteriormente positivada en la LPRL–, según la cual, el cumplimiento empresarial del deber de seguridad no se agota con la adopción de las medidas preventivas previstas en la normativa aplicable sino que incluye, además, la necesidad de que el empresario lleve a cabo una actividad de vigilancia sobre la efectividad de las mismas. De este modo, el deber de vigilancia del empresario se configura, no como obligación preventiva específica cuyo incumplimiento puede provocar el reproche administrativo sancionador, sino como un deber instrumental que modula el cumplimiento de las normas que en

materia de prevención de riesgos laborales establecen medidas de seguridad y salud específicas. Ahora bien, para evitar un régimen de responsabilidad objetiva basado en la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del empresario, es necesario establecer límites a este deber de vigilancia. Como alguna resolución judicial ha puesto de manifiesto, no existe norma legal que marque límites ni delimite acabadamente, en un tema con una casuística variadísima, hasta dónde llega la responsabilidad empresarial. Entendemos, no obstante, que este deber de vigilancia – que configura la diligencia exigible al empresario en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas– no puede implicar un constante y permanente control a los trabajadores en la utilización de los medios de seguridad. Lo contrario implicaría extender la obligación de presencia de los recursos preventivos –cuya finalidad es vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas: art. 32 bis.3 LPRL– a todo tipo de trabajos, lo que, parece claro, no ha sido la intención del legislador –que ha especificado los supuestos en los que la presencia de encargados en el centro de trabajo para controlar que se cumplen las medidas preventivas es obligatoria: art. 32 bis.1 LPRL–.

XVIII. La comisión por parte de la empresa de alguna de las infracciones del art. 13 TRLISOS podrá dar lugar a la imposición por parte de la autoridad laboral de la sanción administrativa por excelencia, esto es, de una sanción pecuniaria o multa. En cuanto a la cuantía de la misma, es de destacar que el TRLISOS prevé un régimen específico y agravado para las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales que se justificaría por la relevancia de los bienes jurídicos protegidos a través de la normativa cuya vulneración se sanciona: la vida, salud e integridad de los trabajadores. Los operadores jurídicos tendrán en cuenta, para graduar y cuantificar la sanción a imponer, los criterios recogidos en el art. 39.3 TRLISOS, sin que resulten de aplicación a estos efectos los previstos en el segundo apartado del citado artículo. Merece una valoración positiva la exhaustividad del catálogo de criterios de graduación pero resulta criticable la ausencia de reglas que determinen las concretas consecuencias sancionatorias que conlleva la apreciación de los diferentes criterios de graduación. Es de destacar que la imprudencia del trabajador que coadyuva al acaecimiento del accidente de trabajo, pese a no aparecer entre las circunstancias listadas en el art. 39.3 TRLISOS, debe ponderarse al sancionar los incumplimientos empresariales en materia preventiva dada la estrecha vinculación que el comportamiento del trabajador tiene con algunos de los criterios de graduación recogidos en el citado precepto.

XIX. La sanción económica a imponer puede verse agravada en el supuesto de que el operador jurídico aprecie la concurrencia de alguna de las instituciones que aparecen recogidas en los arts. 41 –reincidencia– y 39.7 –persistencia continuada en la infracción– TRLISOS. Los presupuestos fácticos para la aplicación de la reincidencia son: a) que se cometa “una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior”, debiendo entender por infracción “del mismo tipo y calificación” la descrita en cada uno de los concretos apartados de los artículos que recogen las diferentes infracciones –en nuestro caso, cada uno de los apartados del art. 13 TRLISOS–; b) que la resolución sancionadora de la primera infracción haya adquirido firmeza, debiendo entender que dicha firmeza se refiere al ámbito administrativo y no al jurisdiccional; c) que no hayan transcurrido más de 365 días entre la notificación de la primera sanción y la comisión de la segunda infracción –prevalenciando, de esta forma y por razones de jerarquía normativa, la regulación del art. 41 TRLISOS frente a la del art. 14.5 RPS–. En cuanto a las consecuencias sancionadoras que se derivan de la

apreciación de la agravante de reincidencia, la equívoca fórmula utilizada por el art. 41 TRLISOS debe interpretarse en el sentido de que la sanción a imponer se incrementará hasta el duplo de la cantidad previamente fijada sin que pueda exceder la cuantía máxima del grado máximo de las infracciones muy graves en materia preventiva, esto es, 819.780 euros.

