
Responsabilidades laborales en materia de prevención de riesgos laborales de la Administración contratante en obras públicas. Singular mención al recargo de prestaciones de Seguridad Social.

José Miguel Caballero Real

Abogado. Socio de Garrigues.

Profesor Asociado al Departamento de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social de la Universidad de Sevilla

Sumario. I.- A modo de introducción: un supuesto de hecho en busca de responsables y de responsabilidades. II.- Marco normativo básico: la legislación aplicable en materia de prevención de riesgos. a. Disposiciones legales y reglamentarias de carácter general relativas a la coordinación de actividades. b. Disposiciones específicas en el sector de la construcción. III.- Integración de la contratación pública en el marco de responsabilidades en materia de prevención de riesgos: el difícil acomodo de conceptos públicos y privados. IV.- A modo de conclusiones para un debate abierto.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: UN SUPUESTO DE HECHO EN BUSCA DE RESPONSABLES Y DE RESPONSABILIDADES

La aproximación a la problemática de la Prevención de Riesgos en el ámbito de la construcción, más si se hace en su vertiente “*patológica*” de la delimitación de las responsabilidades, es siempre dificultosa por la especificidad de la actividad empresarial a que se refiere, por la singular normativa que la regula, por la prolijidad de normas técnicas que entran en juego y, por qué no reconocerlo, por la tremenda presión social que conlleva la siniestralidad laboral en este sector.

Pero esa complejidad se hace aún mayor cuando se incorpora el calificativo de “pública” a la actividad de construcción y cuando a los múltiples sujetos empresariales protagonistas se añade la Administración Pública (en cualquiera de sus manifestaciones jurídicas), no como Poder Público sino como agente económico que promueve, impulsa o contrata una obra. En esta situación, el analista jurídico o el aplicador del Derecho se ven sometidos a verdaderas “*fuerzas centrífugas*” que tratan de arrastrar la disciplina regulatoria de esta materia bien al ámbito del Derecho Público y de la miríada de normas, doctrina y resoluciones que abordan la contratación pública, bien al ámbito de la normativa laboral en prevención de riesgos, donde el eje central es justamente la prevención y la garantía de indemnidad para la salud e integridad del trabajador.

Quizá para no quedar sesgados de inicio por una u otra tendencia, esto es, para no tener que decantarnos *a priori* por la prevalencia de lo público o de lo laboral, debiéramos seguir un proceso inverso al que es habitual en los análisis doctrinales: en lugar de construir los conceptos teóricos y bucear luego en la prolija normativa concurrente, atendamos a un método inductivo que extraiga conclusiones operativas y prácticas a partir de supuestos de hecho reales.

En efecto, un primer elemento decisivo en cualquier reflexión sobre Seguridad y Salud Laboral es la absoluta relevancia que en la práctica jurídica de determinación de responsabilidades tiene el siniestro laboral como hecho causante. Por ello, resulta más práctico (y seguramente más simple a efectos expositivos) remontar el análisis jurídico de la cadena de responsabilidades a partir de un siniestro, antes que construir un esquema teórico de figuras jurídicas en el que luego subsumir una realidad socio-laboral que, por definición, siempre desborda las previsiones normativas.

De este modo, en lugar de hacer un recorrido teórico-normativo de las obligaciones y responsabilidades que la Administración contratante pueda tener en materia de prevención de riesgos laborales desde que se inicia un proyecto de obra pública hasta que finaliza la ejecución del mismo, proponemos un análisis en sentido inverso, propio de la práctica forense: partamos del siniestro como punto de reflexión sobre el que identificar obligaciones y responsabilidades empresariales; ello proporcionará criterios interpretativos de gran interés práctico por cuanto que los conceptos jurídicos indeterminados y los términos anfibológicos que, a veces, pueblan las disposiciones legales y reglamentarias tienen una lectura muy distinta según se trate de definir lo que se debe hacer y quién lo debe hacer, o, por el contrario, estemos ante la necesidad de identificar lo que se debió hacer y no se hizo y quién incumplió esa obligación.

Así pues, como mero punto de partida, planteémonos el siguiente escenario: un obrero de una empresa (de uno de los múltiples subsectores de la construcción) sufre un accidente laboral en el desarrollo y ejecución de una obra pública (que podría ser cualquiera de las cientos que hoy inundan nuestras ciudades, travesías y vías de comunicación, pero que, en el caso que nos ocupa, se trataba de una obra promovida por una Gerencia Municipal de Urbanismo relativa a la pavimentación de una vía pública); la empresa a la que pertenece el trabajador accidentado es a su vez subcontratista de otra empresa que era la adjudicataria en la licitación pública promovida por la Administración (o por el ente vinculado a la misma con personalidad jurídica propia y con competencias específicas en la gestión de esta actividad) para la realización de esa obra pública.

Como desgraciadamente suele ser habitual, los hechos causantes del accidente entroncan en mayor o menor medida con un previo incumplimiento de medidas de seguridad y de las normas de prevención de riesgos, concretamente, en este caso, de los deberes de formación e información del trabajador accidentado sobre los riesgos inherentes a su actividad profesional.

A partir de esos datos (el siniestro, sus causas y la cadena de relaciones contractuales empresariales) hemos de discernir hasta dónde llega el ámbito de responsabilidades y, más concretamente, en qué supuestos y bajo qué premisas jurídicas la Administración contratante o sus entes vinculados intervinientes pueden ser considerados responsables de las consecuencias de ese accidente laboral.

No se trata, empero, de buscar una respuesta unívoca a un caso concreto, sino que, al hilo de las reflexiones sobre una situación específica y con la perspectiva que dicha situación nos da, valorar con visión más amplia el panorama obligacional en torno a la prevención de riesgos laborales en la obra pública. Pretendemos, si se nos permite el símil, remontar el cauce de las obligaciones preventivas desde las consecuencias (siniestro) hasta las causas y sus responsables.

Hemos de tener en cuenta, siquiera sea a título orientativo, que el abanico de esas consecuencias se puede extender potencialmente a distintas áreas: responsabilidades administrativas (por infracciones en el Orden Social), responsabilidades penales, civiles y responsabilidades laborales.

De hecho, en el texto inicial de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre (en adelante, LPRL), las normas sobre responsabilidad se encontraban en su art. 42, con una rúbrica ya significativa de “*responsabilidades y su compatibilidad*”, muy ilustrativa de esa diversidad de responsabilidades y de su posible acumulación. Sin embargo, algunos de sus apartados, especialmente el que se refería al régimen de responsabilidad en los casos del art. 24 LPRL, fueron derogados con la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. Se trata, en realidad, de una derogación impropia, pues el contenido de la norma ha pasado a integrarse en la LISOS.

En todo caso, el apartado 1 del art. 42 LPRL señala que el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento. El apartado 3, tampoco modificado por la LISOS, dispone que las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema.

Estos dos apartados constituyen un resumen descriptivo de las distintas clases de responsabilidad que pueden surgir del incumplimiento de los deberes preventivos, especialmente en cuanto a los empresarios o empleadores, sean éstos privados o públicos, aunque a estos últimos alcanza una regla especial sobre medidas correctoras sustitutivas

de las sanciones administrativas (art. 45.1 LPRL, actualmente art. 42.4 LISOS), especialidad que no les priva de responsabilidades en los demás órdenes, incluso se ven incrementadas con el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aplicable a esta materia en caso de daños a particulares por funcionamiento anormal de los servicios de inspección y control o por daños a empleados públicos. No son exhaustivos tales apartados 1 y 3, sin embargo, respecto a las clases de responsabilidad en general, pues no pueden olvidarse las de terceros a que se refieren los arts. 15 y 41 LPRL y, sobre todo, las de los propios trabajadores o empleados públicos en el ámbito disciplinario, según el art. 29.3 LPRL.

