

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 3

Tutela penal de la seguridad en el trabajo

Miren Ortubay Fuentes / Juan M.ª Terradillos Basoco / Juan Antonio Laskurain Sánchez / Enrique Lillo Pérez / Carmen Lezaola Munitiz / Antonio Grinda / Joaquín García Bernaldo de Quirós / Celima Gallego Alonso / Rafael Antonio López Parada / Edurne Miranda Herrán / Ramón Sáez Valcárcel / José Manuel Fínez Ratón

Universidad de
Deusto



Cuadernos penales
José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 3

Tutela penal de la seguridad
en el trabajo

Miren Ortubay Fuentes
Juan M.^a Terradillos Basoco
Juan Antonio Laskurain Sánchez
Enrique Lillo Pérez
Carmen Lezaola Munitiz
Antonio Grinda
Joaquín García Bernaldo de Quirós
Celima Gallego Alonso
Rafael Antonio López Parada
Edurne Miranda Herrán
Ramón Sáez Valcárcel
José Manuel Fínez Ratón

Bilbao
Universidad de Deusto
2006

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Jesús Erroba Zubeldia
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-752-8

Índice

Presentación <i>Miren Ortubay Fuentes</i>	9
Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral <i>Juan M.ª Terradillos Basoco</i>	15
La imputación penal del accidente de trabajo <i>Juan Antonio Laskurain Sánchez</i>	41
Siniestralidad laboral: una perspectiva sobre algunas cuestiones de la tutela jurídica en caso de accidente de trabajo <i>Enrique Lillo Pérez</i>	65
La siniestralidad laboral desde la perspectiva empresarial <i>Carmen Lezaola Munitiz</i>	105
La violencia psicológica desde la perspectiva de la siniestralidad laboral <i>Antonio Grinda</i>	113
Riesgos laborales y jurisdicción. Influencia del Derecho comunitario europeo <i>Joaquín García Bernaldo de Quirós</i>	125
Siniestralidad laboral: aproximación al fenómeno desde una perspectiva autocrítica de la respuesta jurisdiccional. Estudio del Consejo General del Poder Judicial <i>Celima Gallego Alonso</i>	183

Sobre el cálculo en el orden social de la indemnización por responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales <i>Rafael Antonio López Parada</i>	195
Los sujetos activos en los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo <i>Edurne Miranda Herrán</i>	221
El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en la práctica judicial <i>Ramón Sáez Valcárcel</i>	259
La tutela civil de los daños derivados de los accidentes de trabajo <i>José Manuel Fínez Ratón</i>	273

Presentación

Miren Ortubay Fuentes

Profesora titular de Derecho Penal.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

I. Para quienes conocimos —y, por tanto, quisimos— a José María Lidón, la celebración de los *Encuentros penales* que llevan su nombre constituye una manera de mantener viva su memoria, de compartir los cariñosos recuerdos que de él guardamos, pero también de perseverar en la denuncia de la injusticia atroz que supuso su asesinato. Por eso, qué mejor lugar para reunirnos que el palacio de justicia donde él ejerció la labor judicial por la que los enemigos de la libertad decidieron matarle. Y qué mejor motivo que reflexionar conjuntamente sobre algunas de las cuestiones que apasionaban a Josemari, como las relativas al papel del derecho penal ante algunos de los más acuciantes problemas sociales...

Los III Encuentros penales en memoria de J. M. Lidón tuvieron lugar en Bilbao los días 30 y 31 de marzo de 2006. El azar quiso que la primera edición de dichos encuentros estuviese señalada para el 11 de marzo de 2004 y la dramática coincidencia con el terrible atentado terrorista de Madrid reabrió nuestra herida por la ausencia de Josemari, al tiempo que hizo patente la insoportable persistencia de la violencia motivada por la intolerancia y el fanatismo.

De nuevo en esta ocasión, la celebración ha venido a coincidir con otra fecha significativa, la del inicio del «alto el fuego permanente» anunciado por ETA, que esperemos pase a la historia como el principio del fin de la organización terrorista. Son momentos de esperanza, pero también de cautela; para muchas personas supone recuperar la libertad, aunque sea una «libertad condicional», y ello hace que todos nos sintamos más libres... Pero esta sensación también nos confronta con el dolor de aquellos —muy en especial, de la viuda y los hijos de Josemari— para quienes esta tregua llega demasiado tarde, poniendo de relieve el sinsentido, el absurdo, el horror de tantas muertes para nada.

En estos momentos, todos necesitamos vislumbrar un nuevo horizonte, sentir que avanzamos, que pasamos página, pero también sabemos que no es posible hacerlo sin interiorizar las páginas anteriores, las es-

critas con la sangre de las víctimas. Es una cuestión de estricta justicia. Demasiadas veces nuestro silencio y pasividad ha contribuido a incrementar el sufrimiento de quienes resultaban directamente golpeados por la violencia terrorista. Muy a menudo, la sociedad entera, con los responsables políticos al frente, hemos mirado para otro lado, como con miedo a contagiarnos de su desgracia... Por todo esto, ante la esperanzada posibilidad de reconstruir la convivencia en libertad y respeto mutuo, es preciso que hagamos un reconocimiento social, un gesto público de recuperación como parte esencial de nuestro pueblo —en cuyo nombre, no lo olvidemos, mataban los terroristas— de quienes fueron radical y cruelmente excluidos.

Estos encuentros quieren contribuir a fijar en la memoria colectiva el valor de todas las personas que, como José María Lidón, han sido asesinadas por la labor que prestaban al servicio del sistema democrático. Frente a quienes buscan imponer mediante la coacción y el miedo su idea totalitaria y excluyente de sociedad, queremos reivindicarlos como conciudadanos —nuestros jueces, nuestros fiscales, nuestros parlamentarios, nuestros concejales, nuestros periodistas, nuestros policías...—, miembros imprescindibles de una sociedad que quiere organizarse sobre valores de pluralidad, de justicia y de libertad, en la que tienen cabida todas las personas.

II. Seguramente, Josemari nunca se sintió atraído por un estudio dogmático de las leyes, alejado de la realidad social en la que se aplicaban. Por el contrario, para él, tanto en su faceta de profesor como en la de juez, el atractivo del derecho penal residía en su vocación de tutela de los bienes jurídicos fundamentales y en su capacidad —ciertamente limitada— de combatir las desigualdades sociales y los abusos de poder. Desde tal perspectiva hemos querido abordar la cuestión de la siniestralidad laboral o, si se prefiere, de la tutela penal de la seguridad en el trabajo.

No hace falta recalcar la gravedad del problema: A 31 de Agosto de 2006 —según datos publicados por el Consejo de Relaciones Laborales— son 28 las personas fallecidas en el País Vasco en su puesto de trabajo; y las cifras continúan incrementándose en un diario y macabro goteo, a pesar de que los accidentes laborales sólo son noticia cuando se produce una muerte... Afortunadamente, la conciencia general va despertándose y, poco a poco, disminuye la tolerancia social en torno a la siniestralidad laboral, pero los datos muestran aún unas tasas de incidencia (número de accidentes de trabajo en función de la población ocupada-asalariada) muy superiores al conjunto de los países de nuestro entorno socioeconómico.

La pérdida de vidas humanas y los menoscabos de la salud de los trabajadores que se producen en el ámbito de los procesos productivos se conocen como «accidentes de trabajo». Esa denominación, que procede de épocas históricas vinculadas con el surgimiento mismo del derecho del trabajo, conlleva ciertas connotaciones de fatalidad, de inevitabilidad (el accidente como acontecimiento aleatorio) que, en buena medida, invisibilizan las causas subyacentes a los siniestros laborales y las responsabilidades a ellos asociadas. Sin duda, estas causas son complejas, pero en un grado muy significativo responden al incumplimiento por parte del empleador de la obligación de seguridad inherente al vínculo jurídicolaboral.

La constatada lesividad de las conductas empresariales que infringen las normas de seguridad en el trabajo exige la intervención decidida de los poderes públicos, incluso, mediante la utilización del recurso más drástico: el castigo penal. Pero, ¿cuál debe ser el papel del derecho punitivo ante el fenómeno de la siniestralidad laboral? ¿En qué modo la respuesta penal contribuye eficazmente a prevenir un problema de etiología compleja, con causas estructurales difícilmente reconducibles a las categorías jurídicopenales tradicionales? Por otra parte, ante la llamativa falta de aplicación de los tipos destinados a sancionar la puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores, ¿cuáles son los obstáculos a remover y las soluciones a repensar?

No resultaría acertado buscar la respuesta a estos interrogantes dentro del propio sistema penal. Es imprescindible, por supuesto, analizar las posibles deficiencias técnicas en la redacción de los tipos penales o en los procedimientos de instrucción judicial, pero la complejidad del problema sólo puede abordarse desde una perspectiva más amplia, abierta a la realidad de las relaciones laborales. La incidencia de fenómenos como la precariedad, la desregularización, la subcontratación, la irrupción creciente en los procesos productivos de trabajadores formalmente no subordinados (autónomos)... resulta insoslayable y no puede ser ignorada al contextualizar la intervención penal. A su vez, en este marco sociológico, las perspectivas de los diversos agentes implicados se muestran diferentes —aunque complementarias—, lo que hace que en la valoración del problema no pueda prescindirse del intercambio de pareceres entre todos los protagonistas de las relaciones laborales, o más ampliamente, del mundo del trabajo subordinado.

Pero, incluso limitándonos al análisis jurídico, si bien la siniestralidad laboral tiene una clara relevancia penal, también es cierto que el instrumento punitivo no es el único, ni quizás el más efectivo. Además de las normas laborales que delimitan las obligaciones del empleador —la «deuda de seguridad»—, existe un amplio elenco de preceptos que

establecen infracciones y sanciones administrativas. Nos encontramos ante un fenómeno complejo, cuyo abordaje no puede limitarse a un enfoque estrictamente penal, sino que debe incorporar perspectivas de derecho laboral y administrativo, tanto en el estudio teórico, como en ámbito de la aplicación jurisdiccional.

La voluntad de tener en cuenta esta pluralidad de aspectos nos llevó a los organizadores de los *III Encuentros* a diseñar un programa claramente multidisciplinar, en el que, además de las aportaciones procedentes de la universidad y la práctica judicial, se contó con el punto de vista de los agentes sociales —un sindicato y una organización empresarial— y de las instancias de tutela administrativa de la seguridad en el trabajo (Inspección de trabajo y Osalan), articulado todo ello en cinco ponencias y dos mesas redondas.

La primera ponencia —concebida como marco de las jornadas— constituyó una aproximación global a la respuesta penal frente a la siniestralidad laboral, en la que se reflexionó sobre la necesidad de la intervención punitiva, así como sobre la idoneidad de ese instrumento para hacer frente a un tipo de delincuencia que reúne todas las características de la criminalidad de los poderosos. A continuación, desde la perspectiva jurícolaboral, se analizaron las obligaciones del empresario en materia de seguridad, base sobre la que se construye la conducta punible. Se examinó el cada vez más extendido fenómeno de la concurrencia de empresas empleadoras —directas o indirectas, mediante los procesos de descentralización productiva—, ya que origina notables complicaciones en la atribución de responsabilidades y dificulta la labor de los operadores jurídicos en todos los niveles.

Centrándose en el análisis de las figuras delictivas, la tercera ponencia abordó, por su parte, algunas cuestiones especialmente complejas como la determinación de los sujetos penalmente responsables —el empresario o las personas en quien éste haya delegado sus funciones—, examinando también las sentencias que han apreciado en la conducta negligente de la propia víctima un motivo de exclusión de la sanción penal.

Partiendo de las anteriores reflexiones técnicojurídicas, la mesa redonda permitió el intercambio de puntos de vista entre los protagonistas directos de las relaciones laborales. De esta forma, a las consideraciones sobre el papel de los sindicatos en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales o en la denuncia y persecución de los incumplimientos que originan los siniestros, siguió la exposición del punto de vista de los empresarios sobre la adecuación, proporcionalidad y eficiencia de los instrumentos de tutela vigentes. Unas y otras consideraciones quedaron enriquecidas, en el curso de la citada mesa redonda,

con las aportaciones, desde la óptica de la tutela administrativa, de un técnico de prevención de Osalan y de un inspector de trabajo.

La segunda jornada se centró en la respuesta jurisdiccional a los accidentes de trabajo. Tras una primera intervención dedicada al tratamiento de la siniestralidad laboral en el ámbito comunitario, la última ponencia proporcionó una visión panorámica de la respuesta judicial ante el problema, dando a conocer tanto los motivos que habían llevado a formar un grupo de trabajo específico en el seno del Consejo General del Poder Judicial, como las conclusiones alcanzadas por los expertos que lo integraban.

En la mesa redonda que puso fin al encuentro, participaron magistrados de distintas jurisdicciones (social, penal y civil) y una representante de la Fiscalía. Se trataba con ello de reflexionar sobre la dispersión y descoordinación con la que, en no pocas ocasiones, se desatan las respuestas judiciales frente al fenómeno de la siniestralidad laboral. Con frecuencia se constata un solapamiento de las diferentes jurisdicciones, incluso en el ámbito punitivo, en el que, si bien la preferencia formal de la vía penal resulta clara, se producen en ocasiones resoluciones materialmente contradictorias sobre la existencia misma del incumplimiento y, en especial, sobre la intensidad de éste y su relevancia a efectos sancionatorios. También se observan disfunciones en el ámbito resarcitorio o indemnizatorio, en el que, junto a la respuesta penal —como consecuencia de las responsabilidades civiles asociadas a los ilícitos penales— pueden obtenerse decisiones en vía civil y laboral.

Más allá de nuestros propósitos, quizá demasiado ambiciosos, nos gustaría creer que el esfuerzo de todos cuantos participaron en las jornadas sirvió para arrojar un poco de luz sobre las posibilidades y los puntos débiles de la tutela penal de la seguridad en el trabajo. En todo caso, no podemos finalizar estas líneas sin dejar constancia de nuestro agradecimiento a todos los intervinientes por su interés y disponibilidad y, sobre todo, por sus valiosas aportaciones.

Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral

Juan M.^a Terradillos Basoco

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Cádiz

I. La polémica político-criminal: *ultima ratio versus nulla ratio*

La polémica en torno a la intervención del sistema penal frente a la siniestralidad laboral se mueve hoy en, al menos, dos diferentes planos. En el primero se discute la admisibilidad de una política-criminal más general, que empujada por un expansionismo anti-garantista, estaría penetrando, sin legitimación suficiente, en nuevos ámbitos, especialmente los socio-económicos. En el segundo, lo que se cuestiona es la idoneidad de la respuesta penal frente a un fenómeno que, por tener raíces estructurales, sólo puede afrontarse válidamente a ese nivel.

a) El debate político-criminal sobre la tendencia expansionista del Derecho penal moderno conoce hoy múltiples manifestaciones¹, pero estriba, fundamentalmente, en una de las características que a éste atribuye HASSEMER: la protección de bienes jurídicos, en lugar de actuar como prohibición condicionada de penalización, se ha transformado en un criterio positivo de justificación de decisiones criminalizadoras. Lo que nació como clásico mecanismo limitador, es hoy una exigencia de penalización. «*Ahora —nos dice— el principio de protección de bienes jurídicos obliga a recurrir a la amenaza penal, convirtiendo dolorosamente la prohibición de exceso en una prohibición de defecto*»². El legislador se habría lanzado en pos de intereses de dudosa relevancia, olvidando que sólo debe asumir la tutela de aquellos bienes jurídicos que puede proteger eficazmente sin romper las reglas clásicas de imputación.

¹ Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico», en ACALE SÁNCHEZ-TERRADILLOS BASOCO (coord.), *Temas de Derecho penal económico*, Ed. Trotta, Madrid, 2004, pp. 219 a 240.

² HASSEMER, W., «Viejo y nuevo Derecho penal», en HASSEMER, W., y MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 22-23.

Tienen razón HASSEMER y sus colegas de la «escuela de Frankfurt» en su llamada de alerta ante una posible expansión del Derecho penal, que le haga traspasar los límites fijados por su tradicional cometido de tutela de bienes jurídicos, convirtiéndolo en instrumento de contingentes programas políticos. Pero, al menos en el marco de la siniestralidad laboral, los bienes jurídicos puestos en juego distan mucho de ser creaciones artificiales del legislador. Y, por otra parte, no parece que sea este ámbito el más acuciantemente necesitado de un recorte de la intervención punitiva. La nota clasista que ha venido caracterizando al Derecho penal como instrumento de control no puede ignorarse al reivindicar que se abstenga de ampliar su campo de acción a nuevas conductas, de gran lesividad, y que se mantenga en sus tradicionales ghettos de marginalidad³.

b) También se somete a discusión la pretensión jurídico-penal de poner coto a un fenómeno que, como el de la siniestralidad, tiene raíces estructurales. Hacerle frente mediante delitos y penas sería tanto como incurrir en una clamorosa e inútil «huida al Derecho penal».

No se puede cuestionar el punto de partida. Hoy resulta obvio que la denominación de «accidente de trabajo», referida a lo que tiene causas estructurales conocidas y manifestaciones previsibles, no es un ejemplo de propiedad en el lenguaje. Por lo mismo, resulta evidente que sólo atacando esas causas, pueden diseñarse políticas preventivas eficaces.

En este punto, la reflexión sobre el origen del siniestro se ha desplazado del plano personal (con la consiguiente atribución de responsabilidades subjetivas) al plano funcional, hacia la naturaleza del trabajo. La consecuencia es la consideración del accidente como algo inevitable⁴: o peaje a pagar para asegurar un ritmo adecuado de progreso y bienestar, o fruto de la incontrolable fatalidad.