La regulación de la persistencia continuada en la infracción –o «infracción permanente»– recogida en el art. 39.7 TRLISOS debe completarse con lo previsto en el primer párrafo del art. 4.6 RPPOS. De los anteriores preceptos se deriva que esta figura sancionadora podrá apreciarse cuando el empresario, tras el incumplimiento de una obligación de hacer por el cual ya ha sido sancionado de manera firme en vía administrativa, mantiene su postura de omisión y no adopta las medidas preventivas exigibles por la normativa en materia de seguridad e higiene. La aplicación de esta figura supone entender que la persistencia en el incumplimiento de una obligación preventiva, cuyos efectos se prolongan en el tiempo, es constitutiva de una nueva infracción que habrá de sancionarse en la cuantía máxima del grado máximo que corresponde a la calificación de la infracción originaria

XX. Existen dos instituciones que pueden influir en la determinación final del reproche administrativo frente a las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales: el concurso de infracciones y la responsabilidad solidaria.

La crítica que la doctrina administrativista hace al Derecho Administrativo Sancionador por no regular un aspecto tan importante del régimen general de sanciones, como es el concurso de infracciones, es extensible a la normativa específica sancionadora en el Orden social –el TRLISOS no prevé ningún tratamiento sancionador específico para las situaciones concursales–. De la anterior carencia se deriva que, ante situaciones de concurso de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la Administración laboral y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa operen de forma casuística con resultados imprevisibles y que no se argumentan debidamente.

El régimen de responsabilidad solidaria, aplicable a los supuestos de coautoría en la comisión de la infracción –infracciones de los apartados séptimo y decimocuarto del art. 13 TRLISOS– y de responsabilidad de la empresa principal por incumplimientos de sus contratistas, no cumple adecuadamente la finalidad retributiva y preventiva que debe presidir cualquier norma sancionadora en el ámbito administrativo, pues implica un tratamiento más beneficioso para los infractores del que se derivaría si cada uno de ellos respondiese individualmente –se impondrá una única multa que puede ser repartida a través de la vía de regreso–. Además, en la práctica, la imposición solidaria de la sanción económica es poco respetuosa con el principio de individualización de la responsabilidad de cada uno de los sujetos infractores, puesto que, la autoridad laboral, en su resolución sancionadora, se limita a establecer el importe de la multa y a declarar la responsabilidad solidaria en el pago de la misma, sin delimitar la cuota de responsabilidad de cada uno de los infractores. Las anteriores críticas nos llevan a concluir que parece más adecuado desde el punto de vista de la finalidad preventiva y más acorde con los principios informadores del poder punitivo del Estado, el establecimiento de una responsabilidad individual, directa de cada uno de los infractores.

XXI. En el concreto sector de la prevención de riesgos laborales, existen medidas sancionadoras distintas de la multa y que pueden imponerse únicamente en el supuesto de que la infracción merezca la calificación de muy grave: publicidad de las sanciones –art. 40.2 TRLISOS–; suspensión o cierre del centro de trabajo –art. 53 LPRL–;

limitaciones a la facultad de contratar con la Administración –art. 54 LPRL–. Estas “sanciones atípicas” presentan dudas interpretativas acerca de si su aplicación de manera conjunta con las multas, al sancionar una infracción muy grave en materia preventiva, supone una vulneración del principio *non bis in idem*. Debido a la naturaleza de sanciones accesorias que, tanto la publicidad de las sanciones como la prohibición de contratar con la Administración revisten, es claro que podrán aplicarse junto a la imposición de una multa sin vulnerar la interdicción del *bis in idem*. Por el contrario, entendemos que el carácter de sanción principal y autónoma que tienen las medidas de suspensión y cierre recogidas en el art. 53 LPRL y que se derivaría de la propia dicción del precepto y de una interpretación sistemática del mismo –cuando el TRLISOS ha querido configurar determinadas sanciones como accesorias ha declarado expresamente que las mismas se impondrán “con independencia” o “sin perjuicio” de las multas administrativas, expresiones que no aparecen en el precepto prevencionista–, implica que su adopción junto con la imposición de una multa administrativa supondría incurrir en *bis in idem*.