Así pues, a modo de recapitulación sobre las distintas clases de responsabilidad empresarial, podemos concluir que son la penal, la “civil” –en la dicción de la norma, que parece relacionar ello con las indemnizaciones a que alude–, la administrativa –con actuaciones sancionadoras o limitativas de derechos, como el cierre o paralización– y la de Seguridad Social –abarcando prestaciones del sistema sobre incapacidad temporal, invalidez permanente y muerte y supervivencia y recargos de las mismas–. Inmediatamente cabe preguntarse dónde está prevista la responsabilidad “laboral” del empresario en estos casos. Ello se relaciona con la concepción extracontractual de la responsabilidad en la jurisprudencia civil, pero encontramos la respuesta a la interrogante en la jurisprudencia social relativa a una norma precedente, de análogo contenido, el art. 97.3 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, sobre el que las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994 y 3 de mayo de 1995 se pronunciaron entendiendo que el término “civil” se utilizaba en un sentido amplio que comprendía, frente a la responsabilidad penal, tanto la civil como la laboral, calificando como civil en sentido propio la que deriva de una conducta empresarial ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo que, no obstante, sea causa de accidente, mientras es laboral cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral. En la concepción contractualista de la responsabilidad, este criterio jurisprudencial habría de matizarse en el sentido de afirmar que, desde luego, es laboral toda infracción de los deberes de prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, nuestro análisis se va a circunscribir a la determinación de las responsabilidades laborales, de Seguridad Social y administrativas que pudieran –siquiera sea potencialmente– ser atribuidas a la Administración contratante o a sus entes vinculados que participan en el proceso de la construcción en cualquiera de sus fases (principalmente en la elaboración del proyecto y en el impulso y contratación de la ejecución de la obra público por terceros contratistas y subcontratistas).

II. MARCO NORMATIVO BÁSICO: LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS

a. Disposiciones legales y reglamentarias de carácter general relativas a la coordinación de actividades.

Aun cuando pueda resultar paradójico, debemos comenzar nuestra reflexión normativa, no por disposiciones legales de carácter específico del ámbito de la salud laboral y de la prevención de riesgos, sino por dos normas generales: el Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en adelante E.T.) y la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, LISOS (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto).

El primero de los cuerpos legales dedica su artículo 42 a la “*subcontratación de obras y servicios*” y en su apartado segundo contempla que:

“el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad social durante el período de vigencia de la contrata”.

Previamente, en el mismo precepto pero en su apartado primero, se establece que los empresarios “*que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social*” (el subrayado es nuestro por cuanto ese concepto, el de “*propia actividad*” pasará por ser uno de los elementos esenciales en el debate sobre el alcance y contenido de las responsabilidades en los supuestos de subcontratación).

Por su parte, el segundo texto legal, la LISOS, curiosamente en el mismo ordinal, el art. 42, bien que ahora bajo el epígrafe “*responsabilidad empresarial*”, dispone en su tercer apartado 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 período 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”.

Esta última referencia normativa nos permite enlazar con el que pasa por ser el referente básico en materia de prevención de riesgos laborales, la ya citada Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL); concretamente, y en lo que se refiere al caso que nos ocupa y a la Administración interviniente (que constituye el objeto de este análisis) que no estaba ejecutando directamente y con sus propios medios la obra pública, el art. 24 LPRL regula la coordinación de actividades empresariales en aquellos casos en los que, en un mismo ámbito laboral, concurren empleados de distintos empleadores.

La norma a su vez distingue tres supuestos:

- i. el de las empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo (del que se supone que no son titulares ninguna de ellas o, mejor dicho, al margen de tal condición que se aborda en el apartado siguiente), a lo que asocia un deber de cooperación entre ellas en la aplicación de la normativa preventiva a través de medios de coordinación para la protección e información de los trabajadores;
- ii. el de la empresa titular de ese centro de trabajo en el que concurren trabajadores de dos o más empresas, a quien corresponde adoptar las medidas necesarias para que los empleados de esas otras entidades reciban la información e instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro y las medidas de protección, prevención y emergencia;
- iii. el del empresario que, además de ser titular del centro, contrate con otros el desarrollo de obras o servicios de su propia actividad, en cuyo caso se establece el deber de vigilar el efectivo cumplimiento por parte de los contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención.

En el apartado siguiente analizaremos en qué situación se encuentra la Administración Pública contratante respecto a estas tres posibles situaciones (o, incluso, si pudiera entenderse que no estuviera en ninguna de ellas), pero nos sirve esta referencia legal para comprender el entendimiento que la normativa laboral tiene de los supuestos de estructuras empresariales complejas. La legislación preventiva, que configura al empresario como un “*deudor de seguridad*”, aborda de este modo una realidad socio-económica creciente que no es otra que la práctica empresarial de exteriorizar partes de sus procesos o de los servicios que integran su actividad empresarial.

Sin embargo, como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales, la aplicación práctica de la LPRL ha puesto de manifiesto “*una falta de adecuación de la normativa de prevención de riesgos laborales a las nuevas formas de organización del trabajo, en especial en las diversas formas de subcontratación y en el sector de la construcción*”.

Por tal motivo, aparte de las normas específicas que comentaremos en el epígrafe siguiente, el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, se ha encargado de desarrollar el art. 24 LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales y, a estos efectos, ha procurado arrojar algo de claridad sobre los elementos conceptuales más controvertidos de la inicial regulación del art. 24. Así, la Exposición de Motivos de este Real Decreto indica que “*se aborda la definición de tres elementos, presentes en el art. 24 LPRL, tan esenciales como debatidos y, por ello de obligada clarificación aquí: se trata de centro de trabajo, empresario titular del centro de trabajo y empresario principal*”.

En este sentido, el concepto de centro de trabajo ya no puede entenderse equiparable a lo que prevé de forma genérica el art. 1.5 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.) (como “*unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la*

autoridad laboral”), sino que se establece una acepción menos formal y más material: se entenderá por tal “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”.

Como reconocía el Consejo de Estado en su Dictamen de 29 de enero de 2004 (Ref. 22/2004), “ciertamente la definición se aproxima más al concepto de “lugar de trabajo” del Real Decreto 486/1997 que al de “centro de trabajo” recogido en el art. 1.5 E.T.. Sin embargo, ello no es objetable, por una parte, porque responde mejor a lo dispuesto en las normas internacionales ... (véase, por ejemplo el art. 3.c del citado Convenio 155 OIT); por otra, porque el art. 1.5 E.T. define lo que se considera centro de trabajo “a los efectos de esta Ley” (como también el Proyecto lo define “a efectos de lo establecido en el presente Real Decreto”); en fin, la interpretación que la jurisprudencia ha hecho del concepto “centro de trabajo”, a efectos de la aplicación del art. 24 LPRL, abona un concepto como el que ahora se recoge (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2002, en relación con los postes del tendido aéreo de líneas telefónicas)”.