En esta línea se ha argumentado para reivindicar actuaciones preventivas que incidan en las condiciones estructurales de trabajo, con la simultánea inhibición del sistema penal, pues se trataría de neutralizar causas y no de exigir responsabilidades.

Si se acepta que la oscilación de la siniestralidad se corresponde, fundamentalmente, con las fluctuaciones de los mercados de trabajo⁵,

³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico. Parte general*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 26.

⁴ SÁEZ VALCÁRCEL, R., «Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales», en SÁEZ VALCÁRCEL, R., (coord.), *Siniestralidad laboral y Derecho penal*, ed., CGPJ, en prensa.

⁵ DESDENTADO BONETE, A., «Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes»: *Revista de Derecho Social*, 2003 (24), p. 81.

se está identificando, con seguridad, una de las principales fuentes del problema. Fuente sobre la que habrá que actuar, pero evitando siempre lecturas reduccionistas.

En España en 2005 hay 14.161.000 asalariados, de ellos, 4.373.000 con contrato temporal⁶. Una vez constatada estadísticamente la estrecha relación «temporalidad-siniestralidad»⁷, a nadie se le puede ocultar que actuando sobre aquélla puede incidirse sobre ésta. Pero no basta con ese análisis, en la medida en que conocemos que la desgracia, como la riqueza, se distribuye desigualmente. El estatuto jurídico del trabajador condiciona el perfil de la víctima, sometida a un riesgo que afecta sustancialmente a quienes, como los jóvenes, los inmigrantes o los temporales, carecen de capacidad de negociación⁸. La siniestralidad no es sólo fruto de las condiciones de trabajo, sino de comportamientos personales que se despliegan en el marco de esas condiciones.

Por eso, no se puede incurrir en la ingenuidad de que sólo a través de políticas «laborales» dirigidas a una mejor conformación del mercado de trabajo quepa esperar soluciones. Antes bien, parece coherente entender que sólo si van acompañadas de políticas penales, intransigentes con las prácticas más perversas instaladas en el mercado de trabajo, pueden dar frutos. La necesidad de acudir a los instrumentos que brinda el Código Penal (CP) —y muy especialmente, a pesar de sus deficiencias, al Título XV de su Libro II— no debería ser, pues, objeto de discusión. Y la creciente implantación del denominado «Derecho penal del trabajo» —del que hace unos pocos años nadie hablaba— en las preocupaciones doctrinales actuales, es buena prueba de ello⁹.

1.1. *Relevancia del bien jurídico*

La relevancia del bien jurídico, al menos en Derecho positivo español, no puede ser puesta en duda: la propia Constitución, en su art. 40.2 establece que los poderes públicos «*velarán por la seguridad e higiene en el trabajo*», compromiso que se incorpora a los principios rectores de

⁶ Fuente: INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de población activa*.

⁷ DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, ed. Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001, p. 64.

⁸ SÁEZ VALCÁRCCEL, R., «Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales», cit.

⁹ Ver, p. ej., ARESE C., «Derecho Penal Laboral y de la seguridad social»: *Catorce bis. Órgano de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2006 (33), pp. 4 a 25.

la política social y económica y que implica el deber de los órganos del Estado de desarrollar una política preventiva.

Ese mandato constitucional a los poderes públicos ha de informar además, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no sólo la legislación positiva y la actuación de la Administración, sino también la labor de los jueces, de manera que dejarlo de lado haría incurrir a las decisiones judiciales en falta de justificación y razonabilidad, vulnerando el art. 24.1 CE (STC 95/2000).

En el ámbito europeo, el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, es inequívoco: «*Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad*» (art. II-91.1)¹⁰. La *non nata* Constitución Europea se suma, así, a la copiosísima normativa comunitaria que, sobre todo a partir de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, Directiva Marco, tiende a asegurar unos niveles mínimos de seguridad en el trabajo.

La relevancia de los bienes jurídicos afectados se deriva no sólo de la normativa constitucional y comunitaria, lo que ya supondría aval suficiente para los bienes jurídicos «vida y salud» de los trabajadores. Es, además, la lógica conclusión de un análisis sistemático interno al propio CP. Si vida y salud son, indubitadamente, valores de relevancia tal que siempre han sido objeto de tutela por el sistema penal, no puede negarse ese rango a los mismos bienes jurídicos cuando están considerados por el ordenamiento laboral en su dimensión colectiva.

1.2. Relevancia de los ataques al bien jurídico

Pronunciarse en el debate sobre la utilización de instrumentos penales en refuerzo de la tutela de la vida y salud de los trabajadores requiere valorar, además de los bienes jurídicos afectados, la relevancia de los ataques que se les infligen. Y aquí las estadísticas, lamentablemente, dejan poco lugar para la duda

El total de accidentes laborales fue, en 2004, de 1.760.830; de ellos, 961.240 con baja, y 955 mortales. En 2005, sobre un total de 1.661.582, 999.041 lo fueron con baja, y 990 resultaron mortales.

En el caso de las enfermedades profesionales, las cifras son 27. 543 en 2004 y 28.904 en 2005¹¹.

¹⁰ Ver TERRADILLOS BASOCO, J.M., «La Constitución para Europa: un reto político-criminal»: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2005 (9), pp. 36 a 42.

¹¹ Fuente: DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

La comparación de series estadísticas más largas nos llevaría a concluir que la cifra total de siniestros se mantiene o crece de manera imperceptible, mientras se incrementan notablemente la gravedad de sus consecuencias.

Si los números son contundentes, la realidad lo puede ser aún más, ya que, de acuerdo con el «Informe Durán», no se contabilizan un 13.6% de los accidentes¹².

Junto a los perjuicios de naturaleza personal, se sitúan los económicos, nada desdeñables —y que en recientes estudios han sido cuantificados en torno a tres variables, la pérdida de jornadas no trabajadas, la prestación de la asistencia sanitaria y la sustitución del salario no percibido durante el tiempo de baja—, lo que arroja una cifra exorbitante de seis mil quinientos millones de euros, que casi se duplica, en atención a otros factores o costes implícitos, hasta alcanzar los doce mil millones¹³.

No es factible conocer con exactitud las tendencias de la evolución de la siniestralidad, pero la FGE constata la progresión de factores criminógenos, que, como la subcontratación, la precariedad en el empleo —sobre todo, juvenil—, la proliferación de empresas de trabajo temporal que descuidan o eluden afrontar la seguridad laboral, y la especial vulnerabilidad de los inmigrantes irregulares, permiten vaticinar que, al menos en un futuro inmediato, no se van a alcanzar éxitos visibles¹⁴.

La realidad difiere, pues, de lo pretendido por el art. 40.2 CE, al imponer a los poderes públicos la obligación de velar «por la seguridad e higiene en el trabajo».

I.3. *Desregulación y mercantilización*

El contexto económico globalizado en el que nos movemos tiene como consecuencia inmediata la impulsión de procedimientos de desregulación coherentes con la sustitución de la ley, como expresión de la voluntad general con contenidos políticos, por la *lex mercatoria*¹⁵.

¹² DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, cit.

¹³ NIETO SAINZ, J., y GARCÍA JIMÉNEZ, J., «Aproximación a los costes de la siniestralidad laboral en España»: *Revista de Derecho Social*, 2003 (24), pp. 218 a 220.

¹⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «El Derecho penal de la globalización: luces y sombras», en CAPELLA HERNÁNDEZ, J.R. (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, ed. CGPJ, Madrid, 1999, pp. 204 a 210.

En coherencia con esa corriente general, el retraimiento de lo público en el ámbito de las relaciones laborales se manifiesta, en el caso concreto de la siniestralidad laboral, en la potenciación de los mecanismos de resarcimiento. Se confía así ciegamente en la eficacia preventiva de amenaza de cargas económicas olvidando que, de ordinario, habrán sido compensadas, *a priori*, con el ahorro en medidas de seguridad, y, sobre todo, se acepta que, en el mundo mercantilizado de la globalización, toda lesión de intereses es compensable mediante la correspondiente contraprestación económica.

Se termina así por monetarizar bienes jurídicos que, como la vida o la salud, no son reductibles a un puñado de euros, y por construir un sistema legal de impronta individualista y patrimonialista, que sustituye los derechos de los trabajadores por los deberes empresariales de indemnización.

Si es explicable la opción de los damnificados por el accidente, en el sentido de aceptar indemnizaciones y renunciar a la acción tanto civil como penal, no lo es tanto el olvido, detectable en ocasiones en la práctica, de que estos delitos siguen siendo públicos, con lo que la inhibición de la parte perjudicada no debería obstaculizar la exigencia de responsabilidades penales.

A objetivos meramente resarcitorios apunta la política de ciertos jueces penales que acceden a mantener los supuestos menos graves bajo su jurisdicción, *«a cambio de degradarlos casi de manera sistemática a la categoría de falta con abstracción de cuál sea en cada caso la verdadera relevancia jurídico penal del hecho, con la finalidad de que se alcance una pronta satisfacción de los intereses económicos en juego, animada sin duda por la expectativa de que el cauce procesal adoptado favorezca la transacción entre las partes y, con ello, la clausura del proceso, dado que este nace y muere por denuncia —art. 621 CP— y perdón —art. 639 CP— del perjudicado. Esta degradación —añade CONDE-PUMPIDO TOURÓN— de la siniestralidad laboral al ilícito penal de menor categoría —con sanciones pecuniarias por debajo de las mínimas sanciones administrativas— encubre una derogación de los delitos de riesgo de los art. 316 y 317 CP cuyo concurso desaparece e introduce un principio de disponibilidad sobre el delito que no rige en nuestro Derecho y que desvanece por completo la función de prevención especial que supone una condena por el delito de riesgo»*¹⁶. La Memoria de la FGE correspondiente a 2005 permite ser más optimista en este punto, al constatar la

¹⁶ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «La posición del Ministerio Fiscal en la tutela de los intereses de los trabajadores», conferencia pronunciada en el Curso del Consejo General del Poder Judicial *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Oviedo, 22 de noviembre de 2004.

práctica cada vez más extendida de abrir diligencias previas en todos los casos de muerte o lesiones¹⁷.

Corruptelas de la práctica aplicativa al margen, resulta evidente que no basta con asegurar que el deudor de seguridad, esto es, el empresario, responda, sin externalizar los costes, por el daño ocasionado. Trasladando terminología propia del Derecho penal medioambiental, habría que decir que «quien perjudica, paga». Pero no se puede caer en la perversión de preconizar que quien paga obtiene patente de corso para perjudicar. Sería tanto como desconocer el contexto normativo constitucional y comunitario en el que se garantiza el derecho de los trabajadores a la salud y la seguridad en los lugares de trabajo. Y esa garantía es incompatible con una práctica generalizada en la que, dejando de lado el amplio abanico de posibilidades sancionadoras que ofrece nuestro ordenamiento, las responsabilidades civiles, sociales y administrativas en lo fundamental, acaban resolviéndose en una intervención contra el patrimonio del empresario infractor, en forma de indemnización por daños, recargo de prestaciones de la seguridad social o multa¹⁸. Exige una decidida intervención pública de control y, en su caso, sanción.

1.4. Sanción administrativa y tutela penal

Resulta obvio que los instrumentos de control y sanción, de los que se dota la Administración, han de asumir un papel de primer rango en la lucha contra la siniestralidad laboral. Pero sin que el recurso a la sanción administrativa suponga renuncia a la penal. Que es lo pretendido cuando se postula incrementar la intervención administrativa, más directa —y por tanto presumiblemente más eficaz— que la jurisdiccional y, simultáneamente, se reivindica el abstencionismo penal en un ámbito en el que el comportamiento empresarial heterodoxo apenas si se distingue del infraccional. Ámbito en el que, además, las intervenciones judiciales comportarán necesariamente efectos negativos sobre la compleja actividad económica y en el que debe evitarse el efecto estigmatizante de la pena sobre sujetos tan relevantes como son los empresarios.

No tiene, sin embargo, demasiado sentido contraponer la presunta eficacia de la Administración a la inidoneidad de la Justicia penal.

¹⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

¹⁸ «Editorial»: *Revista de Derecho Social*, 2003 (24), pp. 5 a 9.

Es cierto que la Administración goza de posibilidades de actuación sancionadora no desdeñables. Baste recordar que la multa por infracciones muy graves, puede llegar a 601.012 €.

Las cifras sobre actuaciones de la inspección son también expresivas no sólo de su dimensión, sino también de su progresivo crecimiento:

- 2003: actuaciones 464.138; infracciones 46.505; sanciones: 111.519.581.80 €.
- 2004: actuaciones 471.180; infracciones, 39.444; sanciones: 105.569.432 €.
- 2005: actuaciones 490.603; infracciones, 37.949; sanciones: 117.389.855 €.¹⁹

Es decir, poco más de cien millones en sanciones, cuando los costes de la no prevención ascienden a doce mil millones. Cualquier insistencia en la contundencia (y, según se argumenta, en la eficacia derivada), puede, por tanto, ser cuestionada.

Pone también en entredicho, quizá de modo definitivo, la excelencia de la sanción administrativa fundamentada en su eficacia directa, el hecho de que las Comunidades Autónomas están dejando de cobrar anualmente cinco mil millones de pesetas por sanciones en materia de prevención y salud laboral²⁰. Seguir utilizando como dato, pues, la eficacia de la Administración frente a la jurisdicción, es sencillamente incorrecto.

Además, esos datos deben ser completados por estos otros: en 2004, la ITSS investiga 14.733 accidentes, 977 de ellos, mortales. Y en 2005, 15.162; 990 mortales. Pero remite al Ministerio Fiscal 569 asuntos en 2003, 621 en 2004 y 579 en 2005²¹. Es decir, menos expedientes que accidentes mortales.

Sin pretender indagar sobre las causas de esta evidente falta de colaboración eficaz —entre las que se encuentra, sin duda, la ancestral desconfianza de la Administración en un sistema judicial considerado lento y, por garantista, disfuncional— lo que resulta evidente es que la desconexión existe. Y así lo constata la FGE, al observar *«el deficiente cumplimiento de las previsiones a las que se refería la Instrucción 7/91, de la Fiscalía General del Estado, de la que se desprendía un régimen de periódico contacto entre las Autoridades laborales y el Ministerio Fiscal, así como la obligación para aquéllas de poner en conocimiento del Ministe-*

¹⁹ Fuente: DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

²⁰ *El País*, 10-febrero-99.

²¹ Fuente: DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL.

rio Fiscal los expedientes vinculados a infracciones laborales que pudieran ser constitutivas de delito»²².

Puede, pues, concluirse, con la FGE, que «*las normas administrativas se han revelado insuficientes para atajar el problema de fondo*»²³. Y si la lesividad de los delitos contra derechos de los trabajadores permite afirmar que no estamos ante injustos meramente formales; si la eficacia suasoria de la pena tiene como presupuesto su efecto estigmatizante —tan negativo en general pero tan funcional en áreas en que la criminalidad se liga al *status*—; si la interferencia en las actividades económicas es fruto, más que de la acción de la Justicia, del comportamiento de quien pervierte las reglas del juego hasta hacer inviable el juego mismo; si la pretendida ineficacia de la Justicia penal, que no tiene por qué ser mayor que la de la Administración, no permite decidirse sobre la idoneidad de la sanción administrativa, procede reivindicar de los operadores jurídicos una actuación dirigida a lograr que el Derecho penal conserve, sí, su carácter de *ultima ratio*, pero sin que el excesivo celo o la desidia terminen por reducirlo a *nulla ratio*.

1.5. La despenalización de facto

a) A pesar de lo razonable de la intervención penal, y a pesar de que, en nuestro ordenamiento, hayan existido, desde antiguo, normas dirigidas a tutelar la seguridad laboral, «*el cumplimiento efectivo de esta normativa, tradicionalmente, ha dejado mucho que desear. Ni han cumplido con sus obligaciones los empresarios, ni la Administración y los Sindicatos han exigido el cumplimiento, ni los Tribunales de Justicia lo han penado en debida forma. En España, no ha habido cultura de prevención de riesgos laborales*»²⁴.

Frente a las cifras de siniestralidad, las que reflejan la actividad del orden jurisdiccional penal, resultan irrisorias. En 2004, se abren diligencias previas por los siguientes delitos: homicidio por accidente laboral, 143; lesiones por accidente laboral, 47.802; contra la seguridad e higiene en el trabajo: 1.860; contra la seguridad e higiene en el trabajo por imprudencia: 2.122²⁵.

No puede dejar de llamar la atención el hecho de que el número de diligencias abiertas por delitos de peligro sea inferior a las correspon-

²² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

²³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

²⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

²⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

dientes a delitos de lesión. Lo que no concuerda con el dato de que el peligro ha de preceder a ésta, aunque no siempre se materialice en un resultado lesivo.

Resulta igualmente sorprendente que se abran 143 diligencias por homicidio por accidente laboral —«que es como se hacen constar estos hechos luctuosos en la estadística de la Fiscalía»— en un año en el que se producen 955 accidentes mortales. «*Cualquier observador, incluso ajeno por completo al mundo judicial* —reconoce la Fiscalía General del Estado (FGE)—, *podría concluir fácilmente que es a todas luces imposible que en 812 muertes de etiología intrínsecamente violenta no haya existido intervención judicial. Simplemente se trata de que o bien no se registró debidamente el procedimiento, o bien no se ha reflejado correctamente en la estadística, o bien* —de esto se tratará más adelante— *no se incoó el que razonablemente debería haberse incoado*»²⁶.

Cierto que estos datos, ante las deficiencias de la estadística del Ministerio Fiscal, ancladas en categorías y clasificaciones que ni siquiera tienen correspondencia con las diferentes tipologías de delitos, pueden reflejar muy poco. Ya que, incluso, cuando el Fiscal decide innovar los criterios de clasificación y reflejo estadístico, tropieza con que carece de un programa informático que permita incorporar los datos más ajustados a la realidad²⁷.