XXII. Las actuaciones empresariales constitutivas de las infracciones del art. 13 TRLISOS pueden, siempre que de las mismas se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, ser a su vez subsumibles en el tipo penal recogido en el art. 316 CP, sin que exista un criterio distintivo preciso para distinguir aquéllas de éste, al no existir diferencias entre sus elementos objetivos. Lo anterior puede tener una trascendental importancia en cuanto al reproche administrativo que dichas conductas empresariales pueden finalmente merecer pues el principio *non bis in idem*, que informa el *ius puniendi* del Estado y aparece para el Orden social recogido expresamente en el art. 3 TRLISOS, imposibilita la doble sanción, penal y administrativa –cuando se da la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento–. Dada la prevalencia que, en orden a sancionar, tiene la Jurisdicción penal frente a la autoridad administrativa, nos encontraremos con que, si concurre esta triple identidad entre las infracciones administrativas muy graves del art. 13 TRLISOS y el delito previsto en el art. 316 CP, el citado principio provocará la no aplicación del régimen sancionador administrativo. Resultando clara la concurrencia de identidad de hechos y de fundamento, es en la exigencia de una identidad de sujetos donde la aplicación del principio *non bis in idem* va a encontrar el principal obstáculo cuando unos hechos sean a la vez constitutivos del delito contra la seguridad en el trabajo y de infracción administrativa muy grave en materia preventiva. En efecto, tanto la doctrina científica como jurisprudencial mantienen la falta de esta identidad subjetiva cuando, por los mismo hechos, haya sido sancionada administrativamente la empresa y penalmente el “encargado” de la misma al que es imputable el incumplimiento de la normativa preventiva. De esta forma, el único supuesto en el que los incumplimientos en materia preventiva, de los que se derive un grave riesgo para la vida, salud e integridad física de los trabajadores, no van a poder ser doblemente sancionados por concurrir la triple identidad exigida por el art. 3.1 TRLISOS será el de que el empresario persona física sea culpable del delito del art. 316 CP, en cuyo caso, la sanción penal vedará la intervención punitiva de la Administración.

XXIII. En cuanto a la política legislativa llevada a cabo desde la promulgación de la LPRL, hemos podido comprobar, a lo largo de este trabajo, que algunas de las sucesivas modificaciones normativas operadas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales –determinadas, en gran medida, por las propuestas formuladas en el conocido como «Informe Durán»–, han afectado al régimen de la potestad administrativa

sancionadora, lo que pone de manifiesto la relevancia que esta manifestación del *ius puniendi* del Estado tiene a la hora de que los poderes públicos aborden las políticas preventivas. La valoración de estas reformas normativas ha de ser positiva en la medida en que han contribuido a: a) cubrir vacíos de tipificación infractora –introducción, por la Ley 50/1998, de tipos infractores relacionados con la concurrencia empresarial en el listado de infracciones muy graves–; b) adecuar el régimen sancionador a la nueva normativa sustantiva –adición de nuevos ilícitos a través de la Ley 54/2003 y LSC–; c) clarificar distintos elementos objetivos de algunos de los tipos infractores que se han analizado en este trabajo –RD 171/2004, que aclara las conductas que serán subsumibles en las infracciones de los apartados 7 y 8.a) del art. 13 TRLISOS; RD 604/2006, que esclarece, por fin, un concepto tan relevante a la hora de determinar el desvalor que merecen ciertas conductas infractoras, como es el de “actividades peligrosas o con riesgos especiales”–; d) abordar el necesario desarrollo reglamentario de respuestas sancionadoras frente a las infracciones muy graves –RD 597/2007 que desarrolla normativamente la “publicidad” de las sanciones–; e) fortalecer los instrumentos de inspección y control –RD 689/2005, que regula el nuevo régimen de colaboración de los técnicos habilitados de las CCAA con la ITSS–.

Parece claro que las anteriores contribuciones facilitarán la consecución del fin preventivo que ha de informar la potestad administrativa sancionadora, en tanto para la misma es preciso que el empresario-administrado pueda conocer de manera clara las obligaciones que el ordenamiento en materia preventiva le impone y el reproche público del que se hará merecedor en el caso de que las incumpla.