La resolución judicial que se cita resolvió, en unificación de doctrina, un asunto en el que el empleado accidentado trabajaba para una contratista con la que Telefónica de España había concertado la instalación, mantenimiento y montaje de líneas y cables telefónicos en la provincia de Segovia. Ante la negativa de la empresa principal (Telefónica) a asumir su condena solidaria por las consecuencias de ese accidente por, entre otros motivos, no tratarse de un siniestro acaecido en un centro de trabajo propio, el Tribunal ratifica que:

“se llega a la conclusión de que aunque el accidente se produjo en zona abierta no urbana, en el campo, ese lugar en el que se llevaba a cabo la descarga de los postes para situarlos en el trazado aéreo de la línea era realmente un centro de trabajo de Telefónica. Estas circunstancias detalladamente desarrolladas en la sentencia recurrida, en relación con los preceptos que se decían denunciados en el recurso de suplicación, condujeron a la Sala a extender la condena solidariamente también a Telefónica, respecto de la que se decía que concurría el mismo elemento culpabilístico que en «Cobra Instalaciones» (empresa contratista a la que pertenecía el trabajador accidentado), «...por tener conocimiento de las condiciones en las que se realizaba la descarga del poste, ya que se efectuaba en su propio centro de trabajo, y no haber adoptado las medidas precisas para evitar el riesgo existente».

Los otros dos conceptos nucleares (“*empresario titular del centro*” y “*empresario principal*”) se concretan, el primero, en aquella persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo, en tanto que el empresario principal es aquél que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollan en su centro de trabajo.

Es precisamente este último concepto de la “propia actividad” (que habíamos destacado al hilo de la mención del art. 42.1 E.T.) el que ha quedado huérfano en la reforma legislativa de

una recomendable clarificación dado su carácter indeterminado, que ha llevado a una copiosa doctrina judicial dispar cuando no, a veces, claramente contradictoria.

El Tribunal Supremo, en recientes Sentencias de 2 de octubre de 2006 y 20 de julio de 2005, ha concretado el criterio unificado en cuanto a considerar que:

“lo que determina que una actividad sea “propia” de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este sentido la sentencia de 24 de noviembre de 1998 señala que en principio caben dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la “actividad indispensable”, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán “propia actividad” de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no “nucleares” quedan excluidas del concepto Pero, como precisa la sentencia citada, recogiendo la doctrina de la sentencia de 18 enero 1995, “si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial”.

Por su parte, la Disposición Adicional Primera del R.D. 171/2004 contiene una previsión que nos permite enlazar con el siguiente apartado, al regular la aplicación de esta norma reglamentaria en las obras de construcción. A este respecto la mentada Disposición indica que estas obras se registrarán por lo previsto en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. No obstante, hace dos interesantes precisiones:

- cuando los arts. 7 y 8 R.D. 171/2004 se refieren a los deberes de información e instrucción por parte del empresario titular, en el sector de la construcción dichos deberes vendrán referidos al promotor (añadiendo además el modo en que integrar y cumplimentar ambas obligaciones);
- en el sector de la construcción se considerará empresario principal a los efectos del deber de vigilancia en casos de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo, al contratista, como persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con recursos humanos y materiales propios o ajenos el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.

b. Disposiciones específicas en el sector de la construcción.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, que regula la Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE), configurada como la norma reguladora de los aspectos esenciales del

proceso de la edificación y de las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, ofrece dos referencias expresas a la materia que nos ocupa, esto es, a la prevención de riesgos laborales y a la actuación como agente interviniente de las Administraciones Públicas.

Respecto a lo primero, indica en su art. 1.2 que:

“las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica”.

En cuanto a lo segundo, es decir a la actuación de las Administraciones Públicas como agentes del proceso de edificación, establece que en estos casos:

“se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas y en lo no contemplado en la misma por las disposiciones de esta Ley, a excepción de lo dispuesto sobre garantías de suscripción obligatoria” (art. 1.3).

Por otro lado, el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, regula las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; constituye, en términos del Dictamen 4788/1997, de 2 de octubre de 1997, del Consejo de Estado, *“desarrollo y al mismo tiempo especialización y especificación de la protección de los trabajadores en las obras de construcción”* en relación con lo previsto en la LPRL, cuyo art. 6 remite a la potestad reglamentaria los aspectos más técnicos de las medidas preventivas a través de normas mínimas que garanticen la adecuada protección de los trabajadores.

En este ámbito y con esta vocación, el R.D. 1627/1997 asume, en primer lugar, en su art. 2, un marco conceptual que, en lo que aquí nos interesa, formula dos precisiones necesarias:

- en palabras del Consejo de Estado, *“es aceptable sustituir “propiedad” por “promotor” para referirse a la persona por cuenta de la cual se realiza la obra”;*
- el contratista (cuya equiparación al empresario principal vimos en líneas precedentes) y el subcontratista (definido como quien asume contractualmente ante el contratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución) son quienes tienen la consideración de empresarios a los efectos previstos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Esta segunda concreción es decisiva a la hora de ir delimitando los contornos subjetivos y de responsabilidad en el ámbito de la actuación preventiva en el sector de la construcción, sobre todo en relación con la siempre tormentosa posición del promotor en el ámbito de las responsabilidades derivadas de un accidente por infracción de medidas de seguridad.

Precisamente sobre la figura del promotor, la LOE antes citada establece en su art. 9 que por tal se tendrá a:

“cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”.

En el mismo cuerpo legal queda también recogido el concepto de “proyectista” (art. 10) como aquél que:

“por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto”.

Los contornos del promotor siempre han sido confusos para el derecho laboral y, más concretamente, en cuanto a su consideración como sujeto responsable en materia de prevención de riesgos laborales.

De hecho, han proliferado pronunciamientos judiciales que lo excluyen del concepto de empresario a estos efectos. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de marzo de 2003 afirma que el hecho de que el R.D. 1627/1997 establezca unas obligaciones específicas y concretas para el promotor *“no supone de suyo que el promotor que así actúa se convierta sin más en empresario a efectos laborales o en titular del centro de trabajo, si es que no aporta otra cosa que el terreno en el que se va a construir”.*

El Tribunal Supremo, también en la Sala de lo Contencioso, al hilo de la impugnación de una sanción administrativa impuesta por infracción de medidas de prevención de riesgos laborales, ha resuelto en su Sentencia de 25 de octubre de 2005 que *“al promotor según los arts. 6 y 7 del Real Decreto citado sólo le corresponde la elaboración del estudio básico de seguridad y salud que, por otro lado, puede ser modificado por el contratista, y que estas previsiones del Real Decreto 1627/1997 resultan confirmadas por lo dispuesto en el Real Decreto 171/2004 que atribuye la condición de empresario principal al contratista y vuelve a reiterar que los contratistas y subcontratistas tienen la condición de empresario y responden solidariamente, como así lo había declarado el art. 11 del Real Decreto 1627/1997 citado”.* Sin embargo, la antes mencionada Ley 54/2003 ha incorporado sendas referencias expresas al promotor en la Ley de Infracciones y Sanciones, concretamente en los artículos 12 (infracciones graves) y 13 (infracciones muy graves) en orden a contemplar posibles actuaciones infractoras del promotor.

Junto a esta figura del promotor surge con innegable protagonismo en el R.D. 1627/1997 la figura del Coordinador en materia de Seguridad y Salud, tanto durante la elaboración del proyecto de obra como durante la ejecución de la misma. En uno y otro caso es designado por el promotor y asume, entre otras, las obligaciones relativas a la aplicación de los principios generales de prevención en materia de seguridad y salud en la fase de proyecto, así como la coordinación y comprobación de aplicación por contratista y subcontratista de los principios de acción preventiva y de los métodos de trabajo de forma correcta.