A lo escaso de acusaciones se corresponden cifras menores de sentencias. En el año 2005, las Audiencias provinciales aplican los artículos 316 o 317 en sólo sesenta casos, y siempre en concurrencia de homicidio o lesiones imprudentes. La sentencia es absolutoria en 23 casos, y de condena, en 37. Han comparecido las organizaciones sindicales como acusadores en 2 casos.

Esta, menos que cicatera, aplicación de los delitos de peligro —reducida a media docena, en los años de vigencia del art. 316²⁸— equivale a una despenalización *de facto*.

b) Entre los factores determinantes de esta nada positiva situación, algunos son internos al sistema judicial: «*la no investigación de los siniestros cuando al Juzgado llega la noticia criminis a los efectos de comprobar si se han infringido esas normas; el entendimiento generalizado*

²⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

²⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

²⁸ A mediados de 2004, según HORTAL, las condenas por delitos de peligro, sin resultado lesivo, eran cuatro, y de ellas ninguna impuso pena privativa de libertad superior a un año (HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, p. 85). Aplica el 316, en exclusiva, la SAP de Madrid, sec. 15.^a, de 27-septiembre-05.

y vicioso —a más de erróneo— de requerir la denuncia del afectado para la incoación del correspondiente procedimiento penal, olvidando que las imputaciones imprudentes graves son perseguibles de oficio; la actitud claramente obstruccionista de los empleadores, temerosos de las sanciones en que pudieran incurrir; la escasa colaboración de las mutuas patronales, que en pocas ocasiones emiten y envían al Juzgado los partes de Sanidad obligatorios; y, en fin, la propia y comprensible pasividad de los trabajadores, reticentes a la denuncia por el temor a la pérdida de su trabajo o de sus condiciones laborales»²⁹.

A la vulnerabilidad de los trabajadores víctima, cuyo temor a acudir a la justicia puede verse potenciado por la oferta de indemnizaciones condicionadas a su abandono de la vía penal³⁰ y por la excesiva duración de los procesos³¹, se añade por las mismas razones, la de los testigos, ordinariamente compañeros del accidentado y dependientes del mismo empresario.

A todo ello se añade la socialmente difundida complicidad con el delincuente de «cuello blanco» —paradigmáticamente representado por el empresario—; una consolidada inercia entre los aplicadores del Derecho, que lleva a rehuir los retos inherentes a las nuevas figuras delictivas; el constatado alejamiento de las posibilidades que abren los delitos de peligro contra la vida o la salud de los trabajadores, que sólo se persiguen —en términos prácticamente relevantes— cuando se ha producido el resultado lesivo³²; y, finalmente, la influencia en la práctica judicial de un cierto desconocimiento de las condiciones en que se trabaja en algunos sectores de la actividad. Numerosas sentencias que admiten la concurrencia de culpas argumentan presuponiendo una autonomía del trabajador que es irreal: la organización del tiempo de trabajo es, también *de facto*, competencia empresarial, y más en períodos de alta flexibilidad, de desregulación y de precariedad, que obligan a aceptar malas condiciones laborales³³. Quizá al olvido de la praxis laboral

²⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

³⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 166-167.

³¹ El tiempo que media entre la sentencia de origen y la de la SAP que resuelve el recurso va de 55 a 1051 días. El tiempo que media entre el accidente y la sentencia de la SAP va de 658 a 3.363 días. La duración media del proceso es estimada por el Ministerio Fiscal entre tres y cinco años.

³² BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., «La responsabilidad penal del empresario en salud y seguridad»: *ALCOR de MGO. Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, 2004 (1), p. 7.

³³ SÁEZ VALCÁRCEL, R., «Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales», cit.

y a la marginación de la normativa de ese orden por parte de los jueces penales, se deba también la práctica inaplicación de los preceptos que tutelan la vida y salud de los trabajadores a los supuestos de accidente *in itinere*, que, en tantas ocasiones, deben entenderse incluidos en el ámbito estricto del trabajo asalariado³⁴.

1.6. *La imprescindible intervención penal*

Frente a realidad tan poco halagüeña, el recurso al sistema sancionador penal resulta inevitable frente a las conductas más intolerables por su gravedad. Así lo reconoce la tan citada Instrucción 1/2001 FGE, que, aún aceptando la necesidad de la labor preventiva, recuerda que «*la prevención general y especial propia de toda sentencia condenatoria en el orden penal, y la retribución que ello comporta, son también factores esenciales para erradicar esta lacra*».

Correctamente, se enfatiza la función preventiva de la pena, que puede ser útil para garantizar, como amenaza previa al comportamiento delictivo, un nivel de protección que no alcanzan indemnizaciones ni sanciones administrativas. Con las que, por otra parte, la pena no resulta necesariamente incompatible.

Es necesario, pues, superar la trasnochada visión de la intervención penal como recurso exclusivamente punitivo, cuando no directamente vindicativo.

Este tipo de lecturas carece de todo fundamento. La amenaza de pena tiene, inicialmente, una función didáctica: muestra a la colectividad que vida y salud de los trabajadores no son valores triviales, sino que se integran en el catálogo de bienes jurídicos de primer orden, de irrenunciable protección pública.

Por otra parte, la conminación de pena despliega un efecto preventivo de difícil cuantificación, pero en todo caso cierto. La eventual pena a sufrir, que se une a los estigmas del proceso, es un factor más, aunque no sea el único, a la hora de decidirse por la observancia de la normativa en materia de seguridad. Y más en estos casos, que normalmente responden a la tipología de la criminalidad de cuello blanco.

La ejecución de la pena impuesta puede, además, generar efectos preventivo-generales, ya que prueba que la amenaza de la ley penal es suficientemente seria y debe ser tenida en cuenta en el futuro. Además

³⁴ Ver SANTOS PALACIOS, J., «El accidente de tráfico como accidente de trabajo. Análisis legal y jurisprudencia»: *La Mutua. Revista técnica de salud laboral y prevención*, 2005 (13), pp. 5 a 51.

de los obvios efectos preventivo-especiales que despliegan ciertas penas inoquizadoras, como pueden ser las inhabilitaciones.

Así contemplada, la intervención penal deja de ser una eventualidad de castigo vindicativo, para convertirse en instrumento de prevención que, sin embargo, sólo puede lograr eficacia si se dan ciertas condiciones.

La primera de ellas es una mayor y mejor implicación del Ministerio Fiscal. De su labor se ha dicho, por parte del propio FGE, que, incluso cuando actúa frente a delitos de resultado lesivo, lo hace *con excesiva lentitud y lenidad*. La creación de servicios de siniestralidad laboral, propuesta ya por la Instrucción 1/2001, no encontró respuesta entusiasta en las distintas Fiscalías. Que, además, según denuncia el FGE, en ocasiones deben luchar (en otras optan por la *inoperancia*) contra la tendencia, común a los particulares, a los funcionarios policiales y a sectores importantes de la judicatura, a relegar a la esfera administrativa los supuestos en que el riesgo no se ha traducido en un resultado lesivo³⁵.

Resulta igualmente imprescindible potenciar una presencia más activa de los trabajadores y sus sindicatos, como agentes institucionales, ante los juzgados de lo penal. Esta presencia debe ser palpable ya en la fase de denuncia, pues dada la inhibición de particulares y autoridades policiales ante situaciones de riesgo, sólo la Inspección de Trabajo y los trabajadores sindicalmente organizados pueden ser vehículos idóneos para que la *notitia criminis* llegue al Ministerio Fiscal.

También es importante la presencia sindical en el proceso, asumiendo, antes de la producción del siniestro irreversible, las funciones, tan gravosas para la víctima individual, de parte acusadora. La Fiscalía del TSJ de Andalucía ha entendido incluso, con base en las SSTs de 30-enero y 30-mayo-03, que el sujeto pasivo de estos delitos «es el conjunto de los trabajadores dado el carácter colectivo del bien jurídico protegido. Se ha de partir, además... de un concepto amplio de trabajador que no sólo incluya a los comprendidos en los artículos 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores sino también a los extranjeros que desean obtener un puesto de trabajo en nuestro país, aunque no dispongan del permiso necesario y se encuentren inmersos en una situación de irregularidad. Todo ello lleva a considerar al Fiscal que el sindicato tiene la representación de los trabajadores en su conjunto y puede por ello personarse en la causa, sin necesidad de exigirle la presentación de querrela ni la prestación de fianza, en calidad de acusación particular ya que ha de

³⁵ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., «La posición del Ministerio Fiscal en la tutela de los intereses de los trabajadores», cit.

ser considerado como titular del bien jurídico protegido al detentar un interés directo en la persecución de los delitos contra los derechos de los trabajadores, debiendo ser calificado como perjudicado en relación con los hechos»³⁶.

Finalmente, una policía judicial especializada, que trabajase con protocolos adecuados, podría cerrar el círculo de elementos instrumentales necesarios para que el contenido del CP no quedase en mera declaración de intenciones.

II. Tutela penal. Las limitaciones de naturaleza dogmática

La opción tipificadora, que viene avalada por sólidas razones, se concreta, en nuestro Código, en los artículos 316 y 317, a los que deben añadirse los 142 y 152, incriminadores de la causación por imprudencia grave de muerte o lesiones, respectivamente. Este conjunto de preceptos pretende hacer frente a los riesgos laborales, superando las limitaciones que vinieron lastrando la constatada inidoneidad de su antecesor, el art. 348 bis a). Pero la eficacia exige, en lo dogmático, avanzar hacia el consenso sobre los criterios que permitan distinguir lo penalmente relevante de lo que no lo es, sobre la base de una dogmática que dote de contenido al principio de seguridad jurídica en su doble faceta de definir lo típico y de garantizar que, cuando concurren los elementos del delito, se va a producir una sentencia condenatoria que valide la vigencia fáctica de la ley.

II.1. Estructura empresarial e imputación penal

El primero, y quizá más espinoso, ámbito de duda es el definido por la necesidad de delimitar el círculo de imputación personal propio del art. 316. La remisión que éste efectúa al art. 14 de la LPRL y a la compleja normativa concordante, con la posibilidad de delegar y atribuir funciones de seguridad dentro de la empresa e, incluso, de concertar con entidades externas especializadas o de compartir responsabilidades con otros empresarios, conforma un tejido de seguridad que sin eximir de responsabilidad a la cúspide empresarial, constituye en eventuales garantes también a los escalones más próximos a la ejecución misma de los diferentes trabajos.

³⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2005*.

Poco ayuda a desentrañar esa trama el criterio sustentado por la clásica STS de 3-febrero-92, que habla de «*responsabilidad en cascada, sin exclusiones incompatibles*».

Frente a criterios generalizadores, que, por ello, son también simplificadores, procede recordar que el art. 316 castiga a los obligados a facilitar medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad en condiciones adecuadas, que, al no hacerlo, infringen normativa laboral y ponen en grave peligro la vida o salud de aquéllos. Y procede, también, tener en cuenta el contenido de los artículos 11, 28 y 31 CP. Del juego conjunto de estos preceptos se pueden obtener criterios aplicativos operativos a la hora de determinar el elenco de sujetos criminalmente responsables.

De entrada, quedarán excluidos quienes no estén obligados legal, reglamentaria o convencionalmente a facilitar medios necesarios para garantizar la seguridad. Aunque estén obligados a otro tipo de conductas o a facilitar medios no relevantes.

De ahí la importancia de otro elemento típico: el de medios necesarios. Porque estamos ante un delito especial del que sólo puede ser autor el normativamente obligado a facilitar esos medios.

Ciertamente, las obligaciones del empresario y de sus representantes van referidas a la totalidad de medios de prevención, mientras otros agentes —servicios de prevención, delegados de prevención, comité de seguridad y salud, en definitiva todos los órganos competentes en materia de seguridad— tienen funciones más específicas, y, por tanto, sus obligaciones son más restringidas.

No deben, pues, plantear problemas los supuestos en que el obligado de manera inmediata a facilitar los medios no lo hace, con la anuencia del empresario o del superior jerárquico en la cadena de obligados —p. ej., a supervisar—: aquél responderá como autor; éste, de ordinario, también. Sin que sea necesario acudir, como hace la SAP de Madrid, sec. 15.^a, de 27-septiembre-05, retomando doctrina sentada por la STS de 26-septiembre-01, a la figura del cooperador necesario. En efecto, el arquitecto técnico obligado al control de seguridad, aunque no tenga que aportar medios materiales, como mínimo omite facilitar un medio imprescindible: la información a trabajadores y empresarios. Y si nadie discute ya que la información se integra dentro de los medios que se han de facilitar «*para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas*», parece lógico que la responsabilidad penal se exija a título de autor.

En caso de delegación, el delegado responde de manera directa si resulta, a su vez, obligado, siempre que tenga un «*dominio suficiente del hecho*» (SAP Barcelona, sec. 2.^a, 16-febrero-00). Dado que a la

condición de representante, *de iure*, del empresario asocia la normativa laboral la de obligado, los supuestos de aplicación del art. 31 CP serán escasos. Aunque puedan resultar más frecuentes para determinar la responsabilidad de quien, *de facto*, actúa como representante de la persona obligada, cuando la naturaleza meramente fáctica de la relación haga surgir dudas sobre la condición de deudor de seguridad desde el punto de vista laboral.

Como es conocido, la responsabilidad del delegado o del representante no excluye la del delegante o representado, en la medida en que sigan siendo obligados. Aunque falte la inmediatez autor-víctima: el art. 316 no castiga a quien no facilita los medios «a los trabajadores», sino a quien no facilita lo exigido por la seguridad.

II.2. *Delitos de peligro-delitos de resultado lesivo*

El recurso por parte del legislador a delitos de peligro sólo «*tiene sentido y cobra entidad si su aplicación no se hace depender de la ulterior lesión*»³⁷. Que es justamente lo que viene ocurriendo: en la práctica los tipos de peligro de los artículos 316 y 317 son los convidados de piedra del sistema de lucha contra la siniestralidad laboral³⁸.

a) El primer escollo dogmático con el que tropieza la posibilidad de aplicación es la confusión en torno al bien jurídico protegido. La maraña de opiniones discrepantes, tanto de origen doctrinal como jurisprudencial, parece reflejar la convicción de que pronunciarse sobre el mismo constituye un trámite obligado, en el que es preciso detenerse, pero carente de mayor trascendencia.

Sin embargo sólo la correcta comprensión del bien jurídico permite aplicar con cierto criterio los preceptos en cuestión.

No puede entenderse, como bien jurídico, la seguridad, o incluso la higiene, en el trabajo³⁹. No lo permite la dicción del art. 316, que, si bien exige la infracción de normas laborales, no es susceptible de lecturas formales. Aunque alguna resolución judicial haya identificado la mera

³⁷ BOIX REIG, J., y ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre el artículo 316 del Código Penal», en ARROYO ZAPATERO-BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, II, ed. UCLM-Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 76.

³⁸ *Vide supra*, I.5.

³⁹ SAP de Oviedo, sec. 2.^ª, de 3-feb-05. Últimamente en la doctrina, HORTAL IBARRA, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, cit., pp. 60 a 71.

vulneración del deber objetivo de cuidado con la tipicidad —«*sin necesidad de aportar la demostración de la virtualidad específica de la omisión o infracción concreta en el desarrollo causal*»⁴⁰—, y sean multitud las que ven en el art. 316 la infracción de un deber⁴¹, se requiere constatar la idoneidad lesiva de la conducta para bienes jurídicos determinados, que van más allá de la genérica seguridad. Ésta es objeto de aminoración —por tanto, de lesión—; aquéllos de puesta en peligro.

Tampoco resulta convincente la propuesta de entender que coexisten dos bienes jurídicos, de naturaleza individual uno (vida y salud) y colectiva el otro (seguridad). Es cierto que no se puede proteger la vida o la salud sin reforzar la seguridad preventiva, como lo es que ésta ha figurado entre las preocupaciones de la ley penal, que ha incorporado, como elemento típico, la infracción de la normativa laboral que pretende garantizarla. Pero la construcción final del art. 316 CP obliga a entender que el interés colectivo en la seguridad sólo alcanza relevancia jurídico-penal cuando va referido a la vida y la salud.

El CP incrimina la creación de un peligro, producido a través de la lesión a una situación instrumental: la conducta aminora las condiciones de seguridad, pero esa lesión sólo pasa a ser típica cuando, a su vez, genera un riesgo grave para la vida o la salud.

Vida y salud que no pueden entenderse en su dimensión individual. La existencia misma de preceptos dedicados a tutelar específicamente esos bienes cuando sus titulares son los trabajadores quedaría sin justificación. Por otra parte, si los bienes jurídicos fuesen de titularidad individual, el consentimiento debería producir los efectos generales del art. 155 CP. *Item* más, debería tener mayor relevancia el consentimiento sobre el riesgo que sobre el resultado lesivo. Y no es esto lo que ocurre en el caso del art. 316 CP, en el que el consentimiento es irrelevante. Finalmente, no parece viable mantener que el bien jurídico es el mismo aquí y en los delitos de lesiones, siendo así que las penas de los artículos 316 (prisión de seis meses a tres años y multa) y 317 CP (prisión de tres a seis meses y multa) son superiores a las correspondientes a algunos entre aquellos (prisión de tres a seis meses o multa para las lesiones dolosas del art. 147.2; multa para las imprudentes del art. 621.1). Incurriría el Código en la contradicción de castigar con mayor energía la mera generación de peligro que la provocación de lesión, que, por definición, consume, como mínimo, una situación peligrosa preexistente.

⁴⁰ SAP de Jaén, sec. 2.ª, de 18-enero-01.

⁴¹ SAP de Oviedo, sec. 2.ª, de 3-febrero-05; SAP de Zaragoza, sec. 3.ª, de 7-abril-05.