XXIV. No obstante, y aun partiendo de que el TRLISOS ha sido calificado por la doctrina administrativista como un texto modélico, se ha destacado en este estudio que siguen existiendo deficiencias en la legislación sancionadora que permiten a los operadores jurídicos actuar con amplios márgenes de discrecionalidad que van en detrimento de la seguridad jurídica del administrado. En este sentido, hemos entendido que el sistema normativo sancionador en el ámbito de la prevención de riesgos precisa de: a) una reforma en la redacción de alguno de los tipos infractores muy graves que permita delimitar más claramente las conductas infractoras subsumibles en los mismos –mención en el tipo infractor del primer apartado de la “mujer de parto reciente”; inclusión en el apartado tercero de la resolución de la autoridad laboral que desestima el recurso del empresario frente a la orden de paralización y de la orden de paralización instada por la autoridad laboral conforme al procedimiento previsto en el art. 19.5 ET; cita expresa del promotor como sujeto responsable de la infracción del apartado 7–; b) un regulación positiva de las diferentes situaciones concursales que pueden derivarse de los incumplimientos empresariales en esta materia y c) el establecimiento de criterios que permitan determinar las concretas consecuencias sancionatorias que comporta la apreciación de los criterios de graduación.

XXV. Para finalizar, debemos tener presente que la finalidad de la política sancionadora es lograr el cumplimiento efectivo por parte de los empresarios de las normas en materia de prevención de riesgos laborales. Pero, como ha destacado la doctrina científica, la política represiva ha de ser la «*ultima ratio*» del Estado para lograr este fin, por lo que es claro que los poderes públicos han de adoptar diferentes líneas de actuación para la consecución de los objetivos propios de las políticas en materia de seguridad e higiene en el trabajo. En la anterior legislatura estas líneas aparecieron recogidas en la “Estrategia española de Seguridad y Salud en el trabajo 2005-2008”, de entre las que caben destacar, por su contribución al cumplimiento de la normativa preventiva,

aquellas que tienen como finalidad divulgar ésta, pues el cumplimiento de una norma exige su previo conocimiento: inversión en actividades formativas, apoyo a la Fundación para la prevención de Riesgos Laborales y a la Fundación Laboral de la Construcción, establecimiento de un título oficial de Formación Profesional en prevención de riesgos laborales.

BIBLIOGRAFÍA.

AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (Coords.), *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

ALEGRE LÓPEZ, J., *La Reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ALFONSO MELLADO, C.L., *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OBIOL, S., *Algunas cuestiones en torno a la responsabilidad penal por incumplimiento de normas sobre prevención de riesgos laborales*, VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996.

ALONSO OLEA, M., “¿Es de seguridad y salud del medio de trabajo la regulación de la jornada?”, *REDT*, n° 93, 1999.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000.

ÁLVAREZ GARCÍA VALVERDE, M.D., “El trabajo de los menores y su protección”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 204, 2000.

ÁLVAREZ MONTERO, A. y GARCÍA JIMÉNEZ, M., “Reforma del marco normativo de la Prevención de Riesgos Laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 251 (2), 2004.

ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Praxis, 1988.

BACIGALUPO SAGESSE, S., “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2006”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, n° 115, CGPJ, Madrid, 2007.

BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho Penal del Trabajo*, Trotta, Madrid, 1997.

BARBANCHO TOVILLAS, F., RIVAS VALLEJO, P.; PURCALLA BONILLA, M.A., “La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores”, *TS*, n° 99, 1999.

BARBERO MARCOS, J. y MATEOS BEATO, A., *Aspectos prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: Obligaciones y Responsabilidades; Criterios de Evaluación*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

BENAVENTE TORRES, I., “La tutela de la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia”, en *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, 2005.

BERNARDO JIMÉNEZ, I., “La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales”, *AL* (I), 1996.

BLASCO LAHOZ, J.F., *La prevención de riesgos laborales en los centros de trabajo de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2007.

BLASCO MAYOR, A., “Previsiones y carencias de la LPRL frente al fenómeno de la externalización”, *AL*, nº 35, 2002.

BLASCO PELLICER, A., *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BURGOS GINER, M.A. y RUANO ALBERTOS, S., “Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos (II)”, en GARCÍA NINET, J.I. (Dir.), *Curso sobre prevención de riesgos laborales*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 1998.

CABEZA PEREIRO, J., “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *DL*, nº 61, 2000.

CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Comares, Granada, 1998.

CALVENTE MENÉNDEZ, J., “Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995): Las responsabilidades administrativas y penales en materia de seguridad e higiene. Infracciones y sanciones”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 154, 1996.