No obstante, no pretende el presente análisis profundizar en una figura como la del Coordinador de Seguridad y Salud, con perfiles competenciales relevantes, sino más bien valorar su incidencia en relación con las responsabilidades empresariales por infracción de normas de prevención. En este sentido conviene destacar que, según el art. 3.4 R.D. 1627/1997, *“la designación de los coordinadores no eximirá al promotor de sus responsabilidades”*. Esta previsión sigue el camino marcado por la LPRL cuando, en su art. 14.4, prevé que las obligaciones de los trabajadores, la atribución de funciones en esta materia a trabajadores o a servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas *“complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia”*. Pero no se limita a ello la vigente legislación sino que la ya mencionada reforma de la LISOS incorporada por la Ley 54/2003 establece como infracción grave del promotor el incumplimiento por parte de los coordinadores de sus obligaciones recogidas en el art. 9 R.D. 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad o cualesquiera otros incumplimientos que tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud de la obra.

Ello significa que las responsabilidades empresariales del promotor, cuando se configuren como tales en la norma, no podrán ser eludidas por la derivación a terceros cuya intervención prevea la propia norma. Pero, lo que es más importante, mantiene abierta la controversia del alcance y contenido de la responsabilidad última del promotor en materia de prevención de riesgos y siniestralidad laboral, cuestión que tendremos ocasión de retomar al momento de subsumir esta normativa en las situaciones específicas en que se puede concretar el supuesto de hecho que nos ha servido de dinamizador inicial en este análisis.

De hecho, más que sobre la posibilidad de ser sujeto responsable en sede administrativa por incumplimientos de sus obligaciones en materia de prevención (cuestión sobre la que ya no se admite controversia a tenor de la nueva dicción de la LISOS tras la Ley 54/2003), el debate se centra en la posibilidad de imputársele responsabilidad por posibles incumplimientos de contratistas o subcontratistas o de los propios Coordinadores de Seguridad y Salud que él debe nombrar. Dicho en otras palabras, no creemos que hoy por hoy pueda discutirse que el promotor tenga que hacer frente a responsabilidades directas cuando de incumplimientos propios se trate en relación con sus singulares obligaciones preventivas, pero distinta puede ser la respuesta a la hora de ponderar si puede hacerse responsable solidario con el resto de los agentes intervinientes en el proceso de la construcción.

Precisamente, la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2005, que resuelve un problema de responsabilidad solidaria derivado del art. 42 E.T. en materia de retribuciones, analiza la aplicabilidad al promotor del concepto de *“propia actividad”* (análogo en el referido art. 42 E.T. y en el 24.3 LPRL), para concluir que:

“de esta regulación se desprende que, aunque insertas en el mismo sector de la edificación, las actividades empresariales de los promotores y de los constructores son distintas.

El promotor desarrolla una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial, mientras que la labor del constructor es fundamentalmente física y productiva. Se trata, por tanto, de actividades empresariales que son en sí mismas diferentes, aunque entre ellas pueda existir una conexión o dependencia funcional y en este sentido la actividad de construcción no es una actividad “inherente” al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria.

Es cierto... que sin construcción no habría promoción inmobiliaria, pero esa dependencia recíproca no implica unidad de actividad, de la misma manera que una actividad productiva cualquiera es presupuesto necesario para otra que se dedica a la comercialización de los productos de la primera sin confundirse con ella. Y también es cierto que un mismo agente económico podría a la vez dedicarse a la construcción y a la promoción, pero éste no es el caso y además la norma no contempla para establecer la responsabilidad la mera posibilidad de la concurrencia de actividad, sino la actualidad de esa coincidencia de actividades que en el presente caso no se ha acreditado. El supuesto de hecho del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que está conectado en el plano de las consecuencias jurídicas con la aplicación de un régimen severo de responsabilidad para las contrataciones en el marco de la propia actividad, parte de una conexión más intensa entre las actividades del principal y del contratista, de manera que se produzca una cierta implicación de las organizaciones de trabajo de los empresarios, como se pone de relieve en el debate sobre el denominado “elemento locativo de la contrata” ya en gran medida superado por las nuevas tecnologías que permiten establecer una implicación entre organizaciones de trabajo por encima de la presencia en el mismo lugar de trabajo y es obvio que esta implicación no se produce, en principio, entre las organizaciones de trabajo de una promotora inmobiliaria y de una empresa constructora”.

Al margen de este debate al que, como hemos dicho, volveremos más adelante, hemos de concluir este recorrido somero (y no exhaustivo) por la normativa específica del sector de la construcción con incidencia directa en el marco regulador de las responsabilidades preventivas, con una mención a una norma aún no vigente: la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, y que entrará en vigor el próximo mes de abril de 2007, se plantea en su Exposición de Motivos, como uno de los factores determinantes de la siniestralidad laboral en el sector, “la utilización de una forma de organización productiva, que tiene una importante tradición en el sector pero que ha adquirido en las últimas décadas un especial desarrollo en el mismo... Esta forma de organización no es otra que la denominada subcontratación”. De hecho, la regulación sectorial de esta materia busca el establecimiento de “una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasiona situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores”. Esta pretensión lleva a que se plasme en el propio art. 1 de la Ley el objetivo de “mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo, en particular”.

En lo que aquí interesa, baste con decir en este momento que los aspectos conceptuales que incorpora esta Ley 32/2006 vienen a coincidir con lo ya establecido en las normas precedentes en cuanto a identificar al promotor con la persona (física o jurídica) por cuenta de la cual se realice la obra, mientras que el contratista se corresponde con el empresario principal que asume 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. La regulación del subcontratista, que es el que asume ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, presenta en esta Ley la especificidad de preverse expresamente las cadenas de subcontratación (circunstancia que en la práctica es lo más habitual) donde existan segundos subcontratistas (cuyo comitente es el primer subcontratista) y niveles de subcontratación sucesivos; tan es así que se conceptúa el “*nivel de subcontratación*” como cada uno de los escalones en que se estructura el proceso de subcontratación.

Sin perjuicio de que el contenido y alcance de esta Ley (sin duda apasionante por su carácter novedoso) excede de los límites objetivos de nuestro estudio, no podemos dejar de destacar una singular mención que en la misma se hace a la obra pública: en su Disposición Adicional Segunda, titulada “*Régimen de subcontratación en las obras públicas*”, se contempla que:

“lo establecido en la presente Ley se aplicará plenamente a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, con las especialidades que se deriven de dicha Ley”.

Esta previsión viene a anticipar una solución a una controversia que, como veremos luego, rodea a la obra pública en general, cual es la aplicabilidad a la misma de las normas generales de Derecho Laboral, sobre todo cuando se entiendan éstas concurrentes con disposiciones regulatorias de la contratación pública. Surge en esos casos la duda de dónde está la especialidad prevalente a la hora de decantarse por el ordenamiento jurídico aplicable: el carácter público de la obra o el contenido material del fenómeno de la subcontratación (en el caso de la Ley 32/2006) o de la regulación preventiva laboral (en el supuesto que nos ocupa). Pero este debate será objeto de una mayor profundización en un apartado posterior.

c. Regulación del recargo de prestaciones de Seguridad Social

Resulta cuando menos llamativo que en esta vorágine normativa la regulación de uno de los aspectos cuantitativa y cualitativamente más trascendentes en materia de responsabilidad por infracciones de medidas de seguridad laboral se haya mantenido inalterada y recluida en un cuerpo normativo no específicamente preventivo, como es el art. 123 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS), que contempla un incremento de entre un 30 y un 50% del importe de las prestaciones de Seguridad Social generadas como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional

causado por inobservancia de medidas de seguridad en las máquinas, artefactos, instalaciones, o cualquier otro incumplimiento de medidas generales o particulares de seguridad e higiene, salubridad o adecuación personal a cada trabajo.