Este bien jurídico de naturaleza colectiva es, así, el mismo en el ámbito penal y en laboral: el titular es el colectivo de trabajadores al que se somete a condiciones de inseguridad⁴².

b) El delito del art. 316 CP requiere, expresamente, la producción de un resultado: el «peligro grave» para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Por tanto, no debe quedar sometida a polémica la necesidad de considerar como delictivas sólo las conductas que probadamente generen, en el caso concreto, al menos, un riesgo relevante para el bien jurídico tutelado⁴³.

Problemas específicos plantea la calificación del peligro como «grave». Y aquí la jurisprudencia recurre a diferentes criterios con validez más o menos avalada por la experiencia y por la estadística. Si las cifras de siniestralidad son las que son, nos vienen a decir que se crea cotidianamente peligro grave incluso a través de conductas que, en su reiteración, adquieren la naturaleza de «normales». Pero su frecuencia estadística no las hace menos graves. Pequeñas infracciones, que en otros ámbitos pueden hasta no merecer reproche penal alguno, en un ámbito caracterizado por la extrema peligrosidad, deben ser valoradas en toda su idoneidad lesiva. Que es lo que nos quiso decir la fórmula del 316 al exigir la concurrencia de gravedad en el peligro, y no en la infracción, como hacía su predecesor.

En este punto procede actuar con una coherencia que no siempre se logra. Un ejemplo: la STS de 30-julio-05 condena en aplicación del 318 bis a quien transporta a un inmigrante extranjero oculto en su automóvil, y aplica la agravante de peligro para la vida, salud o integridad del sujeto transportado, dada la *«postura de singular incomodidad que tuvo que adoptar para viajar ocultado en el taxi, aunque fuera un vehículo amplio de marca Mercedes. Se trataba de un joven de 24 años que tuvo que permanecer allí muy incómodo y encogido durante dos horas»*. Ciertamente, si ese mismo concepto de peligro se manejara en los casos de siniestralidad laboral, la aplicación de los artículos 316 y 317 hubiera sido mucho más frecuente.

⁴² SAP de Cantabria, sec. 4.ª, de 31-marzo-04: *«Se protege la propia seguridad de la vida, integridad o salud de los trabajadores, interés de carácter colectivo o supraindividual que resulta ser distinto a la concreta integridad física o vida del trabajador»*; SAP de Valladolid, sec. 4.ª, de 30-enero-04: *«Como indica, entre otras muchas, la STS 1233/202 de 29 de julio, el tipo penal... supone el reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal»*. Ver LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 132.

⁴³ En este sentido, la SAP de Cantabria, sec. 4.ª, de 31-marzo-04; SAP de Burgos, sec. 1.ª, de 10-febrero-05.

II.3. *Delitos imprudentes de resultado lesivo*

a) La inhibición penal reviste, en ocasiones, la forma de reticencia a apreciar imprudencia, incluso en sus formas más leves, prefiriendo transferir las cuestiones planteadas, al ámbito civil o al administrativo sancionador.

Contra *la exacerbación del orden punitivo* y reivindicando la vigencia del principio de intervención mínima, advierte la SAP de Burgos, sec. 1.^a, de 10-febrero-05: «*No toda imprudencia o negligencia, cualquiera que fuese el resultado lesivo, debe ser incardinada, sin más, en el ámbito criminal. Sólo la más grosera de las infracciones, la dejación de los más elementales deberes de cuidado o protección merecen la salvaguardia o protección de este orden jurisdiccional. El Ordenamiento Jurídico prevé de otros remedios para proteger a la víctima frente a actos atentatorios que traigan causa en la denominada culpa extracontractual o Aquiliana y en orden a conseguir para aquélla la más absoluta indemnidad*».

Hay que tener en cuenta, sin embargo, tres observaciones. La primera: la imprudencia es graduable. Y si, como parece lógico, *la más grosera de las infracciones* se debe corresponder con la más grave de las modalidades de imprudencia, queda por llenar un espacio (penal) entre esa imprudencia grave y la culpa civil. La segunda es la de que en un procedimiento penal no sólo se dilucidan los intereses de la víctima afectados por el delito pasado. Esos intereses pueden resultar congruentemente atendidos en el plano resarcitorio. Pero la función objetiva del sistema penal abarca una dimensión preventiva, que trasciende la esfera de los intereses individuales. Por ello, no resulta correcto decidirse por la culpa civil cuando concurren los requisitos de la penal, apelando al argumento de que así se da respuesta a las pretensiones del damnificado. En tercer lugar, hay que tener presente, como tantas veces se ha visto obligado a hacerlo nuestro TS, que el principio de intervención mínima vincula más al legislador que al intérprete de la ley, siempre sometido al principio de legalidad⁴⁴.

Procede, pues, que el aplicador de la ley recurra a la consolidada doctrina sobre la imprudencia, sin pretender que en este ámbito los cri-

⁴⁴ STS de 30-enero-02: «*Reducir la intervención del derecho penal, como ultima ratio, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal*». En el mismo sentido, STS de 8-noviembre-04.

terios de apreciación sean más estrictos que en otros, lo que significaría una discriminatoria opción por la impunidad, en abierta contradicción, por otra parte, con la *voluntas legis*.

b) De acuerdo con esa doctrina, hay que observar que si en el art. 317 es elemento típico esencial la infracción de específicas reglas de seguridad, en los homicidios y lesiones imprudentes, la norma de cuidado tiene un alcance mucho más amplio y no siempre positivizado⁴⁵, lo que permite apreciar imprudencia en conductas que no infringen normativa vigente en el momento de los hechos pero sí con posterioridad⁴⁶. Cuando la norma posterior recoge pautas de prudencia y diligencia que en el momento de producción de éstos estaban ya aconsejadas por consideraciones técnicas o de experiencia, posteriormente positivizadas, los hechos no son subsumibles en el art. 317, pero sí pueden serlo en los artículos 142, 152 o 621.

Tampoco es correcto entender que existe imprudencia grave sólo cuando se infringen *todas* las previsiones exigibles al garante de seguridad, tal como repite la jurisprudencia (p. ej., SAP de Valladolid, sec. 4.ª, de 30-enero-04 y SAP de La Rioja de 13-mayo-05)⁴⁷. Es correcto calificar la imprudencia como grave cuando se omiten *todas* las precauciones, pero no sólo es gravemente imprudente la conducta en que se omiten *todas* las precauciones.

Tampoco puede ser aceptada otra línea de interpretación próxima en cuya virtud se debe apreciar imprudencia grave en los casos de ausencia total de medios de seguridad, y leve cuando esos medios existen, pero son defectuosos, inadecuados o inservibles⁴⁸. La gravedad es compatible con la adopción de «*medidas de seguridad testimoniales o manifiestamente insuficientes*»⁴⁹.

c) Idénticos criterios deben ser aplicados para resolver los casos de denominada concurrencia de culpas: la gravedad de la imprudencia no queda excluida mecánicamente por el comportamiento imprudente de la víctima.

Con carácter general, será irrelevante la imprudencia de la víctima cuando el resultado hubiera sido idéntico de no haber concurrido ésta:

⁴⁵ SAP de San Sebastián de 21-febrero-05.

⁴⁶ Que es la posibilidad que parece negar la SAP de Jaén, sec. 2.ª de 20-mayo-04.

⁴⁷ Reiterando, parcialmente, contenido de las STS de 26-julio-00 o 19-octubre-02.

⁴⁸ SAP de Barcelona, sec. 6.ª, de 15-mar-05; SAP de Las Palmas, sec. 1.ª, de 11-marzo-05: «*su imprudencia, al no tratarse pues de un supuesto de ausencia de medios de seguridad sino de insuficiencia de los mismos... debe ser calificada como leve*».

⁴⁹ SAP de Cuenca, de 21-febrero-01.

la imprudencia del deudor de seguridad tiene suficiente entidad causal⁵⁰: «*No es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado al ordenarle trabajar en tales condiciones. Es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima*» dice la SAP de Oviedo, sec. 2.^a, de 3-febrero-05.

Cuando, por el contrario, el resultado lesivo pueda explicarse atendiendo exclusivamente a la imprudencia de la víctima, la del deudor de seguridad es irrelevante, a efectos de su consideración como delito imprudente, puesto que no hay relación entre la conducta de éste y el resultado⁵¹.

Y en los casos en que el resultado final sólo pueda entenderse producido por la concurrencia de una situación previa de inseguridad a la que se suma el actuar descuidado de la víctima, este último extremo no puede ser desconocido en el momento de valorar la conducta de quien omitió prestar la seguridad que debía. Pero no se trata de una compensación de culpas —al modo civil con trascendencia en lo resarcitorio—, sino, más simplemente, de la valoración de la imprudencia. Porque, conviene no olvidarlo, la imprudencia de la víctima no tiene categoría delictiva —que sí tiene la del deudor de seguridad—. Como no se mueven al mismo nivel, no son compensables.

De ahí que resulten criticables ciertas resoluciones, como la SAP de Barcelona, sec. 2.^a, de 2-septiembre-03, en un caso, que trascendió, con tintes de escándalo, a los medios de comunicación. La sentencia absuelve a pesar de declarar probado que hubo una imprudente infracción de medidas de seguridad, porque entiende que concurre una omisión del deber de cuidado por parte del trabajador coexistente con la confianza del empresario en que aquél adoptaría las medidas adecuadas, y con la deducción de que, para el trabajador, al actuar como lo hizo, «*era inevitable la eventualidad del resultado finalmente producido*».

Mucho menos puede tomarse en cuenta la negligente autopuesta en peligro de la víctima para re-qualificar un comportamiento de suyo doloso como imprudente. Tal como afirma la SAP de Barcelona, sec. 6.^a, de 15-marzo-05, esa calificación —de naturaleza cualitativa— es totalmente independiente de la conducta del trabajador⁵².

⁵⁰ «... con independencia de esa inicial incorrecta maniobra del trabajador... el resultado de autos no se hubiera nunca producido si se hubiera dotado a las instalaciones y maquinaria de protecciones legales y se hubiere dotado a los trabajadores de los medios necesarios», SAP de Albacete, de 23-mayo-05.

⁵¹ SAP de San Sebastián de 21-febrero-05; SAP de Tarragona de 21-febrero-05.

⁵² «Aun cuando la Juez lo tiene en cuenta sin duda para adecuar la conducta de dolo a imprudente... esta Sala entiende que la adecuación correcta del tipo penal por el que

d) La profesionalidad, como característica de la imprudencia grave, determina la adición a las penas privativas de libertad previstas tanto en el art. 142 como en el 152 CP, de la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años en el caso de homicidio imprudente y de uno a cuatro años en el de lesiones.

Dada la tradicional, y hoy carente de fundamento dogmático, tendencia de doctrina y jurisprudencia a no apreciar profesionalidad allí donde la imprudencia —como ocurre de ordinario en el campo de la siniestralidad laboral— está directamente ligada a la infracción de normas de cuidado que obligan al sujeto en cuanto profesional⁵³, se recurre a las inhabilitaciones no como penas principales sino accesorias de la privativa de libertad, en los términos del art. 56⁵⁴.

Parece marcar un cambio de tendencia interpretativa la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 20, de los de Madrid, de 23-septiembre-05, cuando advierte que no impone inhabilitaciones para el ejercicio de la profesión, porque no fueron solicitadas por la acusación, «*aunque pudiera parecer que se trata de imprudencias profesionales*». Pero lo cierto es que la doctrina mayoritaria, anclada en la interpretación jurisprudencial del art. 565 del CP de 1973, da la espalda a la nueva configuración de la imprudencia en el Código vigente y, con ello, renuncia a una aplicación más coherente de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o industria; pena que podría, en estos casos, actuar de hecho como alternativa a la pena privativa de libertad, con innegable eficacia preventivo-especial y aún preventivo-general.

II.4. *Concurso de normas y concurso de delitos*

En materia concursal ha resultado polémica la respuesta a dar a los supuestos de concurrencia de los delitos de peligro de los artículos 316 y 317 con los delitos de resultado lesivo (muerte o lesiones) en que pueda derivar el peligro creado.

es condenado no se fundamenta en la conducta del trabajador por no detenerse en la actividad peligrosa o por la existencia de otras escaleras en la obra, sino simplemente por que aún prescindiendo de estos dos elementos la conducta de la apelante difícilmente podría encuadrarse en el tipo penal del art. 316».

⁵³ TERRADILLOS BASOCO, J.M., «Delitos contra la seguridad en el trabajo. Cuestiones concursales. Calificación de la imprudencia»: *Revista de Derecho Social*, 1998 (3), pp. 169 a 177.

⁵⁴ Por ejemplo, en la SAP de Valencia, sec. 2.ª, de 9-marzo-05 o SAP de Valencia, sec. 1.ª, de 2-marzo-05.

Exclusión hecha de los casos en que el peligro previo se agota en el resultado lesivo producido —casos en que resulta imperativo apreciar una relación de consunción— la regla general debe ser entender que se produce un concurso ideal de delitos, puesto que el daño infligido no absorbe todo el peligro previamente generado. Esta propuesta, que hasta tiempos bien recientes se distanciaba de las tesis jurisprudenciales más aceptadas, debe considerarse hoy, tras el giro interpretativo impuesto por las SSTS de 14-julio-99 y 26-julio-00, definitivamente asentada⁵⁵. Lo que no quiere decir que no se encuentren resoluciones discrepantes: la SAP de Oviedo, sec. 2.ª, de 3-febrero-05 declara: «*Tal delito [el del art. 316] absorbe el resultado de lesiones imprudentes, por mor de lo dispuesto en el artículo 8 del Código Penal (concurso de Leyes), sin que sea de aplicación el artículo 77 del mismo Código (concurso de delitos)*». Y, en sentido contrario, SAP de Zaragoza, sec. 3.ª, de 7-abril-05, mantiene que el delito de lesiones por imprudencia grave absorbe al de peligro.

Intensificaría la contundencia penal la aceptación de la tesis propuesta, entre otros, por GARCÍA RIVAS, en el sentido de apreciar siempre concurso (ideal), dada la diferente naturaleza del bien jurídico protegido en el art. 316 (la seguridad) y en los homicidios o lesiones imprudentes (vida y salud individualmente consideradas)⁵⁶.

Es la misma interpretación sugerida por la Fiscalía de Barcelona en estos términos: «*cierto que es criterio jurisprudencial el de la existencia de un concurso de normas a resolver con arreglo al artículo 8.3.º del CP (absorción del delito de peligro por el delito de muerte o lesiones imprudentes) cuando, además del propio trabajador accidentado, no existan otros trabajadores expuestos a la situación de riesgo. Tal solución jurisprudencial es discutible por cuanto: a) Los bienes jurídicos protegidos por uno y otro delito son de distinta naturaleza (la seguridad colectiva de los trabajadores en los artículos 316 y 317; la vida, salud e integridad física en los tipos de muerte o lesiones imprudentes); b) No siempre la imprudencia laboral implica además la consumación previa o simultánea de un delito de riesgo, y c) Como el resultado lesivo final puede estar penado más levemente que el delito de riesgo, la aplicación del artículo 8.3.º puede determinar la paradoja de que quien incumple la normativa de seguridad e higiene en el trabajo se*

⁵⁵ Así, SAP de Almería, sec. 2.ª, de 7-abril-04, SAP de Cantabria, sec. 4.ª de 31-marzo-04; SAP de Alicante, sec. 7.ª, de 21-abril-04; SAP de San Sebastián, de 21-febrero-05.

⁵⁶ GARCÍA RIVAS, N., «Delitos contra la seguridad en el trabajo (Estructura típica, bien jurídico y concurso de delitos)», en SAEZ VALCARCEL, R. (coord.), *Siniestralidad laboral y Derecho penal*, ed. CGPJ, en prensa.

vea más beneficiado por la causación del resultado que se pretendía evitar».

Frente a estos argumentos cabe, sin embargo, objetar que: a) no es pacíficamente admitido que el bien jurídico protegido en los artículos 316 y 317 sea la «seguridad», siendo, por el contrario, más convincentes los argumentos que consideran como bien jurídico la vida y la salud de los trabajadores, lo que por otra parte cuenta con el respaldo literal de la ley; b) cuando la imprudencia no produce un resultado —de lesión o de peligro— la regla es la atipicidad; c) la posibilidad de que la pena sea menor cuando se causa un resultado lesivo es irreal: si hay sólo un resultado lesivo, se castiga como tal, y ninguna razón hay para agravar más la pena, aunque pueda concurrir una sanción administrativa por la infracción laboral; si además se crea peligro «excedente», ya no hay contradicción valorativa, puesto que éste se castigará en concurso con el resultado lesivo.

II.5. *Las penas*

En materia de penas, se detectan dos importantes áreas de inhibición que pueden suponer privar de buena parte de su presumible eficacia a los artículos en cuestión.

a) En el caso de las muertes o lesiones imprudentes, ya hemos visto que se limita poderosamente la posibilidad de acudir a penas de inhabilitación especial, como principales, al negar previamente la posibilidad de apreciar imprudencia profesional. Con lo que se está renunciando a una pena que, como la inhabilitación, en estos casos, podría ser un indicado complemento de la pena privativa de libertad. O, aún, su sustituto real en los casos de suspensión o sustitución de aquella.

Esa renuncia queda más patente en las sentencias que omiten la condena a penas accesorias⁵⁷; o en las que imponen a los técnicos especializados responsables de un homicidio imprudente, la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, olvidando que se puede recurrir, también, a otras inhabilitaciones más específicas.