CALVO GALLEGU, J., “La responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *TL*, nº 50, 1999.

CÁMARA BOTÍA, A., “El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida o salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales”, *AS* (I), 1996.

CAMAS RODA, F., “El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad administrativa en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (los efectos de la atribución al Orden Social del conocimiento de las infracciones y sanciones administrativas en la responsabilidad laboral del empleador)”, *AS* (V), 1999.

- “Las infracciones y sanciones del empresario en el orden social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 254, 2004.

CARDENAL CARRO, M., “La nueva Ley de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la prevención de los Riesgos Laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 184, 1998.

CARDENAL FERNÁNDEZ, J., “El Ministerio Fiscal y la siniestralidad laboral”, *AS*, nº 13, 2000.

CARDONA RUBERT, M.B., *Protección de la Trabajadora Embarazada: Tutela Preventiva y Tutela Antidiscriminatoria*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

- *Datos sanitarios y relación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C., *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2001.

CASAS BAAMONDE, M.E., “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, en CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), *Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

CORDERO SAAVEDRA, L., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Colex, Madrid, 2001.

- *Las garantías y responsabilidades de los técnicos en prevención de riesgos laborales*, AL (V), 1998.

CRUZ VILLALÓN, J., “La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales”, *TL*, nº 26, 1993.

- “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *RL*, nº 12, 1992.

DE VICENTE PACHÉS, F., *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998.

- “Vigilancia de la salud y derecho a la intimidad del trabajador”, *TS*, nº 86, 1998.

DEL VALLE, J.M., “El control del cumplimiento de la normativa laboral por los representantes de los trabajadores en España”, *DL*, nº 40, 1993.

DÍAZ MOLINER, R., *Derecho de Prevención de Riesgos Laborales (I y II)*, Dijusa, Madrid, 1998.

DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., *Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L., “Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras o servicios en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de ley de prevención de riesgos laborales”, *AL* (I), 1995.

DOMÍNGUEZ PEREJÓN, C., “La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el marco de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales”, *TL*, nº 40, 1996.

DURÉNDEZ SÁEZ, I., *La sanción administrativa en el orden laboral*, Universidad de Murcia, Murcia, 2006.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., “El nuevo marco legal de la potestad sancionadora da la Administración en el orden social”, *RL* (I), 1988.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B., “Responsabilidad administrativa del empresario principal en materia de seguridad y salud en el trabajo (Comentario a la STS, Sala 3ª, de 10 de diciembre de 2001)”, *REDT*, nº 113, 2002.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Disposición derogatoria de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *AS*, (V), 1995.

FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Dykinson, Madrid, 1996.

- “El principio de no discriminación por razón de sexo y los trabajos prohibidos a la mujer en la legislación de seguridad e higiene”, *AL*, nº 1, 1990.
- “Reflexiones sobre la anunciada Ley de Seguridad e Higiene desde las normas de la OIT y C.E.E”, *AL*, nº 1, 1991.
- “Derechos y obligaciones derivados de la situación de riesgo grave e inminente”, *AL*, nº 44, 1996.
- “Sobre la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales”, *AL*, nº 13, 2004.
- “Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo (el art. 40 de la Ley 8/1988)”, *AL* (I), 1992.
- “La aplicación de la normativa técnica no laboral en materia de prevención de riesgos laborales”, *AL* (I), 2001.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *Algunas notas sobre la nueva tipificación de las infracciones en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales*, en VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996.

FERNÁNDEZ URRUTIA, A., “Un intento de freno a la siniestralidad y precariedad laboral en las obras de construcción: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y sus normas de desarrollo reglamentario y convencional”, *DL*, nº 80, Vol. II, 2007.

FERNÁNDEZ VALVERDE, R., “Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales. Principios rectores. Control jurisdiccional”, en *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, CGPJ, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)”, *REDT*, nº 82, 1997.

GÁMEZ OREA, M., “Actas de advertencia–requerimiento y órdenes de la Inspección de Trabajo”, *AL*, nº 43, 1993.

- *La fiscalización administrativa no sancionadora de las condiciones de seguridad y salud laborales*, *AL* (I), 1998.

GARCÍA ARÁN, M., “Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de Reforma de 2007”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, nº 115, CGPJ, Madrid, 2007.

GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Civitas, Madrid, 1989.