El art. 123.2 TRLGSS impone el recargo de prestaciones a quien sea «*el empresario infractor*», esto es, al empresario que, con su incumplimiento de las normas preventivas a las que esté obligado, haya podido ser causante del siniestro.

En cuanto a la responsabilidad solidaria de otras empresas como consecuencia de las cadenas de contratación y subcontratación (insistimos, supuesto que es el objeto de nuestro interés central), hay que señalar que la doctrina contenida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 5 de mayo de 1999 afirma que «*aunque la sentencia de 18 de abril de 1992 (RJ 1992, 4849) , 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 (RCL 1995, 997) , la decisión de esta sentencia no se funda de forma decisiva en este dato, sino en una interpretación del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social (actual artículo 123) sobre la noción de empresario infractor a la luz del artículo 153.2º de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene del Trabajo (contenido del actual artículo 42.3 de la LISOS). De acuerdo con esa interpretación, lo decisivo es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos 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, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran*».

Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario –principal o contratista– en materia de seguridad e higiene, lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a ellos de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control, siendo lo importante que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal o a la subcontratista, o a ambas, y dentro de su esfera de responsabilidad.

En este sentido, la doctrina tradicional ha negado la posibilidad de trasladar la responsabilidad, aunque se pudiera repetir contra el tercero culpable por parte del empresario, argumentando que «*en ningún caso puede extenderse esta responsabilidad a la empresa que recibe el trabajo contratado que no es la empresaria del accidentado ni aún en el caso de que pudiendo ésta tomar las medidas precautorias no las tomase*» y ello porque el empresario de la víctima del accidente es quien tiene la obligación de vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad, cualquiera que sea el lugar donde el empleado ha realizado el trabajo por su orden. De este modo, las vinculaciones que existen entre las diversas

empresas participantes en el mismo proceso productivo no alcanzan relevancia a efectos del artículo 123 T.R.L.G.S.S., en coherencia con la idea (no siempre cierta según criterios de justicia distributiva) de que cada empresa responde de sus respectivos trabajadores y debe asumir la prevención de sus riesgos.

En contra de la imputación de responsabilidades al empresario principal en orden al pago del recargo de prestaciones se ha argumentado que la referencia del artículo 42.2 del E.T. a que el empresario principal es responsable solidario respecto de las obligaciones referidas a la Seguridad Social no son otras que las especificadas en el artículo 126.2 T.R.L.G.S.S., esto es, las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas de cotización, que, por su propia naturaleza, difieren de las del pago del recargo; solo una interpretación demasiado amplia de la expresión “empresario infractor” podría avalar la tesis de la responsabilidad del empresario principal; por eso se entiende que la interpretación más fiel a la Ley es la que reserva al empresario directo la responsabilidad por el recargo y, en caso de existir infracción a cargo del empresario principal (o de un tercero), es esta infracción la que permite imputarle otras responsabilidades, cuales son las administrativas y/o civiles, o incluso las penales previstas en el artículo 123, 3 T.R.L.G.S.S..

Como consecuencia de ello, la empresa principal no queda exonerada *ipso iure* de esta responsabilidad; lo que sucede es que el mecanismo en virtud del cual se le exige la responsabilidad es distinto del recargo, previsto únicamente –de acuerdo con esta posición– para el empresario del trabajador accidentado.

En efecto, no puede desconocerse que el recargo de prestaciones deviene de la imposición de una sanción por la comisión de una infracción administrativa, consistente en el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo establecidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En este sentido, la solidaridad no se presume (artículo 1.137 del Código civil) y el artículo 123.2 LGSS se limita a señalar que:

*“la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el **empresario infractor**...”*

Estamos, por tanto, ante una **responsabilidad directa** que se impone al empresario infractor, sin que el meritado precepto analice ni establezca la responsabilidad de la empresa principal en el recargo de prestaciones en los supuestos de contratas o subcontratas, cuando sean éstas las que incumplan sus obligaciones de prevención.

Pues bien, tanto el Tribunal Supremo (la antes citada Sentencia de 18 de abril de 1992) como el Tribunal Constitucional (Sentencia de 5 de junio de 1995) condicionan la imputación al empresario principal (o a cualquier otro interviniente en el proceso de la obra pública, distinto del empleador del trabajador accidentado) de la responsabilidad en el recargo de prestaciones a la existencia de una conducta negligente o inadecuada de aquél.

Con base en la citada doctrina, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla, de 30 de abril de 1997, analizando la responsabilidad de la empresa principal a tenor de lo dispuesto en el artículo 42.2 ET, 24.2 y 3 LPRL y 123 TRLGSS afirma que:

“lo anterior no significa per se que estemos ante un caso de responsabilidad objetiva de la empresa principal, pues el marco legislativo expuesto, nos obliga a realizar una hermenéutica conjunta de tales preceptos, en concordancia con el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social (hoy artículo 123 LGSS), que se refiere al empresario infractor como sujeto de la obligación de abono del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Ello implica que ha de existir una negligencia o imprudencia, así como una infracción de las normas de seguridad, de las empresas que vayan a considerarse responsables”.

III. INTEGRACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS: EL DIFÍCIL ACOMODO DE CONCEPTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

La determinación de las consecuencias y alcance de la aplicación de las normas genéricas y específicas en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción se encuentra con la dificultad añadida de la presencia de la Administración Pública cuando ésta actúa como sujeto contratante o comitente, sobre todo porque a la complejidad normativa descrita se une el debate sobre la aplicabilidad o no a la Administración que así actúa de la disciplina laboral sobre actuación preventiva o si, por el contrario, su régimen jurídico de responsabilidades debe residenciarse en la normativa específica de la contratación administrativa.

Con arreglo al art. 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) (aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio):

“los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derechos administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado”.

Por su parte, el art. 97.1 LCAP prevé que:

“será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”.

Por el contrario, será responsable la Administración de los daños y perjuicios causados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto que ésta hubiera elaborado.

La reclamación de terceros se formulará en uno u otro caso “conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto” (art. 97.4 LCAP).

El art. 124 LCAP, al regular los contenidos del contrato de obra, dispone que los proyectos de obras deberán comprender, entre otros aspectos,

“el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras”.

A su vez, el art. 143 LCAP determina que:

“1. las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato... .

2. Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía, el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse”.

Cuando el contratista haya asumido la elaboración íntegra del proyecto de obra, el mismo responderá “de los daños y perjuicios que durante la ejecución o explotación de las obras se causen tanto a la Administración como a terceros, por defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido, imputables a aquél” (art. 219.1 LCAP).