Tampoco parece haberse alcanzado un nivel aceptable de coherencia cuando se prescinde de la condena a multa o cuando se fijan cuotas irrisorias. Si empresarios, arquitectos, y aparejadores son condenados a multas de cuota diaria de entre dos y doce euros —como ocurre en el

⁵⁷ Por ejemplo, en la SAP de Almería, sec. 1.^ª, de 2-febrero-05.

caso examinado por la SAP de Madrid, sec. 15.^a, de 27-septiembre-05—, es ingenuo esperar algún efecto preventivo.

b) Otra manifestación de inhibición del sistema tiene su origen en el texto legal. En estos delitos, que normalmente se cometen en el marco de una actividad y estructura empresarial más o menos compleja, la exigencia de responsabilidad penal directa a la empresa parece venir avalada, al menos, por los mismos argumentos que hoy se esgrimen para acabar, en términos generales, con el principio *societas delinquere non potest*.

Hoy el Código permite incidir directamente sobre la estructura empresarial, imponiendo alguna o algunas de las consecuencias jurídicas del art. 129, según prevé expresamente el art. 318 tras la reforma operada por la LO 11/2003. Ahora bien esta posibilidad sólo existe, según recoge la literalidad del art. 318, «*cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas*». Y lo cierto es que las conductas del art. 316 —y lógicamente la del 317— no vienen atribuidas a personas jurídicas, sino a personas físicas que quedan directamente obligadas, por la normativa laboral, a aportar seguridad. La exigencia de responsabilidad criminal a estos sujetos no requiere el recurso al art. 31 o al art. 318. Y la posibilidad de imponer las consecuencias accesorias del art. 129 queda limitada a los casos cubiertos por el 318, que aquí no es aplicable.

Solventar esta grave y disfuncional laguna requiere una reforma legal en la que quizá debería desaparecer el actual art. 318, con excepción de la habilitación al juez para decretar alguna o algunas de las medidas del art. 129, que debería extenderse a todo el capítulo.

Y lo mismo puede decirse del art. 31.2, que declara la responsabilidad directa y solidaria de la empresa en cuyo nombre actuó el condenado a una pena de multa. A efectos del art. 316, lo relevante no es que el sujeto activo actúe en nombre de otro; está obligado de modo directo y concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiere para poder ser sujeto activo. No entra en el ámbito del art. 31.1, y, por tanto, tampoco en el del 31.2.

III. Las alternativas

Las alternativas que cabe oponer al *status quo*, pasan por recuperar la correcta valoración de los bienes en juego y de su relevancia, cuantitativa y cualitativa. Para, a partir de ahí, corroborar que el sistema pe-

nal, integrado en un marco de alternativas más amplio, está llamado a desempeñar una función preventiva decisiva.

La correcta aplicación de los criterios de imputación personal, la recuperación de la imprudencia profesional o de las penas de inhabilitación, la mejor utilización de la dogmática de los delitos de peligro, son tareas imprescindibles en la labor de recurrir al Derecho penal como *ultima ratio*. Que no es lo mismo que arrinconarlo como *nulla ratio*.

La imputación penal del accidente de trabajo

Juan Antonio Laskurain Sánchez
Universidad Autónoma de Madrid

I. Introducción: el papel del Derecho Penal en la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales

1. La siniestralidad laboral constituye un problema gravísimo y, si no creciente, sí desde luego probadamente resistente a los más diversos intentos sociales y jurídicos de solución o de reducción. Si las solas cifras de siniestralidad alertan sobre la sobrecogedora gravedad del fenómeno —seguimos en el pavoroso entorno del millar de trabajadores fallecidos cada año—, su comparación con las de los Estados que nos son más próximos¹ nos dice que se pueden hacer más cosas para disminuirla, que caben nuevas políticas sociales y jurídicas para prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

En la pregunta acerca de qué políticas hayan de ser éstas existe la tentación de mirar al Derecho Penal como panacea. No en vano constituye el instrumento jurídico más contundente de que disponemos para sostener las elementales reglas de convivencia social. «Castiguemos duramente a los que provocan los accidentes y resolvamos el problema», nos decimos: «impongamos severas condiciones de seguridad y hagámoslas valer con fuerza: enviemos a la cárcel al empresario incumplidor o a la persona en la que éste haya delegado, y asunto terminado».

Este planteamiento tiene, sin embargo, bastante de ingenuidad. En primer lugar, porque, al menos en buena parte, el riesgo laboral no es sino una consecuencia de la manera que hemos elegido para vivir. Si

¹ V. al respecto el «Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España: estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención», Madrid (Presidencia de Gobierno), 2001.

queremos folios blancos y camisas blancas resultará que habrá que fabricarlos con ciertos componentes químicos, potencialmente nocivos para quienes los manipulan —y para el medio ambiente en el que vivimos todos, pero ésa es otra historia—. Si queremos además que los folios y las camisas blancas no sean carísimas, resultará que las medidas de seguridad que habrá que adoptar en su fabricación habrán de ser hasta cierto punto limitadas. El que haya más o menos riesgo laboral, más o menos accidentes y enfermedades en el proceso de producción, depende fundamentalmente de una decisión social acerca de qué procesos productivos permitimos y acerca de dónde situamos la frontera del riesgo permitido en los procesos que permitimos. De ahí que la reflexión fundamental para solucionar el problema de la siniestralidad laboral no sea una reflexión técnico-jurídica, sino una reflexión política, económica y social.

Naturalmente que una vez fijada esa frontera del riesgo permitido deberemos establecer los mecanismos adecuados para hacerla respetar. Y aquí es donde el Derecho Penal puede jugar, desde luego, un papel importante, pero no único ni *per se* decisivo. Tan trascendente o más que la política criminal en este ámbito es la política social, económica y administrativa. No sólo para establecer la frontera del riesgo permitido, sino también para procurar su respeto. El que haya menos accidentes de trabajo porque haya un mayor respeto a las normas de seguridad en la actividad laboral va a depender mucho más que de los delitos que tipifiquemos o que apliquemos, de factores tales como que el empleo sea más estable; que existan unos sindicatos fuertes y concienciados; que se promueva una ambiciosa actividad administrativa de asesoramiento, ayuda, premio y sanción, capaz de penetrar en una actividad productiva cada vez más segmentada y más descentralizada; que se refuercen los sistemas de control externos e internos de los centros de trabajo; que se regule con precisión y generosidad el ejercicio del derecho de los trabajadores de paralización en caso de riesgo grave e inminente.

El Derecho Penal, que por su propia contundencia es un instrumento muy garantista, y por ello muy lento y muy pesado, debe reservar su papel para sancionar sólo los supuestos más graves, en los que mecanismos más ágiles y ubicuos, significativamente las sanciones administrativas, parezcan abocados al fracaso. Hasta no hace mucho, su ámbito se reducía al que procuraban los tipos de lesiones imprudentes y de homicidio imprudente, protección ésta que depende de que se produzca una efectiva lesión o un resultado de muerte como consecuencia previsible de unas condiciones de trabajo irregulares. Este ámbito se amplió en el año 1983. Ante la lesividad de la actividad laboral, a la vista de lo que

ya hacían otros ordenamientos penales europeos, y recogiendo la sugerencia de algunos sectores doctrinales, la protección penal que exigía un resultado lesivo se estimó insuficiente, pues dejaba de sancionar penalmente gravísimas situaciones de riesgo para los trabajadores por falta de las preceptivas medidas de seguridad que, permítase la expresión, sólo de milagro, sólo de casualidad, no terminaban en enfermedad, lesión o muerte. Dicho en lenguaje técnico: dejaba de sancionar las tentativas imprudentes. De ahí que se decidiera acertadamente, a través del artículo 348 bis a) del Código Penal anterior y de los artículos 316 y 317 del vigente anticipar la tutela penal y castigar ya la mera puesta en peligro de los trabajadores: castigar no sólo al «lesionador» imprudente, sino también a quien arriesgaba grave y probadamente la vida, la integridad física o la salud de sus trabajadores.

2. Conviene, pues, en parte, desmitificar el Derecho Penal. Pero a la vez que desmitificarlo conviene también tomárselo en serio y perfilarlo adecuadamente para una intervención que sea a la vez justa y eficaz —preventiva—. Una parte importante de esa conformación es la constituida por una adecuada distribución de la responsabilidad penal, cuestión nada fácil cuando se trata de delitos de empresa: de delitos que surgen de un colectivo de personas que tienen una relación muy distinta con el hecho delictivo mismo. Por si esta dificultad fuera poca, en materia de accidentes de trabajo derivados de las condiciones irregulares de seguridad de la empresa se une a la misma una nueva: la frecuente contribución aparente de la víctima al accidente del que es víctima.

Todo ello hace que una de las tareas más arduas de la conformación legislativa de la prevención penal de los riesgos laborales y de la aplicación judicial de esas normas sea la relativa a la individualización de la responsabilidad penal derivada de un accidente de trabajo. Es, si quiere verse de una manera quizá más precisa, la cuestión de la imputación penal de la muerte, o las lesiones, o la situación de concreto peligro que derivan de un accidente de trabajo —a su vez derivado de unas condiciones irregulares de seguridad—. De hecho, que es ésta una cuestión difícil, y por ello de respuesta frecuentemente polémica, se muestra en las razones por las que algunas decisiones judiciales en esta materia son objeto de debate público o de debate entre los juristas: porque inopinadamente se hace responsable penal del resultado del accidente a una persona que ostenta una posición elevada en el organigrama empresarial y que por ello estaba aparentemente muy «lejos» espaciotemporalmente del accidente, o porque inopinadamente se atribuye de un modo excluyente el resultado lesivo al propio trabajador que lo sufre y se absuelve a las personas a las que se acusaba por el mismo.

II. La imputación al empresario o a sus delegados

3. Ante un accidente mortal de trabajo o ante una situación gravísima de riesgo que no obstante no ha causado desgracias personales, y ante la evidencia de que las mismas se deben a las condiciones gravemente irregulares de trabajo, el juez puede encontrarse ante el siguiente dilema. Por una parte, el encargado de la actividad más cercano al trabajador alega que él no sabía que esto podía pasar, que él no puede hacer nada, que él sigue obligadamente las instrucciones que otros le imparten; por otra parte, sus superiores jerárquicos —con mayores argumentos cuanto más superiores son— alegarán que ellos delegaron funciones, que ellos no sabían lo que pasaba en la fábrica, que ellos proveen de lo que se les pide. El juez se enfrentará además a la dificultad añadida consistente en que el curso de riesgo lesivo podrá haber pasado por muchas manos y controles dentro de la maraña del organigrama empresarial, donde se darán competencias solapadas y controles acumulados. De este modo será difícil tanto saber quién tenía que hacer qué o evitar qué, como rebatir el argumento de cada uno de los imputados de que confiaba en que uno o varios de los otros implicados actuaría en evitación o control del riesgo.

4. ¿Cómo podemos ayudar a nuestro juez? ¿Cómo podemos evitar que se dé un accidente laboral delictivo sin delincuente? ¿Cómo podemos evitar que se impute o castigue demasiado: que haya un delito con demasiados delincuentes?

Creo que el punto de partida ha de ser la correcta aplicación de los criterios generales relativos a la responsabilidad del representante (art. 31 C.P.) y a la responsabilidad por omisión (art. 11 C.P.), que es lo que para los delitos contra los derechos de los trabajadores nos recuerda el artículo 318 C.P. Así, siguiendo criterios generales básicos de atribución de responsabilidad, cabe atribuir al titular de la empresa una posición de seguridad, una posición de garantía, en relación con los procesos de riesgo que emanan de su empresa porque son riesgos que ha generado en el uso de su libertad. Esto puede verse desde la perspectiva del dominio de un ámbito peligroso propio o desde la perspectiva de la injerencia. El empresario, llamémoslo así, es garante porque la empresa es una fuente de riesgos propia o porque los riesgos de la empresa para la vida, para la integridad física o para la salud de los trabajadores son riesgos que él originariamente ha desatado. En suma: el titular de la empresa ostenta una posición de seguridad en relación con los riesgos que él mismo desata (injerencia) y respecto a los cursos de peligro que proceden de los animales, objetos, procedimientos o personas sin margen relevante de autonomía que se encuentran o que

actúan en su empresa. Se tratará de los procesos o factores peligrosos que él domina o debe dominar y que parten de o se ubican en su círculo de organización².

5. El titular de la empresa, frecuentemente una masa de accionistas, casi nunca va a observar su deber de seguridad directamente, sino que lo hará por delegación a otras personas, que a su vez delegarán parte de sus funciones. En efecto, aunque el titular de la empresa pueda cumplir con sus obligaciones de seguridad inmediatamente o mediatamente —a través de instrucciones precisas a otra persona que carece de un margen relevante de autonomía debido a la definición de aquellas órdenes y al deber jurídico de obediencia que genera su posición subordinada—, lo habitual es que lo haga por delegación. En las empresas que adquieren ciertas dimensiones la necesidad de delegar tareas provoca la consiguiente delegación de funciones de seguridad, ya sea de un modo anejo a la delegación de ciertas actividades productivas, ya como objeto único de la transmisión. Las dimensiones y la complejidad del propio ámbito de organización requieren para su adecuado dominio el mecanismo de multiplicación y diversificación de funciones que supone la delegación, que se constituye así en una vía obligada para el empresario que no quiera vulnerar su deber de seguridad. La dirección de la empresa consiste, de este modo, sobre todo, en la responsabilidad por el trabajo de otros; en la selección del personal, en la organización del trabajo y en hacer que cada cual preste los servicios requeridos; en una específica competencia de transformación y mediación a través de sistemas de comunicación.

a) La delegación tiene dos efectos principales: el más evidente es el de generar un deber de seguridad nuevo en el delegado que lo acepta; el menos evidente es el de transformar el contenido del deber de seguridad del delegante³. Es menos evidente, porque cabe pensar que si una persona delega libremente su deber de garantía en otra persona que lo asume libremente, sólo ésta queda obligada ya por el deber transmitido; que es precisamente el efecto liberador lo que busca el delegante; y que lo contrario, una duplicación de deberes, elimina la ventaja de multiplicación y coordinación de tareas propia del mecanismo de la delegación.

Esta visión de las cosas peca de cierta superficialidad. Delegar una tarea no es transmitirla sin más como si de una compraventa se tratara. Quien delega en su mayordomo el cuidado y el control de su perro

² Para lo que sigue v. las referencias citadas en LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid (Civitas), 1994, pp. 234 y ss.

³ Así, expresamente SAP Madrid - 17.^a - 880/2003, de 6 de octubre.

doberman, no puede despreocuparse totalmente de los peligros que pueda generar, cosa que sí sucedería si se lo hubiera vendido al mayordomo, sino que únicamente cambia el modo en el que debe preocuparse. La hipótesis de la exoneración no sólo olvida que el ámbito delegado sigue siendo un ámbito del delegante, sino que tampoco repara ni en la desprotección a la que tal mecanismo conduciría en ámbitos tan importantes como el que ahora estamos tratando, ni en las ventajas que ya comporta la delegación como aligeración del contenido de un deber.

En efecto, como de lo que se trata en realidad es de transmitir un deber de control sobre un ámbito de riesgo que corresponde al delegante y del que éste sigue disfrutando y beneficiándose como propio, lo que se produce entre delegante y delegado es lo que Schünemann denomina «cotitularidad de la custodia»⁴. Resultará entonces que no le pueden ser ajenos los efectos nocivos que su ámbito de dominio pueda producir. Cuestión distinta es la de que pueda prescindir de la carga del control inmediato de la fuente de peligro delegada y que pueda sustituirla por un deber de supervisión del delegado y por un deber de intervención si el delegado no cumple adecuadamente con su deber. Es en esta transformación de su deber en donde reside para él la ventaja de la delegación⁵.

Surge aquí el problema de la medida de ese deber de supervisión o vigilancia. Es obvio, en un extremo, que no puede ser de una exigencia tal que convierta la delegación en un dominio mediato, que anule así la ventaja intrínseca de multiplicación de este método y que ahogue las necesidades expansivas de la actividad en determinados ámbitos sociales, como sucede significativamente en la empresa. Es también evidente, en el otro extremo, que su nivel no puede ser tan bajo que desvanezca en la práctica la posición de garantía del delegante. La precisión de este deber de vigilancia habrá de fijarse en atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. La cualificación y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan,

⁴ «Cuestiones de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», en ADPCP 1988, pp. 536 y ss.

⁵ Así lo entiende la SAP Teruel 4/2000, de 31.1: «(...) es evidente que el arquitecto técnico no sólo debe impartir instrucciones para la ejecución de las medidas de seguridad que imponen las normas ya relacionadas tanto en la Sentencia de instancia como en ésta, sino que debe controlar que dichas medidas se han ejecutado realmente y si confía en un tercero y hace dejación de sus facultades y obligaciones, tal delegación no le exime, como ya hemos dicho, de la responsabilidad que pueda seguirsele por la omisión de tales medidas legales».

por contra, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia⁶.

b) La génesis de este deber de garantía requiere esencialmente el ejercicio coordinado de dos esferas de autonomía: un delegante libre y un asumente libre que, por la razón que fuere, tienen a bien el organizar así sus vidas. Debe consignarse además, a partir de la propia lógica de la delegación, que la misma no será efectiva, y no generará su efecto propio de generación de un nuevo obligado —ni el de transformación del deber del inicialmente obligado, al que luego me referiré— si la cesión no se produce en quien aparece como capaz de desarrollarla y, en su caso, si no va acompañada de la entrega del necesario dominio para el cumplimiento del deber. Delegación libre, asunción libre, selección adecuada y dotación de dominio aparecen así como requisitos de este mecanismo de generación de deberes de garantía. No son necesarios, por el contrario, otros requisitos formales. Esto explica, por ejemplo, que en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca 16/2001, de 21 de febrero, se imputara el resultado de muerte de dos trabajadores de una cooperativa vinícola a, entre otros, el enólogo de la misma, que reconoció «que sus funciones profesionales incluían la vigilancia de las tareas de limpieza de los pozos donde se reciben los mostos» (FD 2). Los trabajadores murieron asfixiados cuando procedían a limpiar un depósito de mosto.