- “Potestad sancionadora de la Administración en materia laboral y principio de legalidad. A propósito del Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre”, *REDT*, nº 26, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo (II)*, Civitas, Madrid, 1981.

GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

- “Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo”, *RL* (I), 2000.

GARCÍA NINET, J.I., “En torno a la LPRL (V). El trabajo de los menores”, *TS*, nº 67, 1996.

- “En torno a la LPRL (VI y final). Protección de la maternidad (art. 26)”, *TS*, nº 68-69, 1996.

- “Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *AAVV, Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas (Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- “Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (I)”, *TS*, nº 96, 1998.

- “Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (II)”, *TS*, nº 97, 1999.

GARCÍA NINET, J.I. y GARCÍA ROBLES, I., “En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (IV)”, *TS*, nº 66, 1996.

GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., “Derechos y Obligaciones”, en García Ninet, J.I. (Dir.), *Curso sobre prevención de riesgos laborales*, Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, 1998.

GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, F., “La regulación sobre protección de datos personales y su incidencia en el ámbito laboral”, *AS* (V), 2000.

GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, en CASAS BAAMONDE, M.E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratatas y subcontratatas de obras y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La protección Jurídico-Laboral de mujeres y menores*, DM, Murcia, 2001.

GARCÍA RUBIO, M.A., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARCÍA SALAS, A.I., “Los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal: algunas notas”, *RL* núms. 16-17, 1996.

GARCÍA VIÑA, J., “Primeras aproximaciones a la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales”, *AL*, n° 13, 2004.

GARRIDO PÉREZ, E., “Trabajadores minusválidos: de la protección a la promoción”, *TL*, n° 51, 1999.

GASCO VIDAL, F., *La Administración Laboral y la prevención de riesgos*, en VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996.

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La formación preventiva en el sector de la construcción”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Coord.), *Contratatas y subcontratatas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y el nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

GOERLICH PESET, J.M., “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *AL* (I), 1997.

GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *La vigilancia de la salud en el centro de trabajo*, Tecnos, Madrid, 2003.

GONZÁLEZ BIEDMA, E., *La Inspección de Trabajo y el Control de la Norma Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, CES, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, Barcelona, 1996.

- “Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de contratación”, *RDS*, nº 27, 2004.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho a la salud y control de los trabajadores”, *RL* (I), 1990.

- “Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Coord.), *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y el nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.), *Comentarios al Reglamento de los Servicios de prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996.

GOÑI SEIN, J.L., “Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales”, *RDS*, nº 5, 1999.

GUTIÉRREZ ARRANZ, R., “Comentarios a la Ley 54/2003, de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales”, *Información Laboral*, nº 15, 2004.

GUTIÉRREZ DE LA PEÑA, M.S., “La Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción”, *Información Laboral*, nº 29, 2007.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Colex, Madrid, 2001.

IGARTUA MIRÓ, M.T., *Compendio de Prevención de Riesgos Laborales*, Laborum, Murcia, 2000.

JIMÉNEZ GARCÍA, J., *Participación y control en la empresa*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 1994.

LANZADERA ARANCIBIA, E., “Comentarios a la reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 252, 2004.

- “La limitación e la subcontratación en el sector de la construcción (Comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 288, 2007.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, La Ley, Madrid, 1999.

- El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales, AL, nº 13, 2004.

LLUIS Y NAVAS, J., Derecho de la Seguridad e Higiene en el Trabajo, Cedecs, Barcelona, 1996.

LÓPEZ, A.R.; SUQUÍA, F.J.; VELÁZQUEZ, M.P. (Coords.), *Cómo es y cómo actúa la Inspección de Trabajo*, Deusto, Bilbao, 1991.

LÓPEZ GANDÍA, J. y BLASCO LAHOZ, J.F., *Curso de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

LÓPEZ ROMERO GONZÁLEZ, M.P., “El RD 171/2004, de 30 de enero, sobre coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales”, *Información Laboral*, nº 13, 2004.

LOUSADA AROCHENA, J.F., “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en periodo de lactancia”, AL, nº 38, 1998.

- “La protección de la salud laboral de los trabajadores jóvenes”, *Revista Técnico-Laboral*, nº 81, 1999.

- “El riesgo durante el embarazo (I y II)”, AL, núms. 27 y 28, 2001.

LOZANO LARES, F., *La Regulación del Trabajo de Menores y Jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000.