Por último, la Disposición Adicional Quinta regula las “responsabilidades de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en orden a reconocer que la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimientos Administrativo Común y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Por su parte, el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, sobre Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras, vigente en lo que no entre en contradicción con la legislación específica posterior, de aplicación supletoria a lo dispuesto en su caso en el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, contempla que:

“el contratista está obligado al cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad e higiene en el trabajo” (Cláusula 11).

A continuación establece que:

“el incumplimiento de estas obligaciones por parte del contratista, o la infracción de las disposiciones sobre seguridad por parte del personal técnico designado por él, no implicará responsabilidad alguna para la Administración contratante”.

En este sentido, conviene tener presente que:

“la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla” (art. 4 LCAP).

Fuera del ámbito de la regulación de la contratación administrativa, las normas sectoriales que citamos anteriormente no guardan homogeneidad en cuanto a la previsión expresa de su aplicabilidad o no a las Administraciones Públicas (lo cual, ya lo anticipamos, no quiere significar que no les sean efectivamente de aplicación). Así, a diferencia de lo que ocurre con la nueva Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector, el R.D. 1627/1997 no contiene ninguna mención explícita a su aplicabilidad a las entidades públicas cuando éstas participan en la cadena de contratación, a lo que se viene a unir la remisión a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas cuando éstas actúan como agentes del proceso de la edificación.

Sin embargo, la vocación omnicompreensiva del R.D. 1627/1997 queda reflejada en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto cuando afirma que *“el presente Real Decreto incluye en su ámbito de aplicación a cualquier obra, pública o privada, en la que se realicen trabajos de construcción o de ingeniería civil”*.

No estamos aquí ante el debate, obviamente superado por imperativo de la LPRL, de si las disposiciones en materia de prevención de riesgos se aplican o no a las Administraciones Públicas como empleadoras frente a sus empleados (sea en régimen funcional, estatutario o laboral), sino a si rigen en análogos términos para ellas las normas de responsabilidad empresarial en los supuestos de cadenas de contratación en el sector de la construcción.

Como ha tenido ocasión de destacar la doctrina (MOLTÓ GARCÍA, 2003), merece singular atención la previsión que al respecto contiene el art. 2.5 del Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, que aprueba el Reglamento sobre 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. Esta disposición reglamentaria contempla que:

“no será de aplicación el presente Reglamento a los órganos de la Administración General del Estado cuando actúen en la condición de promotor de obras de construcción, conforme al Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, que se regirán por sus normas específicas”.

De nuevo nos hallamos ante una remisión a “*normas específicas*” que, a fuerza de repetirse una y otra vez en distintos cuerpos legislativos, determina un panorama de franca confusión.

De este modo, si recopilamos lo dicho hasta ahora, nos encontramos con que:

- La LOE remite a “*su legislación específica*” las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación;
- La misma norma legal somete a la legislación de contratos de las Administraciones públicas la actuación como agentes del proceso de la edificación de las Administraciones públicas y los organismos y entidades sujetos a dicha legislación específica;
- El Reglamento que regula la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en supuestos de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado excluye expresamente de su objeto la actuación de la Administración Pública como promotor de obras de construcción, al amparo del R.D. 1627/1997, en cuyo caso se regirán también por sus normas específicas.

Con este panorama surge una duda evidente: la remisión a esas normas específicas ¿se refiere a las específicas por su condición de Administración Pública o las específicas por razón del sector de actividad –construcción– que tiene una norma singular que incluso cita (el R.D. 1627/1997)?.

Como con innegable fundamento y solidez ha concluido la doctrina citada, parece que la referencia a este R.D. 1627/1997 lo es más en orden a la definición de promotor que a la configuración de esta norma como legislación específica de referencia.

No obstante, no es menos cierto que no cabe entender suficiente la regulación descrita en la normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas en materia de obligaciones y responsabilidades en prevención de riesgos laborales.

Se exige, pues, a nuestro entender, una hermenéutica lógica del cúmulo de referentes normativos expuestos: la legislación sobre contratación administrativa, manifestación clara de la posición prevalente jurídicamente de las Administraciones contratantes respecto a sus contratistas en la configuración de su relación contractual, dibuja un mapa de relaciones entre contratante y contratista, donde básicamente se parte de la derivación de las responsabilidades en la ejecución sobre el contratista.

De hecho, las propias previsiones (habituales por no decir sistemáticas) de los pliegos de condiciones administrativas, tanto generales como particulares, se erigen en un criterio preconstituido de reparto de responsabilidades donde las partes asumen como verdadera ley lo así dispuesto.

Ha tenido ocasión de indicar el Consejo Consultivo de Andalucía, con fecha 13 de mayo de 2004, en su Dictamen sobre el proyecto de pliego de cláusulas generales contra la siniestralidad laboral en los contratos de obras del Ayuntamiento de Sevilla, que la adjudicación de la obra pública tiene como presupuesto la libre aceptación por el contratista de los términos y condiciones de los pliegos de cláusulas administrativas, por lo que:

“no se está, pues, en el caso de una regulación unilateralmente impuesta por la Administración y forzosamente acatada por un colectivo predeterminado, pues interviene un acto propio de la autonomía de la voluntad que es el que a la postre determina la sujeción a las cláusulas rectoras del contrato de que se trate”.

El argumento del máximo órgano consultivo de Andalucía es impecable, pero, no obstante, su traslación al caso que nos ocupa ofrece algún matiz jurídico: más allá de que se pueda o no hablar de “acuerdo de voluntades” en actos que obligan a la adhesión incondicional si se quiere participar en el proceso del concurso, lo que está claro es que tal argumento sirve para regir las relaciones entre las partes, pero no puede alterar los derechos de terceros que se puedan ver afectados por las resultas de esa contratación pública o, por mejor decir, que se puedan ver afectados por el desarrollo y ejecución de la obra objeto de ese contrato público.

Si retomamos el caso que nos sirvió como punto de salida, el reparto de responsabilidades que las partes contratantes (Administración/Gerencia Municipal y el contratista, y éste con su subcontratista) no podrá condicionar ni limitar los derechos del trabajador siniestrado o sus causahabientes a un resarcimiento por quien o quienes resulten responsables de dicho accidente.

El propio Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía antes citado recuerda que estos pliegos de condiciones administrativas *“no podrán contradecir normas imperativas, como tampoco podrán, aun actuando en el campo del derecho dispositivo, introducir obligaciones y consecuencias jurídicas desproporcionadas o arbitrarias”.*

Todo ello abunda en la idea de que, sin perjuicio de las especificidades normativas (legislación de contratos de las Administraciones Públicas) en la configuración de la voluntad administrativa y de las condiciones de contratación que regirán las relaciones entre la Administración y sus contratistas, las menciones a la legislación específica en las normas citadas han de entenderse hechas a la concreta en materia de prevención de riesgos laborales cuando de obligaciones y responsabilidades de esta naturaleza se trata.

Cuestión distinta podrá ser la determinación de en qué medida la posición de la Administración contratante o de sus entes gestores intervinientes es equiparable o no con la del promotor y hasta qué punto la obra o servicio contratado con el contratista puede considerarse o no coincidente con la propia actividad de la Administración contratante.