Si un empresario opta por cumplir con el deber de seguridad del que es titular a través de la delegación en otra persona, habrá de proceder, como primera exigencia de operatividad de la misma, a una adecuada selección del delegado. Evidentemente es libre para elegir mal, para realizar una selección disfuncional, para designar a quien no puede desplegar la protección exigida. Pero no es libre para elegir las consecuencias jurídicas de su elección. Sea debida a una defectuosa selección atribuible al delegante, o se produzca a pesar de que éste ha adoptado las medidas de diligencia que le eran objetivamente exigibles, la incapacidad del delegado paraliza el mecanismo de la delegación, al faltar ya un requisito que condiciona la traslación del deber: su cumplimiento formal no impide su carencia material por ausencia de uno de sus presupuestos lógicos. De ahí que el delegante (el empresario) no cumpla ni empiece a cumplir por delegación su deber de seguridad, que permanece con su contenido originario. Si posteriormente, por ignorar las dimensiones de su deber, no interviene inmediatamente, mediatamente o a través

⁶ ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Barcelona - Madrid (Praxis), 1988, 85 y ss.

de una nueva delegación, habrán de aplicarse las reglas del error para calibrar su responsabilidad.

El planteamiento anterior puede conducir a la perplejidad si supone, a falta de delegación y de la consiguiente generación de deber en el delegado, la automática exoneración del delegado asumentemente, aun cuando éste sea consciente, o pueda serlo, de su propia incapacidad. La aceptación de la posición de seguridad supone, sin embargo, un actuar precedente peligroso que origina un deber de seguridad para su agente.

La delegación sólo despliega sus efectos de generación de un nuevo deber y, en su caso, de transformación del contenido del deber originario del delegante cuando su cumplimiento resulta *a priori* posible. Los diversos deberes de seguridad que recaen originariamente en la cúspide de la empresa, en la figura del empresario, sólo se delegan inicial y sucesivamente cuando, entre otros requisitos, se produce la dotación del necesario dominio para el cumplimiento del deber, lo que comporta, por de pronto, poder de influencia material y de dirección personal. Aquel poder podrá comprender instrumental, capacidad financiera o facultades de paralización de la actividad peligrosa; las competencias de dirección implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones. Dominio significa también información: el delegado debe recibir la formación e información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control.

La denegación de dominio deja la aceptación inoperante y la delegación en intento, y, consiguientemente, paraliza la creación de una nueva posición de seguridad y la transformación del deber original de seguridad. De ahí que cuando, como es frecuente en el ámbito empresarial, se produzcan varias delegaciones de ámbitos diversos pero simultáneas y de una misma fuente, deba el delegante coordinarlas de modo que no queden lagunas de dominio, si no quiere que su ejercicio le corresponda a él por vía mediata o inmediata. Una distribución descuidada puede dar lugar así a que el empresario —y en general, el delegante— vulnere su deber de seguridad por error sobre su contenido. Así, en la STS 1329/2001, de 5 de septiembre, puede sorprender *a priori* que se impute al empresario el resultado de muerte de un trabajador que cayó por un hueco destinado a una escalera y que se diga de él que «necesariamente tenía que conocer el empresario acusado, la omisión de las debidas medidas de protección del hueco de escalera por donde cayó el trabajador. Él tenía que visitar la obra y tenía que saber que no había medidas adecuadas de protección respecto de tal hueco. Él tuvo que ver los tabloncillos colocados al respecto, notoriamente insuficientes como ya

se ha dicho, y pese a ello permitió que la obra continuase con tan manifiesto peligro» (FD 7). La imputación se explica mucho mejor si se atiende al hecho de que el encargado de obra «llevaba de baja en la empresa por accidente laboral» y que el trabajador «que aparece en los hechos probados como encargado de la obra (...) en realidad no ejercía como tal» (FD 8): decaída una delegación válida el delegante no procedió a su sustitución, por lo que mantuvo su deber de seguridad originario.

Cuando un empresario o uno de sus directivos encomienda una determinada tarea a un subordinado y le transmite el dominio material y personal necesario para la misma, puede reservarse, sin embargo, para sí las funciones de seguridad y el dominio necesario para las mismas o delegar aquéllas y transmitir éste a un tercero. La denegación o la revocación de la función de garantía, sin embargo, pueden ser ilícitas sin una correlativa denegación o revocación de la tarea productiva encomendada cuando la coincidencia de dominio de garantía y dominio de producción implican una unidad intrínseca de las funciones de garantía y de producción. Piénsese en supuestos de delegación global del dominio de la empresa con la única excepción de la reserva de ciertas funciones de seguridad, o de impartición de una orden expresa de realización de una prestación sin las garantías de seguridad anejas a la misma. La reserva de funciones de seguridad constituye aquí el contenido de una orden antijurídica que supone ya una vulneración del deber de garantía del delegante y que no es vinculante para el delegado, que lo es por recibir el dominio necesario y por aceptar la función productiva principal, a la que el ordenamiento anuda la función de garantía. Cuestión diferente será la consideración de que el subordinado que vulnera su deber objetivo de seguridad lo hace impulsado por un estado de necesidad, condicionado por una situación de miedo insuperable o en la creencia errónea e invencible de que no se encontraba en una posición de seguridad.

6. En relación con las reflexiones anteriores deseo plantear tres cuestiones que generan problemas de interpretación y aplicación normativas: si son delegados los miembros de los servicios de prevención y los coordinadores de seguridad; si es el contratista un delegado del contratante; y si lo dicho hasta ahora es válido no sólo para los delitos de lesiones y homicidio imprudentes, sino también para los delitos especiales y de resultado de peligro de los artículos 316 y 317 C.P.

A) En la reflexión sobre el papel de los servicios de prevención nos encontramos con el debate clásico en torno a la posición en el organigrama empresarial del técnico asesor, alimentado por la propia indefinición de su rol. Si un técnico es el que aplica diversas clases de conocimientos o aptitudes, escasas o difíciles de adquirir, al proceso de producción,

habremos de concluir que el técnico no es más que un encargado, un delegado, altamente especializado. Más matizada ha de ser la respuesta si, por el contrario, el técnico no tiene una función de aplicación, sino de asesoramiento al que la tiene. En principio el técnico asesor en materias de seguridad o en materias con una implícita dimensión de seguridad no tiene necesariamente un dominio de control de fuentes de riesgo o de protección de los trabajadores. Por ello, tampoco asume necesariamente una posición de seguridad penalmente relevante. Su misión consiste en informar al que decide, que es el que tiene el dominio y la posición de seguridad. De esta situación ha de diferenciarse la del técnico cuya misión, aparentemente de mero consejo, se revela ejecutiva en un análisis más profundo. Nos referimos a supuestos en los que el monopolio de la información y la ausencia de un control posterior de su dictamen deshacen el proceso asesoría-decisión (de «facilitación de medios») y sitúan fácticamente el dominio en manos del técnico. En estos casos, frecuentemente de difícil delimitación, el ejecutivo decide lo que el técnico informa por conveniente; esto es: delega en él, convirtiendo su acto en un acto ejecutivo. Así, por poner un ejemplo, la información del médico de empresa en materia de adecuación de los puestos de trabajo a la situación sanitaria de cada trabajador, en la medida en que corresponda específicamente a sus conocimientos especializados, no es susceptible de revisión y control por un lego, lo que la convierte en una auténtica decisión (ejecución, aplicación) en materia de seguridad.

La conclusión provisional es, pues, que los miembros de los servicios de prevención, en cuanto asesores, no son delegados de seguridad. O no lo son por el hecho de ser tales miembros. Cuestión distinta es que la empresa los convierta además en delegados de seguridad⁷. ¿Confirman esta percepción la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995) y el Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997)?

Antes de intentar responder a esta pregunta debe advertirse que el mecanismo de imputación penal depende de consideraciones materiales relativas a la asunción de deberes mediante delegación y no de una regulación de contenido laboral que sirve a otras finalidades. Esta regu-

⁷ En el ámbito del artículo 316 C.P., HORTAL IBARRA considera que «los trabajadores designados por el empresario y los técnicos en prevención se erigen en sujetos activos del delito contra la seguridad en el trabajo (...) fundamentalmente porque han asumido efectivamente el control de los riesgos laborales a través de alguna de las formas de organización de la prevención previstas en los arts. 30-32 LPRL y se han respetado, a su vez, los requisitos que, en general, han de concurrir para considerar transferida la posición de garantía o competencia originariamente atribuida al "empresario" a aquellos que la asumen mediante el correspondiente acto de delegación» (*Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 259).

lación tiende a establecer un catálogo de funciones mínimas de los servicios de prevención. En la práctica —en la práctica penal— habrá que analizar tanto si efectivamente esas funciones han sido asumidas como si las asumidas son sólo éstas y no otras añadidas. Por ejemplo: aunque a los coordinadores de seguridad en la construcción les imponga el Real Decreto 1627/1997 ciertas funciones, la relevancia penal de su incumplimiento objetivo va a depender de si las mismas fueron efectivamente aceptadas y de si a tal aceptación acompañó una correlativa dotación de dominio personal y material para hacerlas efectivas. Lo que la norma extrapenal va a procurar así es, como mucho, una contribución a la perfilación del contenido de una delegación válida.

Las dos normas fundamentales en la materia, las, ya mencionadas, Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Reglamento de los Servicios de Prevención, son ambiguas en la definición de las funciones de estos servicios. Y lo son en dos sentidos: en el carácter que tiene la relación de tales funciones y en el propio contenido de ellas. En efecto, de un lado, no parece que se dirijan a establecer un catálogo forzoso de funciones, sino más bien una relación de tareas preventivas que debe realizar la empresa y una guía de las que deberían asumir los servicios de prevención. De otro lado, el del contenido, la línea de partida de la Ley es la de que la misión de los servicios de prevención es la de «asesorar y asistir» al empresario (art. 31.2 de la Ley), aunque los configura como «el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores», lo que induce a pensar en una delegación de funciones ejecutivas. Y si a esa primera línea parecen responder las múltiples funciones de «promoción», «fomento» y «evaluación» que se consignan en los artículos 34 y siguientes del reglamento, es lo cierto que éste introduce en la definición de las funciones de los servicios de prevención términos que pueden dar a entender que desempeñan funciones ejecutivas en materia de seguridad, susceptibles de generar responsabilidad penal. Así, ya el artículo 15 habla de «realizar» (art. 15.2) actividades preventivas o de «asumirlas» (art. 15.4). Y los artículos 34 y ss. enumeran diversas funciones consistentes en «formar», «informar», «vigilar» o «controlar». Recuérdese que la formación e información son tareas propias del contenido del deber de seguridad, y que pueden ser consideradas como de facilitación de medios⁸, y que la vigilancia y el control constituyen funciones esenciales del deber de seguridad remanente

⁸ Así, TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pp. 85 y s.; HORTAL IBARRA, *op. cit.* n. 7, p. 194.

del delegante. Recuérdese también, al margen de ello, que las tareas de puro consejo o asesoramiento pueden tener un cariz ejecutivo en la medida en que se refieran a materias especializadas y que no sean susceptibles de control real por parte del ejecutivo informado⁹.

B) Menos interrogantes suscitan los coordinadores de seguridad, figura que nace y se regula (RD 1.627/1997) en el sector de la construcción y que tiende a exportarse a cualquier actividad en la que concurran varias empresas (RD 171/2004). Suscitan menos interrogantes porque en la práctica y en su configuración normativa para el sector de la construcción son no sólo asesores de seguridad, sino auténticos delegados ejecutivos que elaboran o hacen que se elabore el estudio de seguridad y salud (art. 5.1 del R.D. 1.627/1997) o el estudio básico de seguridad y salud (art. 6.1), aprueban el plan de seguridad y salud (art. 7.2), coordinan la prevención de riesgos en la toma de decisiones técnicas y de organización y en la estimación del ritmo de trabajo, y controlan el acceso a la obra (art. 9)¹⁰. Debe advertirse en todo caso que, mientras que para el sector de la construcción la norma sí adjudica tareas de seguridad —que, insisto, sólo tendrán relevancia penal si responden a una delegación correcta—, el sentido del Real Decreto del 2004 es más bien el de dirigirse a los empresarios para que, en caso de concurrencia de empresas en un mismo centro o actividad, designen un coordinador y le invistan de poder ejecutivo en materia de seguridad.

7. La responsabilidad de los contratistas y subcontratistas suscita alguna paradoja a la luz de su regulación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Según el artículo 24.3 de la primera «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». Según el artículo 42.3 de la segunda, «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

⁹ TERRADILLOS BASOCO considera que «los servicios externos asumen un amplio abanico de operaciones, entre las que algunas indudablemente consisten en la prestación de “medios”, en el sentido del art. 316 CP. No puede excluirse apriorísticamente a los responsables de los citados servicios del ámbito de los sujetos activos. Porque lo decisivo en la actuación de éstos no es su carácter de empresarios, sino el de asumir funciones originariamente atribuidas a éste, que incumplen; haciéndolo, además, de una manera específica que consiste en no facilitar medios» (*op. cit.* n. 8, p. 72).

¹⁰ En contra, NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, «La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Actualidad Penal*, núm. 40 (2001), p. 989.

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».

La extrañeza que produce esta regulación es doble. Por una parte, no se entiende muy bien por qué una empresa debe responder, no de lo que hagan sus órganos, directivos o trabajadores, sino de lo que haga otra empresa distinta y autónoma con la que lo único que le une es un contrato de prestación de servicios. Por otra parte, choca que en nuestro sistema constitucional pueda hablarse de solidaridad respecto a una sanción, que se supone sólo imponible y sólo aplicable al autor de la infracción sancionada.

La razón de esta regulación proviene de la experiencia práctica y de cómo el esquema inicialmente razonable de distribución de responsabilidades —cada empresa responde sólo de su actividad— había dado lugar a una especie de liberación y de exportación fraudulenta de la responsabilidad con la simple argucia de convertir al delegado en empresa autónoma. El legislador pretende combatir esa argucia presuponiendo que allí donde la empresa contratista trabaje en el centro de la empresa contratante y en el ámbito de la actividad propia de ésta, allí se da en realidad una delegación que obliga a la empresa contratante a vigilar el cumplimiento de los deberes de seguridad anexos a la actividad delegada y a responder si dicha vigilancia no se produce o no tiene como consecuencia la corrección de la empresa contratada. Esta corrección deberá sugerirse primero e imponerse después, a falta de relación propiamente jerárquica, con la resolución del contrato. Los límites de esta vigilancia y de esta responsabilidad estarán, más allá de los generales que demarca la racionalidad, allí donde la especialización de la empresa contratista haga inexigible un control más incisivo¹¹. La detección de los fallos de seguridad y el deber de corrección podrán surgir tanto de la actividad programada de control de la empresa contratista como del propio devenir de la actividad conjunta.

En los términos reseñados y con la cautelas advertidas, podrá tener relevancia penal ex artículos 142 y 152 CP (y también ex arts. 316 y 317 CP) la responsabilidad de quien actúe en nombre de la empresa principal respecto a una infracción de seguridad de la empresa contratista que cause una lesión o genere una situación de grave peligro. Dicho en otras palabras: si en estos supuestos se advierte *de facto* una delegación de

¹¹ Así, NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, *op. cit.* n. 10, p. 981.

funciones, y no un contrato de prestación de servicios entre entes enteramente autónomos, habrá que atender a las consecuencias de aquel mecanismo y negar la exoneración de la empresa principal por la mera realización de la contratación.

En consecuencia, no es que el ordenamiento esté permitiendo una sanción insolidaria, cosa que sería inconstitucional, sino que prevé una sanción doble si la empresa contratante incumplió su deber de vigilancia y la contratista su deber delegado de seguridad. Lo que en realidad esta regulación de las sanciones administrativas nos sugiere es que, a los efectos de imputación penal, puede constatarse una delegación de empresa a empresa: que si en los supuestos de contratación entre empresas se advierte una delegación *de facto* de funciones y no un contrato de prestación de servicios entre entes enteramente autónomos, habrá que atender a las consecuencias del mecanismo de delegación y negar la exoneración de la empresa principal por la mera realización de la contratación.

8. Las reflexiones anteriores son válidas en general como propias de la imputación de resultados a comportamientos omisivos: establecen cuándo y por qué se puede imputar un resultado de muerte o de lesiones derivados de unas condiciones laborales irregulares. En tal sentido son reflexiones acerca de la interpretación de los artículos 11 y 318 en relación con los artículos 142 y 152 del Código Penal.

La pregunta es si son válidas también para el artículo 316, que, por una parte describe específicamente la conducta típica como la no facilitación de medios¹², y, por otra, en relación expresa con el sujeto activo, se configura como un peculiar delito especial en el que la delimitación de los potenciales autores del delito se hace por remisión: serán aquellos a los que la ley obligue a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas¹³. Este rodeo debería terminar en el empresario y en sus delegados¹⁴, cosa

¹² Insiste en la incidencia de este dato en la delimitación del círculo de sujetos activos, HORTAL IBARRA (*op. cit.* n. 7, pp. 189 y ss., 254).

¹³ Sobre la consideración del delito del art. 316 como delito especial y sobre las dificultades para catalogarlo como delito de infracción de un deber, v. HORTAL IBARRA, *op. cit.* n. 7, pp. 246 y ss.