LUJÁN ALCARAZ, J., “Protección de datos de carácter personal y contrato de trabajo”, AS (V), 2003.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L., “El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género”, REDT, nº 137, 2008.

MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Colex, Madrid, 2001.

MARTÍN VALVERDE, A., “Protección jurídica del trabajo en contratas: la norma y la realidad normada”, DL, nº 68 (Vol. II), 2003.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “La prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 285, 2006.

MARTÍNEZ FONTS, D., *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MELLA MÉNDEZ, L., “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social”, AS, nº 21, 2000.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Los trabajos prohibidos a menores desde una perspectiva comparada”, RDS, nº 8, 1999.

MERCADER UGUINA, J.R., “El principio de culpabilidad. Especial referencia a los supuestos de concurrencia de empresarios” en *La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los riesgos laborales*, Estudios de Derecho Judicial, nº 100, CGPJ, Madrid, 2006.

- “Uso y abuso de las leyes de acompañamiento (y II)”, *RL* (I), 1999.

MERCADER UGUINA, J.R. y SÁNCHEZ GRANDE, A., “La Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Consideraciones en torno a la Ley 42/1997, de 14 de noviembre)”, *RL* (I), 1998.

MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C., *Derecho Administrativo Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MIÑARRO YANINI, M., “La prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas”, *DL*, nº 68 (Vol. II), 2003.

MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C., “La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva «de» y «en» la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa (comentario sistemático del RD 604/2006, de 19 de mayo)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núms. 281-282, 2006.

MOLINA NAVARRETE, C., “Trabajadores en la frontera; comentario al Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 295, 2007.

MOLTÓ GARCÍA, J.I., *La ley de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales en las empresas y en las obras de construcción*, Aenor, Madrid, 2004.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007.

- *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1989.

- “Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales”, *AS* (V), 2000.

MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, McGraw-Hill, Madrid, 2000.

MORENO CÁLIZ, S., “La tutela de la enfermedad profesional: aspectos controvertidos”, *AS* (V), 2001.

- “Medidas de prevención específicas de la enfermedad profesional”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 225, 2001.

MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., *Maternidad y salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A.M.; PARDELL VEA, A., “La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales”, *AS* (V), 1997.

- “La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 228, 2002.

MORENO GRAU, J., “Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales en el Derecho español”, en *La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de los riesgos laborales*, Estudios de Derecho Judicial, nº 100, CGPJ, 2006.

MORILLAS CUEVA, L., “La responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral”, en *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, CGPJ, 2004.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

NAVARRO CARDOSO, F., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

NAVARRO NIETO, F., “La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas”, *AL* (II), 2005.

NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.

NORES TORRES, L., “Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *AL*, nº 16, 1998.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C. y PRIETO CLAR, B.J., *Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad penal del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo*, VII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996.

OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003.

- *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1986.

- “Los conflictos en la paralización de actividades por riesgo grave e inminente”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (Coords.), *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

OSCARAY REVIRIEGO, J.J., “El principio de non bis in idem y su reflejo en el procedimiento sancionador por infracciones en del orden social”, *JL*, nº 29, 2007.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, *AL*, nº 4, 1992.

PANIZO ROBLES, J.A., “La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 201, 1999.

PARAMIO PARAMIO, A., “Las nuevas obligaciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su tipificación administrativa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 196, 1999.

PÁRAMO MONTERO, P., “Puntos conflictivos en torno al poder sancionador de la Administración Laboral”, *RL* (I), 2001.

- “Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *RL* (II), 1999.
- “Comentario a la Ley /1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: Infracción y Responsabilidad”, *REDT*, nº 54, 1992.
- “En torno al art. 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción”, *RL* (II), 1997.

PEDRAJAS MORENO, A., “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio”, *AL*, nº 4, 2000.

PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “El principio de adaptación del trabajo como expresión del principio de igualdad”, en *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005.

- *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas*, CES, Madrid, 2005.

PEMÁN GAVÍN, I., *El Sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000.

PÉREZ CAPITÁN, L., “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, *RDS*, nº 26, 2004.

PÉREZ DE LOS COBOS, F., “La Directiva-Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y adaptación del Ordenamiento español”, *RL* (I), 1991.

PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, La Ley, Madrid, 2000.

PÉREZ MANZANO, M., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, *RL*, nº 3, 1997.