Así, en cuanto a la primera de las cuestiones, aunque entendemos que la actuación de la Administración y de sus entidades de gestión específica no lo es en términos equiparables a un promotor privado, por cuanto que desarrollan una función pública que materialmente se somete a una legislación específica, no es menos cierto que la configuración legal de la figura del promotor es tan amplia que, siquiera sea por analogía, es un concepto que no repugna a la actuación de la Administración contratante. En este sentido, ni la normativa (véase lo ya dicho en relación con el R.D. 707/2002) ni la doctrina judicial han tenido reparos en equiparar el papel desempeñado por departamentos de Obras Públicas y Transportes en procesos de licitación de obra pública como de promotores (valga como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de diciembre de 2004, que alude –para exonerarla de responsabilidad– la actuación como promotor del Gobierno de Navarra a través de su departamento de Obras Públicas, Transporte y Comunicaciones).

Si puede llegarse, sin excesivo esfuerzo dialéctico, a una conclusión pacífica en torno a la equiparación de la Administración con la figura del promotor, más controvertido puede resultar el debate sobre si hay o no propia actividad en relación con la obra contratada. Sin ser una cuestión pacífica, podemos destacar la doctrina expuesta por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de septiembre de 2004, de singular interés no sólo por abordar esta cuestión específica sino por partir justamente del sometimiento al Derecho Laboral de esta actuación administrativa:

“es necesario expresar que, motivado porque las Administraciones Públicas pueden contratar o subcontratar la realización de obras y servicios, también quedan sometidas al régimen de responsabilidades que establece el Derecho del Trabajo para quien ocupa la posición de empresario principal o «comitente». Con frecuencia el vínculo que da lugar a la apreciación de la existencia de una contrata o subcontrata, y al régimen de aludidas responsabilidades, tiene su origen en alguna de las figuras contractuales que regula la norma que se dice infringida, contrato de obras (artículos 120 y ss.), de Gestión de servicios públicos (artículos 154 y ss.), de consultoría, asistencia y de servicios (artículos 196 y ss.). Pero también las previsiones del Derecho del Trabajo y su régimen de responsabilidades será operativo cuando la Administración gestione el servicio mediante la creación «ad hoc» de una entidad de Derecho público o lo encomiende a una sociedad de Derecho privado cuyo capital pertenezca en su totalidad a la Administración (artículo 154.2 de la Ley o 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril).

En el caso de las Administraciones Públicas la contrata es de la propia actividad cuando tiene por objeto la gestión de servicios públicos que son competencia de aquéllas, si se exterioriza la cobertura de tales servicios mediante gestión directa o gestión indirecta (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta) previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (retirada de vehículos, ayuda a domicilio, limpieza y cuidado de jardines). Igual consecuencia se impone cuando se trata de contratos administrativos de obras públicas. También en los supuestos en los que la ejecución de las obras las asuma la Administración en colaboración con empresarios

particulares, excluido expresamente el contrato de los casos que dan lugar al contrato de obra, aunque tendrá también carácter administrativo (artículo 152.3, que se dice infringido). Más dudoso sería el supuesto de contrata sustentada en un contrato de consultoría y asistencia o se servicios (artículos 196 y ss. LCAP).

IV. A MODO DE CONCLUSIONES PARA UN DEBATE ABIERTO

Parece, en consecuencia, que la actuación de la Administración Pública, cuando su función se circunscriba a la promoción de la actividad de construcción de obra pública se habrá de someter a la disciplina laboral del promotor y, más concretamente, a las disposiciones contenidas en el R.D. 1627/1997 en cuanto a la determinación de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales; la normativa administrativa sobre contratación y los propios pliegos de condiciones generales y particulares que hayan regido la licitación serán referente relevante pero no determinante y, en ningún caso, podrá conllevar de inicio la exoneración de responsabilidades cuando medie incumplimiento directo por parte de la Administración de las obligaciones preventivas que le competan expresamente.

Sin embargo, esta actuación no tiene por qué ser equiparable en todo caso a la de un empresario principal en los términos previstos en el art. 42 E.T. y 24 LPRL; ello dependerá, más que de posiciones genéricas apriorísticas, de los términos y condiciones concretas en que se desarrolle esa actuación administrativa y el contenido de las normas de prevención de riesgos que se puedan entender infringidas.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 27 de octubre de 2003 recuerda que, de conformidad con las reglas de los arts. 24 y 42 LPRL y 42 ET, la Administración que contrata con una empresa ciertos servicios u obras, en virtud de contrato administrativo puede ser responsable solidario de las consecuencias de una infracción en materia de prevención de riesgos, lo que aplica en un caso de indemnizaciones por acoso moral que califica de riesgo psicosocial afectado por la legislación de prevención.

Sin embargo, la ya mencionada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de diciembre de 2004 considera que la actuación promotora del Gobierno de esa Comunidad Autónoma:

“no tiene actividad empresarial en este caso. Es un simple promotor sin interés económico que no tiene que responder de las condiciones de seguridad porque no se identifica con el empresario principal o titular de la obra”.

Como fórmula ecléctica podemos entender, y he ahí el punto de inicio de un nuevo debate que el tiempo y la doctrina judicial irán asentando (y que no podemos dar por cerrado hoy con estas líneas), que la Administración promotora o licitante asumirá por

ese hecho y en tal condición las obligaciones en materia de salud laboral que la normativa específica prevé (en el tan reiterado R.D. 1627/1997 con las previsiones sancionadoras contempladas en los artículos correspondientes de la LISOS).

Concretamente, las obligaciones preventivas para el promotor se pueden resumir en la designación de Coordinadores de Seguridad y Salud, la incorporación de los correspondientes Estudios de Seguridad y Salud y su inclusión en el Proyecto, así como todas aquellas otras que el art. 9 R.D. 1627/1997 prevé como competencia de los Coordinadores de Seguridad y Salud y que, por su amplitud, merece una expresa reproducción:

- a) *Coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad:*
 - 1º *Al tomar las decisiones técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo que vayan a desarrollarse simultánea o sucesivamente.*
 - 2º *Al estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo.*
- b) *Coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que se recogen en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales durante la ejecución de la obra y, en particular, en las tareas o actividades a que se refiere el artículo 10 de este Real Decreto.*
- c) *Aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista y, en su caso, las modificaciones introducidas en el mismo. Conforme a lo dispuesto en el último párrafo del apartado 2 del artículo 7, la dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador.*
- d) *Organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.*
- e) *Coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo.*
- f) *Adoptar las medidas necesarias para que sólo las personas autorizadas puedan acceder a la obra. La dirección facultativa asumirá esta función cuando no fuera necesaria la designación de coordinador.*

La amplitud de estas obligaciones debe vincularse a su vez a lo dispuesto en el art. 3.4 R.D. 1627/1997 (no exoneración de las responsabilidades del promotor por el mero hecho de la designación de un Coordinador); ello no puede interpretarse como una aquilatación de las responsabilidades del promotor a la efectiva ejecución de esta actuación del Coordinador, so pena de convertir al promotor en un sujeto empresarial

con mayor responsabilidad que los propios empresarios contratistas y subcontratistas (los únicos que tienen la verdadera condición de empresarios a los efectos preventivos).

Quizá nos puede ayudar a valorar el alcance de esta responsabilidad del promotor no eximible por la mera designación de la figura de un Coordinador de Seguridad y Salud lo dispuesto en la LISOS en esta materia; concretamente, en el apartado 24 del art. 12 hace un elenco de infracciones graves con las siguientes conductas:

- a) *No designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo.*
- b) *Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra.*
- c) *No adoptar las medidas necesarias para garantizar, en la forma y con el alcance y contenido previstos en la normativa de prevención, que los empresarios que desarrollan actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.*
- d) *No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra.*
- e) *No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra.*

Aún circunscribiéndonos a este elenco de conductas, entendemos que no resulta admisible convertir a la Administración promotora en una “*deudora universal*” de seguridad para todos los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas.