¹⁴ Así, PÉREZ ALONSO y ZUGALDÍA ESPINAR, «Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales», en AA. VV. *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid (Tecnos), 2002, p. 1528. También («el empresario y sus encargados o personal directivo»), DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Barcelona (Bosch), 2001, p. 74 y ss., aunque luego extiende el círculo a «aquellos que tengan reconocida la facultad *ex lege* de suspender el trabajo en las situaciones de riesgo inminente y grave», incluidos

que se podría haber dicho directamente¹⁵, sin las posibles lagunas que luego se reseñarán y con ganancia en precisión y en fuerza preventiva: «resulta incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos, sino también, desde una perspectiva penal los administradores y encargados del servicio a los que se refiere el artículo 318 del CP» (STS 1.233/2002, de 29.7). Veámoslo.

A) Los destinos iniciales de la remisión legal deben serlo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁶. Cuando la primera refiere obligaciones directas de seguridad hacia los trabajadores las impone al «empresario» (arts. 14 y ss.). También estatuye obligaciones para «los fabricantes, importadores o suministradores» de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo; de productos y sustancias químicas; y de elementos para la protección de los trabajadores (art. 41). La L.I.S.O.S., por su parte, establece una relación de infractores laborales en materia de prevención de riesgos laborales: los empresarios; las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las auditoras y las formativas en dicha materia; los promotores y propietarios de obra; y los trabajadores por cuenta propia (art. 5.2).

a) Tras el empresario, el segundo de los destinatarios legales de deberes de seguridad es el asesor externo de prevención. Su traslado al círculo de sujetos activos del artículo 316 ha de pasar por el tamiz de una cuidadosa reflexión. Como demuestra ya el que se excluya formalmente a los asesores internos de prevención (art. 5.2 L.I.S.O.S.), que tienen las mismas funciones que los externos, el criterio de asignación de autoría potencial no puede ser sólo formal —ha de serlo por imperativo del tipo—, sino que ha de ser también material. Habrá que pensar si existe alguna razón de peso que justifique que un deber legal de seguridad pase a ser penalmente reforzado hasta el punto de posibilitar que a su quiebra se le impute el resultado de grave peligro del tipo que analizamos. Como paradigmáticamente sucede en general en los delitos de omisión, no toda quiebra de un deber de «facilitación de medios»

«los representantes legales de los trabajadores» (pp. 76 y s). Asimismo, BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal económico*, Madrid (Ceura), 2001, p. 663.

¹⁵ En contra de la remisión, PÉREZ MANZANO, «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Relaciones Laborales*, núm 3, 1997, 296; AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, pp. 270, 276; a favor, HORTAL IBARRA, *op. cit.* n. 7, p. 249.

¹⁶ V. al respecto DE VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.* n. 14, pp. 48 y ss.; PÉREZ ALONSO y ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.* n. 14, p. 1515.

relacionado con el resultado justifica la imputación del resultado a dicha quiebra. Por poner el ejemplo más obvio: el que un trabajador tenga tales deberes de seguridad hacia sus compañeros no comporta el que su infracción, generadora de un grave peligro, deba considerarse como típica del 316 y que tenga unas consecuencias mucho más graves que una infracción equivalente en otros ámbitos de actividad —por ejemplo: en el cuidado que deben los padres a los hijos menores de edad—.

En el ámbito del artículo 316, para la consideración del miembro del servicio de prevención como sujeto activo hará falta, o bien que se sea un delegado del empresario empresa jurídica (para la facilitación de medios de seguridad), en virtud de lo que dice el artículo 318, como después se verá, o bien que se trate de un «obligado legalmente a la facilitación de medios». Sucede sin embargo que, conforme a lo ya reseñado, también en este supuesto la legitimación material de la imputación requerirá que se trate de un delegado con el correspondiente dominio sobre el proceso productivo¹⁷.

b) Los fabricantes, importadores o suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo; de productos y sustancias químicas; y de elementos para la protección de los trabajadores poseen un cierto dominio de seguridad en relación con ciertas características de estos materiales que no son susceptibles de control por parte del empresario que los incorpora a la producción. Correlativamente, en cuanto que además de dominadores son estos sujetos iniciadores de procesos de riesgo, les correspondería una función directa e inmediata de seguridad. Como su dominio es un dominio de información, su deber de seguridad estaría constituido por un deber de información.

La infracción del deber de seguridad de estos sujetos podría dar lugar a responsabilidad por un resultado de lesión. Mucho menos evidente es la de que deban formar parte del círculo de sujetos activos del artículo 316 y ser susceptibles de ser sometidos a responsabilidad penal por la generación de una situación de grave peligro. No parece que la ampliación de la intervención penal que ello supondría venga demandada ni por la equiparación a la intensa responsabilidad del empresario *ex dominio* propio, ni por la necesidad preventiva en un ámbito sometido a un importante control previo de homologación y a un segundo tamiz

¹⁷ Así, AGUADO LÓPEZ, *op. cit.* n. 15, p. 330; SERRANO PIEDECASAS, «La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Revista Penal*, núm. 10, p. 105; PÉREZ ALONSO y ZUGALDÍA ESPINAR, *op. cit.* n. 14, p. 1525. En contra, NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, quienes excluyen, respecto a los servicios de prevención ajenos, la obligación de facilitar los medios (*op. cit.* n. 10, p. 986).

por parte del empresario receptor¹⁸. De hecho la realidad confirma que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales raramente son imputables a los comportamientos de los sujetos analizados en este punto.

B) Al final nos queda el empresario. Y a él habría que añadirle, en su caso, sus delegados, a través de los citados artículos 11 y 318¹⁹. Y tales delegados serán, en virtud de la propia delegación, autores, y no otra cosa: en tal sentido lo es el arquitecto técnico y no sólo un cooperador necesario, cosa esta última que afirma la STS 1654/2001, de 26 de septiembre²⁰.

Decía «en su caso», porque el 318 se refiere sólo a los supuestos en los que la imputación inicial recaiga sobre una persona jurídica y el 11 circunscribe su área de aplicación «a los delitos que consistan en la producción de un resultado» —mientras que el artículo 316 describe la conducta típica como la «no facilitación de medios»—. El problema está, pues, en determinar si los delegados del empresario pueden ser sujetos activos del delito del 316 (y del 317), cosa que debe afirmarse en los casos en los que empresario sea una persona jurídica ex 318 pero no en los demás casos, en los que sólo será posible si tales delegados aparecen en las leyes como obligados a la seguridad. Para colmar esta laguna podemos acudir al artículo 31²¹, regulador de la responsabilidad del representante de otro que realiza una conducta típica de la que sólo

¹⁸ Así, AGUADO LÓPEZ, *op. cit.* n. 15, p. 325; NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS, *op. cit.* n. 10, p. 990.

¹⁹ No es suficiente a mi juicio con que se trate de sujetos que pertenezcan a la empresa y que «se hallan en situación idónea por su perfil profesional para evitar el peligro» (como afirma DE VICENTE MARTÍNEZ, *op. cit.* n. 14, p. 80).

²⁰ «(...) aunque no empresario, sólo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que la omisión del actual recurrente constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito» (FD 1). HORTAL IBARRA considera injustificada la atribución de responsabilidad ex art. 316 C.P. al arquitecto técnico, pues «únicamente está obligado a vigilar y supervisar el efectivo cumplimiento de las medidas de seguridad adoptadas por parte de los trabajadores (...). El arquitecto técnico, únicamente, puede responder por el delito contra la seguridad en el trabajo a título de autor en aquellos supuestos en que a) ha asumido el control efectivo de los riesgos laborales mediante el correspondiente acto de delegación por parte de quien ostenta la posición de garante originaria en relación a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, el “empresario” y b) se han respetado los dos requisitos que, en general, dotan de operatividad a este mecanismo de transferencia de competencias» (*op. cit.* n. 7, p. 286).

²¹ Así, PÉREZ MANZANO, *op. cit.* n. 15, p. 297; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico. Parte especial*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 546; B. SCHÜNEMANN, «Prevención de riesgos laborales», en AA. VV., dir. Mir Puig y Corcoy Bidasolo, *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 261.

éste puede ser autor por el modo en el que éste se describe²². Esto nos lleva, por cierto, a la constatación de la confluencia de las dos técnicas mencionadas de extensión de la imputación por derivación, tal como lo demuestra su propio enunciado y su apreciación conjunta en el artículo 318: la posición de garantía por delegación y la responsabilidad del representante. En palabras de Schünemann: «la denominada responsabilidad penal del representante no supone más que la transmisión de posiciones de garante»²³.

III. La imputación a la propia víctima

9. El balance provisional de las reflexiones anteriores es el de que el resultado del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, sea éste de lesión o de peligro, podría ser imputado al titular de la empresa o a sus delegados. Por ello, carece de justificación material²⁴, a mi juicio, el que se extienda dicha imputación a otros sujetos, como a los funcionarios públicos que deben vigilar a los garantes de seguridad. Obviamente dichos funcionarios podrán ser responsables del incumplimiento de sus tareas públicas. Y obviamente podrá el legislador considerar que dicha responsabilidad debe ser penal, como, *mutatis mutandis*, hace en el artículo 329 en los delitos contra el medio ambiente. Pero ni existen razones materiales para atribuirles como propio el resultado, ni tal cosa la permite hoy nuestro ordenamiento. Desde tal perspectiva merece censura la STS 537/2005, de 25 de abril, cuando atribuye al inspector de trabajo los resultados de muerte y de lesiones generados por unas defectuosas condiciones de trabajo (FD 2)²⁵.

Podría suceder también, sin embargo, que sobre esta imputación devenga preferente la imputación a la propia víctima del accidente o de la enfermedad, lo que de paso nos introduce en el proceloso tema del valor penal del consentimiento del trabajador afectado por las condiciones peligrosas de prestación laboral, y, en estrecha relación con él, en el

²² V. TERRADILLOS BASOCO, *op. cit.* n. 8, p. 67 y ss.

²³ *Op. cit.* n. 21, p. 261.

²⁴ Sobre tal justificación, v. LASCURAIN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid (Civitas), 2003.

²⁵ Desde la perspectiva del artículo 316, HORTAL IBARRA considera que los inspectores de trabajo no pueden ser sujetos activos del delito porque carecen del correspondiente dominio funcional y porque su función no es la de facilitar medios en el sentido que debe atribuírsele a tal expresión en el artículo 316, no comprensiva de la paralización de la actividad (*op. cit.* n. 7, p. 298).

de la existencia de un deber de seguridad del empresario de impedir las conductas imprudentes del trabajador hacia sí mismo o hacia otros.

Esta cuestión saltó de un modo vivo a la opinión pública al hilo del dictado de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 665/2003, de 2 de septiembre, por la que los acusados resultaron absueltos de un grave accidente por caída por un hueco sin protección, pero precedida de una conducta imprudente del trabajador, que perdió el equilibrio tras haberse subido a un caballete. ¿Debe responder el empresario que ordena a sus trabajadores la realización de un trabajo de altura sin el preceptivo cinturón de seguridad cuando éstos consienten esta irregularidad²⁶? ¿Debe responder si dolosa o imprudentemente tolera que el trabajador coadyuve —por ejemplo, por estar ebrio²⁷— al accidente del que es víctima²⁸? ¿Debe responder el empresario, o su delegado, por no haber impedido la imprudente autolesión del trabajador? Y por las mismas razones: ¿cede la responsabilidad del empresario o del encargado ante el accidente no provocado por la víctima pero sí provocado imprudentemente por otro trabajador?

Desde una perspectiva general podríamos estar tentados de negar tajantemente la responsabilidad penal en estos tres grupos de casos: el trabajador consiente en el riesgo para él generado por un tercero; el trabajador contribuye a su propio riesgo; el trabajador genera el curso de riesgo para sí mismo. Cabría pensar que se trata de supuestos análogos a los del que acepta ser trasladado por un conductor ebrio, o mantener relaciones sexuales con quien sabe portador del virus del sida, o consumir heroína que le dona o le vende otro. En casos como éstos la doctrina considera que no hay responsabilidad penal —por ejemplo, por muerte o lesiones— del conductor, del que transmite la enfermedad, o del que vende la droga. No habría responsabilidad penal porque ya la conducta peligrosa, pero en cualquier caso el resultado lesivo no podría serle imputado al tercero sino sólo a la víctima. A partir del principio de autorresponsabilidad el curso de riesgo determinante sería en todo caso el que desata la víctima y sólo a él cabría atribuirle el resultado como consecuencia propia del mismo²⁹.

²⁶ Véase el caso de la STS 1853/2001, de 17.10.

²⁷ Véase el caso de la STS 860/2001, de 17.5.

²⁸ En la SAP Madrid - 1.ª - 295/2002, de 18 de junio, la calificación de delito se rebaja a la de falta porque el trabajador lesionado «contribuyó eficazmente a la producción del resultado» al esperar la carga de la grúa que cayó sobre él «justo debajo de la carga».

²⁹ Sobre todo ello es fundamental la obra de CANCIO MELIÀ *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona (Bosch), 2002 (2.ª ed).

Si no me equivoco, la mayor parte de la doctrina considera que el primer grupo de casos —de mero consentimiento en el actuar arriesgado de tercero— no suscita un problema de tipicidad, de atribución de comportamientos o de resultados, sino de justificación de una conducta típica a través del consentimiento. Sea como fuere se opina mayoritariamente, creo, que el consentimiento de la víctima en una actividad arriesgada elimina la antijuridicidad de quien le causó, por ejemplo, la muerte.

10. La pregunta ahora es la de si este esquema —y con él su respuesta negativa a la pregunta por la responsabilidad del empresario o de sus delegados— resulta aplicable a los supuestos de accidentes laborales en los que el trabajador que resulta muerto, o lesionado, o puesto en peligro extremo, ha generado el riesgo, o contribuido a él, o consentido en él. A la respuesta negativa se llega por dos sendas distintas: afirmando la imputación objetiva, al negar la imputación a la víctima, y afirmando la antijuridicidad, al negar la validez del consentimiento.

La imputación preferente a la víctima se sustenta sobre dos presupuestos aquí inexistentes³⁰. El primero es el de que la víctima se autoorganiza, actúa en un ámbito propio, se conduce en el ejercicio normal de su libertad. El segundo presupuesto, convergente con el del consentimiento como causa de justificación, es el de que, además, la víctima reúne las condiciones esenciales de conocimiento y voluntad para autoorganizarse, y en ese sentido no constituye un mero instrumento de otro, del que le pone en peligro.

Ambos presupuestos faltarán en principio en el ámbito de las relaciones laborales. El primero, porque el trabajador que actúa en el ejercicio de su prestación laboral no se autoorganiza, sino que ayuda a otro a organizarse: trabaja por cuenta ajena y bajo dirección ajena. Lo que hace es más asunto de otro que suyo y por ello precisamente el ordenamiento configura en ese otro una posición de seguridad para preservarle a él de los riesgos que se derivan de la actividad productiva y para preservar a otros de los riesgos que genere el trabajador.

El segundo presupuesto faltará también normalmente, y su ausencia servirá tanto para negar ya la imputación objetiva del resultado a la víctima como para, si no se acepta este esquema de análisis, negar la validez del consentimiento como causa de justificación. Así, lo habitual será que el consentimiento aparente del trabajador no sea válido por defectos de conocimiento y defectos de voluntad. Los primeros consistirán en

³⁰ COBO DEL ROSAL y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES añaden el de la indisponibilidad de los bienes en juego («Responsabilidad penal por accidentes laborales», en *Economist & Jurist*, núm. 62, 2004, abril, p. 68).

el desconocimiento del ciclo completo de producción y en la engañosa evaluación de los riesgos de quien está familiarizado con ellos³¹. Los defectos de voluntad provendrán de la limitada capacidad de reclamación a la empresa de unas medidas de seguridad que pueden ser gravosas por su coste de implantación o por la ralentización del ritmo de trabajo que pueda provocar su uso³². Como afirma la STS 1.188/1999, de 14 de julio, «el hecho de que se trabaje en determinadas condiciones no implica (...) que quienes lo lleven a cabo no prevean los riesgos que corren y que muchas veces se ven obligados a asumir, por diversas razones»³³.

11. Así pues, en conclusión, frente al principio de autorresponsabilidad, que comportaría que los responsables de seguridad de una empresa no responden por las imprudencias de un trabajador frente a sí mismo, debe pasarse a la presunción no irrefragable de que ni el trabajador actúa en un ámbito de organización propio, ni su consentimiento en su propio riesgo es válido. Consecuencia de ello es la de que forma parte del deber del empresario y de sus delegados el de impedir con los medios razonables a su alcance que el trabajador realice su prestación de modo peligroso para sí mismo. Cualquier otra estrategia jurídica conduciría a un importante aumento de la siniestralidad laboral, pues quien necesita imperiosamente trabajar asumiría riesgos para sí sin el contrapeso que supone la posibilidad de sancionar a los responsables de la empresa para la que trabaja y a la que tales riesgos potencialmente benefician.

La responsabilidad del empresario y de sus delegados volverá a decaer si resulta que en la situación concreta el trabajador actuaba con plena autonomía y con suficiente conocimiento y voluntad. Ello sucederá, por supuesto, en los casos de dolo —por ejemplo, el trabajador se suicida—, pero también en los casos en los que el trabajador actúe en

³¹ Así, CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA, «Protección penal de los accidentes laborales», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 71, 2004, p. 57.

³² Así, COBO DEL ROSAL y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *op. cit.* n. 30, p. 69; CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA, *op. cit.* n. 31, p. 58.