PIZÁ GRANADOS, J., “Maternidad y prevención de los riesgos laborales en la Ley 39/1999”, *AS*, nº 20, 2000.

PURCALLA BONILLA, M.A., “Autonomía preventiva y prevención de riesgos profesionales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núms. 161-162, 1996.

- “Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico”, *AS* (V), 1997.

PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P., “La protección de la maternidad en la relación laboral: Seguridad y Salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria”, *AS*, nº 15, 1998.

QUESADA SEGURA, R., *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

RAMOS QUINTANA, M.I., “El trabajo de los menores (En torno al artículo 6)”, *REDT*, nº 100, 2000.

- “El nuevo marco normativo de la prevención de riesgos laborales; aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre”, *RL*, nº 2, 2005.

REY GUANTER, S., DE., “Infracciones laborales y cumplimiento de los convenios colectivos (y II)”, *RL* (I), 1988.

- “Los principios de legalidad y tipicidad en las infracciones del orden social”, *RL* (II), 1991.

- *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el Orden social*, MTSS, 1990.

RIVERO LAMAS, J., “Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales”, *AL*, nº 36, 1996.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 227, 2002.

- “La intimidad del trabajador en el uso de diagnósticos médicos informatizados”, *REDT*, nº 101, 2000.

RODRÍGUEZ PASTOR, G., *Movilidad funcional y negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGO, G., “Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en OJEDA AVILÉS, A.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (Coords.), *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “Nueva regulación de las infracciones y sanciones en el orden social”, *RL* (II), 1988.

RUANO ALBERTOS, S., “Determinados aspectos de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo. Su reflejo en nuestra normativa”, *AS* (V), 2001.

SAGARDOY, J.A. (Dir.), *Debate parlamentario sobre el ET*, Tomo I, Instituto de Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1981.

SALA FRANCO, T., *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- “La responsabilidad de los servicios de prevención ajenos a la empresa y del personal a su servicio”, *AL*, nº 12, 2000.

SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

SÁNCHEZ CUBEL, D., *Todo sobre la nueva Ley de prevención de Riesgos Laborales*, Praxis, Barcelona, 1996.

SÁNCHEZ GRANDE, A., “Infracciones y sanciones en la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, en MERCADER UGUINA, J.R., (Coord.), *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción y el nuevo Reglamento de Desarrollo, Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

SÁNCHEZ NAVARRO, D.A., “El cambio de puesto por enfermedad profesional: una zona gris dentro del ámbito competencial del INSS y del INSALUD u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas”, *AS* (V), 2002.

SÁNCHEZ PEGO, F.J., “La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales”, *AL* (I), 1997.

SÁNCHEZ TERÁN HERNÁNDEZ, J.M, *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

SÁNCHEZ TORRES, E., “El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *RL* (II), 1997.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El Riesgo durante el Embarazo: Régimen Laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

- “La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo”, *REDT*, nº 99, 2000.

- “El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo”, *AS*, 2003.

SANPEDRO GUILLAMÓN, V., “La Inspección de Trabajo y la Prevención del Riesgo Laboral”, *TS*, nº 59, 1995.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “La protección de la enfermedad profesional: planteamientos para su modificación”, *AS* (V), 2001.

SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, J., *La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo*, TL, nº50, 1999.

THIBAUT ARANDA, J., “La paralización colectiva de la actividad productiva como medida de seguridad e higiene: el art. 21.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *AL*, nº 6, 1997.

TOLOSA TRIBIÑO, C., en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

- “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *AL* (I), 1998.
- “El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *RL* (II), 1997.
- “La difícil delimitación de la figura del promotor en la prevención de los riesgos laborales”, *JL*, nº 25, 2006.
- “La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *AL*, nº 17, 1996.

TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *AS*, nº 15, 2008.

VALLEJO DACOSTA, R., *Riesgos Psico-Sociales: Prevención, Reparación y Tutela Sancionadora*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

VALVERDE ASENSIO, A.J., *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

VÁZQUEZ MATEO, F., “La Ley 8/1988 de 7 de abril sobre infracciones y sanciones de orden social y su puesta en práctica”, *RL* (I), 1989.

VIDA SORIA, J., “La situación jurídica y la responsabilidad de los Servicios de Prevención ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad”, *AL* (II), 2004.

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, nº 115, CGPJ, Madrid, 2007.