Es más, cuando se produzca un siniestro, aunque no se apliquen criterios rigoristas de responsabilidad objetiva, es casi inexorable que haya mediado un incumplimiento de medidas de seguridad (siquiera sea de carácter formativo o informativo o de culpa *in vigilando*). Si la amplitud de facultades y funciones en esta materia del Coordinador de Seguridad y Salud supone imputarle, por acción u omisión, una responsabilidad inmediata en todo siniestro que se produzca por infracción de los empresarios contratista o subcontratista, estaríamos aquilatando desproporcionadamente y de forma “*transitiva*” la responsabilidad del promotor, que no parece que fuera la voluntad del legislador

cuando insiste en que la condición de empresarios a efectos de seguridad y salud laborales la tienen los contratistas y subcontratistas.

El argumento para esta limitación de la responsabilidad no puede ser una interpretación estricta del concepto de centro de trabajo, que ya hemos visto que ha sido superada por la doctrina judicial, sino una lectura coherente de la normativa preventiva y del sentido propio de la misma: la responsabilidad debe asociarse a quien disponga de facultades efectivas de control, gestión y decisión en la aplicación de las medidas de seguridad y salud laboral.

No obstante, no se puede obviar que esta capacidad de incidencia en el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud laborales es creciente en el caso de las Administraciones promotoras de obras públicas; de hecho, la intervención e “ingerencia” (dicho sea en el sentido positivo y no peyorativo del término) de los pliegos de condiciones a la hora de imponer el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud ponen de manifiesto un también creciente grado de implicación de la Administración promotora en que el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales no sea meramente formal.

A ello hay que unir que la doctrina judicial dictada en aplicación del art. 123 LGSS sobre recargo de prestaciones ha orientado el debate de la responsabilidad a quien directamente (no por vía indirecta de imputación por solidaridad o subsidiariedad) incumpla normas preventivas que tengan una relación causal con el siniestro producido. Esta regla, aparentemente clara, ofrece múltiples lecturas, sobre todo cuando hablamos de conceptos tales como formación, información, coordinación o supervisión: es difícil establecer cuándo un accidente laboral podría haberse evitado si hubieran existido otras medidas formativas, informativas o de coordinación empresarial. Si se quiere expresar de otra manera, equivaldría a decir que ante un siniestro laboral, siempre cabe entender que ha fallado la formación, la información o la coordinación y supervisión empresarial.

Si no queremos que una acepción rigorista de esta responsabilidad conlleve una objetivización absoluta de dicha responsabilidad, habrá que buscar elementos y criterios interpretativos coherentes y acordes con la búsqueda de mayores niveles de seguridad que vayan más allá de la mera cumplimentación formal de trámites e incidan en la consecución efectiva del objetivo de seguridad pretendido.

Son múltiples los precedentes judiciales de obra pública en los que, a pesar de haberse producido un siniestro con infracción de medidas de seguridad por parte de alguno de los sujetos empresariales intervinientes, no deriva responsabilidad para la Administración contratante. Un reciente ejemplo lo tenemos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social de Málaga, de 26 de mayo de 2005, en un caso que se corresponde básicamente con los perfiles de aquél con el que iniciábamos nuestra exposición: en él no se discutía que la empresa adjudicataria de la obra municipal y la subcontratista se dedicaban a la misma actividad de la construcción; tam-

co era controvertido que en la producción del accidente hubo un incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de formación e información suficiente sobre los riesgos de la manipulación de la máquina (en la que se accidentó el operario, que carecía además de permiso de conducir por lo que no era un trabajador cualificado para su manejo).

El problema tampoco se suscitó sobre una hipotética responsabilidad de la Administración promotora sino que se circunscribió a la determinación de la extensión de esa responsabilidad a la empresa contratista, por discrepar ésta sobre el alcance de la exigencia de que el siniestro de se produjera en su centro de trabajo.

Resuelve la Sala en el sentido ya indicado anteriormente de dotar a este término de una acepción amplia equiparable a la de lugar de trabajo por cuanto, conforme a la doctrina científica y la jurisprudencia, lo que aplicado al caso concreto significa que:

“si la empresa que ahora rechaza su responsabilidad se ha adjudicado una obra para su ejecución, y decide libremente subcontratarla a otra empresa de su misma actividad, lo que ocurra en ese lugar de trabajo no le es en absoluto ajeno, sino que forma parte de las responsabilidades de ejecución que ha de asumir, lo mismo que los beneficios, con la contrata, de forma que su responsabilidad deriva de la falta de información control que le era exigible en relación con los trabajadores de la empresa subcontratista en relación con una obra de la que era adjudicatario”.

Por su parte, la antes mencionada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 25 de octubre de 2005 coadyuva en la delimitación de la responsabilidad del promotor al entender que:

“al tratarse cual se trata de una sanción impuesta, por infracción producida en el curso de la ejecución de una obra en la que la entidad XXX, aparece como promotor que ha contratado la obra con el contratista YYY, cual así la ha declarado la sentencia recurrida, en base además a los términos de la propia acta de infracción, es claro, que por esa su condición de promotor de la que esta Sala en casación ha de partir, no cabe atribuirle responsabilidad alguna, de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1627/97 de 24 de octubre (RCL 1997, 2525), que ya en su preámbulo declara, que los contratistas y subcontratistas, y no los promotores, son los empresarios en la obras en construcción, y tras definir, en su artículo, 2.1 apartado h), al contratista, 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, y expresar en su apartado 2, que el contratista y el 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, en su artículo 11 define con detalle cuales son las obligaciones del contratista, entre ellas hacer cumplir el plan de seguridad y cumplir la normativa en materia de prevención de riesgos laborales”.

No obstante, no podemos ser ajenos a los actuales componentes sociológicos y jurídicos que rodean la materia de la prevención de riesgos laborales; por mucho que el promotor constriña su responsabilidad a los estrictos aspectos enunciados anteriormente, no es menos cierto que hoy por hoy existe una creciente tendencia, incluso por parte de la Autoridad Laboral, a remontarse en la cadena de sujetos intervinientes a todos los niveles, incluso al promotor; es más, la propia condición de Administración Pública y los términos de predominio en la relación contractual que le caracterizan cuando actúa como licitante abundan en la idea de corresponsabilidad ante un posible siniestro que no le puede resultar ajeno.

Si la responsabilidad administrativa y las exigencias legales y judiciales para la imposición del recargo de prestaciones parten de una actuación dolosa o directamente culposa en el cumplimiento (o incumplimiento) de obligaciones de prevención de riesgos, la Administración contratante de una obra pública deberá aportar elementos objetivos que lleven a la convicción de que su actuación no se ha limitado a un mero cumplimiento formal de obligaciones, sino que, más allá de ello, ha procurado con todos los medios a su alcance (y sin desnaturalizar su condición de promotor) hacer efectivas sus obligaciones y competencias como tal.

Aun con todo ello, asistiremos en los próximos años a una progresiva ampliación por la vía de la práctica judicial y administrativa de los sujetos responsables administrativa y laboralmente en los casos de accidente laboral, en la medida en que va adquiriendo un carácter prevalente la deuda objetiva de seguridad para con todos los trabajadores que intervienen, con independencia de quién sea el empleador formal.