³³ En la misma línea se manifiesta la STS 18.10.00 o la STS 11.10.01: «Tampoco constituye un argumento válido el que la víctima pudo negarse a realizar su trabajo en tan precarias condiciones, cuando, según narra la sentencia, el encargado o patrón se hallaba presente y fue quien le ordenó la realización de los trabajos, lo que significa que le es muy difícil exigir al subordinado la desobediencia de esas órdenes». Respecto al defectuoso conocimiento valga el siguiente ejemplo: «(...) sin que a ello sea óbice la posible infracción de la norma de cuidado por el trabajador al usar guantes de lana mientras trabajaba en el torno, que determinó el atrapamiento de su brazo derecho por la máquina, pues dicho suceso no era previsible para quien, por falta de adecuada formación, no tenía los conocimientos precisos para desempeñar trabajos propios de un profesional de oficio» (AAP Barcelona - 6.ª - 17.1.00).

la empresa, mas para asuntos propios. Más dudas ofrecen los supuestos en los que el accidente de trabajo o la situación de grave peligro se producen en el ámbito laboral y en una actuación para la empresa, pero por una iniciativa imprudente del trabajador³⁴. En estos casos, siguiendo el esquema teórico apuntado, no debe negarse la imputación del resultado a la conducta del empresario o de su delegado por la imputación preferente a la víctima —no hay autoorganización—, pero sí es probable que concurra como causa de exclusión de la imputación el mantenimiento del curso de riesgo en el margen de lo permitido: la observancia del deber objetivo de cuidado si la formación, los medios y la vigilancia fueron los adecuados³⁵. Piénsese en el caso de la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de julio de 2002, en el que «(l)a actuación del trabajador permite negar la atribución del resultado de muerte a la eventual conducta negligente que pudiese existir por parte» de los acusados: un trabajador murió «al resultar aprisionado por una pinza paletizadora, cuando se hallaba en el interior del recinto vallado de la cadena de producción retirando adoquines que habían caído. (...) El trabajo del fallecido consistía en controlar los adoquines que pasaban por una cinta transportadora con el fin de sustituir los que no se encontrasen en buen estado. Los correctos entraban por la valla cerrada, denominada jaula, para ser empaquetados por una máquina denominada pulpo. A pesar de estar vallado el recinto por donde se producía la función de paletizar, quedaba un pequeño hueco entre la valla y la cinta portadora por el que, a pesar de estar prohibido, entraba algún trabajador a retirar los adoquines caídos. La Sentencia recurrida afirma que esta costumbre era habitual en la empresa y tolerada por la dirección. Como

³⁴ CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA, señalan, en su detallado estudio de la cuestión, que «cuando el trabajador tenga formación suficiente, tenga a su disposición las medidas de seguridad requeridas, se le advierta suficientemente de los riesgos y de su deber de adoptar las medidas de seguridad..., si pese a ello incumple las medidas asume un riesgo que, en principio, sólo a él le es imputable. No obstante (...) esa "autopuesta en peligro del trabajador" no siempre exime de responsabilidad al empresario» pues puede concurrir con ella un riesgo creado por el mismo y al que también le cabe imputar el resultado (*op. cit.* n. 31, p. 66).

³⁵ Es interesante el supuesto de la STS 927/2001, de 22.5: «el propio lesionado fue quien puso en funcionamiento la máquina, sin que fuere preciso ello para la reparación, en un encomiable ánimo de auxiliar al electricista que ni lo precisaba ni le solicitó su colaboración». También el de la STS 242/2003, de 7.11: «(e)l desatascó al que procedieron o que intentaron, con el resultado del accidente, excedía de su cometido laboral y procedieron al mismo sin ponerlo en conocimiento de sus superiores, sin avisar del problema acaecido». El artículo 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales señala que «(l)a efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador».

quiera que el trabajador entró por ese hueco y, no funcionando los mecanismos de paro automático de la cadena de producción, fue atrapado por el pulpo muriendo en el acto» (FD 2)³⁶.

IV. Conclusiones

12. A) En la introducción a este artículo exponía que el descenso de la siniestralidad laboral no depende fundamentalmente del Derecho Penal, aunque el Derecho Penal puede contribuir al mismo de un modo importante. Forma parte de tal contribución, si quiere ser justa y eficaz, la adecuada imputación de los resultados de los accidentes de trabajo.

B) Esta imputación recae en principio sobre el titular de la empresa y se extiende hacia abajo mediante delegación, en el bien entendido de que el delegante no se libera de su deber, sino que lo transforma en un deber de vigilancia y corrección, y de que no hay delegación sin aceptación del delegado y sin traslación de dominio. De ello, y no de lo que digan las normas extrapenales, depende que exista un deber relevante de seguridad en los miembros del servicio de prevención —en principio, meros asesores— y en los coordinadores de seguridad —en principio, delegados de seguridad—. También puede darse tal deber en los contratistas si la realidad de los hechos muestra que tras el contrato subyace una delegación de funciones y no un contrato de prestación de servicios entre entes enteramente autónomos.

El empresario y sus delegados son también los potenciales sujetos activos de los delitos especiales y de peligro de los artículos 316 y 317 C.P. A esta conclusión se llega tras acudir al destino de la remisión del tipo —la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social— y tras la posterior aplicación de los arts. 11, 31 y 318 C.P.

C) Esta imputación podría quedar eliminada por una imputación preferente a la víctima, cosa que se antoja hartamente excepcional en el ámbito laboral en el que el trabajador no se autoorganiza, sino que ayuda a

³⁶ El ATS 2382/2001, de 6 de noviembre, aborda en casación un supuesto en el que la víctima, «sin tener en cuenta dos instrucciones elementales de manipulación de los bidones que conocía perfectamente, cuales eran la de no abrirlo a soplete sin antes aperturar el tapón de seguridad mecánicamente y la de no abrir la tapa colocándose frente a la misma, procedió a intentar eliminar directamente la tapa que se encontraba incrustada a presión, con un soplete oxicorte, sin proceder antes a quitar el tapón a rosca existente en el bidón y colocándose en posición frontal a la susodicha tapa» (FD 2).

otro a organizarse, y en el que su decisión quedará muy probablemente viciada por defectos de información o de voluntad. También podrá quedar eliminada la imputación del empresario o de su delegado, aunque también esto se revela excepcional, no porque se impute el resultado a la víctima, sino porque el accidente debido a una iniciativa gravemente imprudente del trabajador revele que ellos observaron su deber objetivo de seguridad.

Siniestralidad laboral: una perspectiva sobre algunas cuestiones de la tutela jurídica en caso de accidente de trabajo

Enrique Lillo Pérez

Abogado Gabinete Jurídico de CC.OO.

I. Introducción

Desde el punto de vista sindical existe una insuficiencia del contenido de la negociación colectiva para hacer frente a los problemas suscitados con ocasión de los innumerables accidentes de trabajo existentes, muchos de ellos mortales.

El coste económico y la responsabilidad empresarial legalmente establecida dado el deber jurídico de cuidado, vigilancia y estricta observancia de todas las medidas, las legal y reglamentariamente previstas, incluso las necesarias aunque no estén tipificadas, contribuye sin duda, a que el contenido de los convenios no haya abordado con la extensión adecuada esta problemática.

En efecto, las cláusulas de convenio como siempre tienen que respetar el carácter mínimo de derecho necesario e indisponible por las partes en cuanto a prohibición de recorte de garantías legales para los trabajadores, influyen de manera decisiva en la ausencia de cláusulas que por ser de mejora de la protección de los trabajadores implica un coste económico adicional o una responsabilidad adicional para la empresa.

De ahí por tanto que siempre resulte imprescindible y totalmente necesaria la intervención normativa a través de la ley laboral, del reglamento laboral e incluso de las denominadas normas jurídicas de seguridad industrial o técnicas.

Desde el punto de vista penal surgen problemas derivados de la lentitud y dilación en la instrucción del proceso y de la falta de coordinación entre procedimiento administrativo sancionador que queda suspendido cuando se abren diligencias penales y la instrucción penal a través del Juzgado correspondiente.

El sistema existente en la actualidad de suspensión del procedimiento administrativo sancionador por aplicación del denominado *non bis in idem*

previsto en la Ley de Infracciones y Sanciones, debería revisarse dado que en el proceso penal la acción acusatoria o imputación se dirige a personas físicas como representantes legales de las empresas o administradores de hecho o de derecho, directivos, personal técnico muy cualificado que toma decisiones, arquitectos, aparejadores, responsables de seguridad laboral, etc., en tanto que el procedimiento sancionador se dirige ante una persona jurídica, Sociedad Anónima o Sociedad Limitada y, por lo tanto, no concurre el presupuesto de doble sanción ante la misma persona.

Esta posibilidad o compatibilidad de ambos procedimientos, administrativo y penal, es la línea de algunas sentencias del Tribunal Constitucional como la 158/85 de 26 de noviembre y la 2/03 de 16 de enero que rectifica en gran medida la 177/99.

Por ello en la reforma normativa imprescindible que debe abordarse, debe tener como elemento integrante la reforma de los artículos correspondientes del Real Decreto Legislativo 5/2000 sobre Texto Refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social para establecer esta incompatibilidad dado que la actual situación de paralización del expediente administrativo implica muchas veces la paralización de todo dada la carga de trabajo que pesa sobre los Juzgados de Instrucción y fomenta, por tanto, la impunidad empresarial, dado que el coste económico para la empresa por haber incumplido las normas de prevención se dilata muchísimo o se convierte en inefectivo por la paralización del procedimiento administrativo y la demora y dilación en la instrucción judicial penal además de la problemática planteada por la insuficiente coordinación, en la práctica, entre uno y otro procedimiento y entre los mecanismos administrativos y judiciales.

Desde el punto de vista de la tutela penal de la siniestralidad laboral habría que tener en cuenta en bastantes ocasiones el problema del aseguramiento de la prueba cuando ocurre un accidente de trabajo mortal e incluso la necesidad de realizar grabaciones por parte de la policía del lugar de trabajo y de las circunstancias del accidente.

Más aun es fundamental que el contenido de las actas de infracción e informe del Inspector de Trabajo se dé cuenta con más detalle de los hechos y circunstancias concurrentes y se identifiquen en las mismas los testigos presenciales y los gestores y responsables de la empresa a efectos de la declaración lo mas rápida posible ante el Juez instructor.

Ha de tenerse en cuenta que la veracidad del testigo presencial depende en gran medida de su espontaneidad y de la proximidad de su declaración ante los hechos acaecidos. Una demora en la declaración judicial ante el juez instructor debido a la acumulación de asuntos que existen en los Juzgados hace que la espontaneidad se diluya y que aumente la vulnerabilidad del trabajador testigo presencial ante las presiones de la empresa.

Esta vulnerabilidad aumenta si se tiene en cuenta que cuando tiempo después se señala el acto de juicio oral de imputación penal contra el empresario o directivo el compañero de trabajo fallecido o accidentado ya no trabaja en él y el daño que se ocasionó es irreparable e irreversible.

En estas circunstancias que son las habituales hay que dudar de la propia credibilidad del testigo compañero de trabajo en el acto de juicio oral que por su propia condición de dependiente, es susceptible a la presión empresarial.

Los propios artículos 367.3 y 377.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan la circunstancia de testigo dependiente como sospechosa y constitutiva de pérdida de imparcialidad y objetividad de manera que la distancia entre la fecha en que ocurrió el accidente y la celebración del juicio oral penal permite que hechos que fueron graves sean dulcificados alterando la realidad de los mismos y favoreciendo la posición empresarial del administrador, directivo o responsable imputado. Máxime si tenemos en cuenta que con el paso del tiempo los propios recuerdos se difuminan.

Por ello es fundamental que existan otros medios de prueba como el contenido del acta de infracción y los atestados policiales inmediatos.

En relación con los medios de prueba resultaría importante la modificación de la ley 54/03 de manera que los funcionarios técnicos en prevención de riesgos laborales en Comunidades Autónomas deben tener también competencia para extender acta de infracción con presunción legal de certeza y con la misma eficacia jurídica que los Inspectores de Trabajo generalista integrados en el cuerpo nacional o estatal.

En lo relativo a los atestados policiales su contenido debe ser exhaustivo y detallado, acompañando croquis o reportajes fotográficos o filmográficos y con informes técnicos y periciales que se hayan producido.

En esta línea cabe citar la importancia de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en sentencia entre otras 137/97 de 14 de octubre en donde se analiza el valor probatorio del atestado policial que debe ser reiterado y ratificado en el acto de juicio oral y que siempre tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías, etc.

En esta línea merece la pena también citar favorablemente el contenido del Convenio suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y la Comunidad Autónoma de Asturias para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad de los trabajadores, y la ejecución real de las sentencias condenatorias.

No obstante como en lo relativo a la tutela penal hay más ponencia en estas Jornadas mi intervención hará hincapié en otros aspectos rela-

cionados con la necesidad de una reforma legal a través de la denominada Ley Integral contra la siniestralidad laboral.

II. Reforma normativa y clarificación de la situación de confusión actual

La estrategia de prevención de los riesgos laborales tienen un origen evidentemente normativo de obligaciones fijadas por leyes y disposiciones legales o, en ocasiones, convenios y que incumben fundamentalmente al propio empresario como titular de la facultad de dirección y organización del trabajo.

Ahora bien en la realidad social y económica el problema principal planteado consiste en que como todas las decisiones empresariales se adoptan en función del cálculo del coste económico, el coste que implica la adopción de las medidas de prevención es superior al coste que podría originarse en el caso de producirse el accidente de trabajo y surgir la responsabilidad empresarial en relación con las consecuencias jurídicas y sociales del mismo.

Es decir que el coste económico que implica el cumplimiento por parte del empresario de su obligación legal de prevención (cuyo contenido es la adopción de todas las medidas y precauciones previstas en disposiciones reglamentarias, y además aquellas otras no tipificadas legalmente pero que resultan necesarias para garantizar el resultado de ausencia de ninguna fuente o circunstancia de riesgo para el trabajo en la empresa) es muy superior al coste de resarcimiento en cuanto a responsabilidad indemnizatoria civil que en su caso pueda tener el empresario o de abono o pago de las sanciones administrativas, dimanantes de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo.

Esta aseveración exige que la lucha por la implantación y observancia de todas las medidas de prevención en la empresa, aquellas que legalmente están previstas en reglamentos o en diversos instrumentos jurídicos y aquellas que no están previstas pero que son necesarias para garantizar el resultado de ausencia de riesgo, tiene como componente inexcusable la lucha por la exigencia de responsabilidad al empresario y a los administradores de derecho y de hecho en la empresa, para que el coste económico de esta responsabilidad sea el suficiente como para disuadir al empresario de eludir el cumplimiento de sus obligaciones de prevención.

Por ello es necesario superar de una parte la actual confusión normativa existente y además resulta imprescindible suprimir los criterios jurídicos que se reflejan en muchas resoluciones judiciales, cuyo contenido implica una impunidad absoluta y una ausencia de responsabilidad

del empresario y, por lo tanto, una incitación al incumplimiento de las obligaciones de prevención para ahorrarse el coste económico que éstas tienen e incrementar así el beneficio de la empresa.

En la actual situación normativa se produce una deseable socialización de los costes, puesto que las prestaciones públicas de invalidez o de viudedad y de fallecimiento del trabajador accidentado, son reparadas y financiadas con fondos públicos, como elemento indispensable en un estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, estas prestaciones públicas de Seguridad Social, financiadas solidariamente por el conjunto de empresarios y trabajadores es perfectamente independiente y por ello compatible con la responsabilidad penal, administrativa y civil que siempre debe exigirse al empresario infractor.

Por ello, el actual esquema legal de partida debe mantenerse frente a los embates y ataques que en la actualidad se están produciendo simbolizados de manera paradigmática hoy en el denominado «Informe Duran II» que pretende sustituir las prestaciones públicas por el seguro privado.

De ahí el recordatorio permanente de los artículos 123 y 127 y concordantes de la Ley General de la Seguridad Social y 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en donde se establece claramente esta compatibilidad e independencia entre responsabilidades de diferente naturaleza y ámbito.

La exigencia por tanto de responsabilidad civil en el sentido de pago de toda indemnización debida y suficiente a la víctima del accidente de trabajo o a sus herederos o familiares, en cuanto a reparación de todos sus daños materiales, patrimoniales incluso morales ocasionados, por parte del empresario es trascendental y resulta imprescindible como un componente incluso de una estrategia de prevención adecuada.

Las dificultades actualmente existentes para esta reparación íntegra total y suficiente implica la invitación a la impunidad y al ahorro económico de las medidas de prevención.

Igualmente la exigencia de responsabilidad administrativa mediante multas y sanciones efectivas por incumplir las obligaciones preventivas es imprescindible y las dificultades actualmente existentes para la exigencia efectiva de esta responsabilidad constituyen también invitación a la impunidad y al ahorro económico del coste de las medidas de prevención.

Lo mismo ocurre con la responsabilidad penal para el caso de que la actuación empresarial o de sus representantes y directores en la empresa o de los que están obligados a adoptar las medidas de prevención, incurran en actuaciones imprudentes o de delito de riesgo.

Nuevamente las dificultades existentes impiden que existan medidas efectivas que disuadan al empresario del incumplimiento de sus obligaciones preventivas.

Entre estas dificultades hay unas que tienen su origen en una jurisprudencia inadecuada, como es la producida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en cuanto a que en la cuantificación y determinación de la responsabilidad civil del empresario debe descontarse el importe de lo percibido por prestaciones públicas de Seguridad Social.

Por ello, sería conveniente una reforma legal que clarificase completamente que las prestaciones públicas al no estar financiadas por el empresario exclusivamente, sino ser solidarias no puede descontarse del importe de la responsabilidad civil, en su vertiente de daños patrimoniales y económicos, por tener una naturaleza y causa distinta, dado que una cosa es el derecho subjetivo a prestaciones ante los entes estatales de Seguridad Social cuando se reúne los requisitos legalmente establecidos, y otra cosa completamente distinta es el derecho a ser resarcido y compensado en la totalidad de los daños patrimoniales y económicos originados por la conducta negligente del empresario que no adoptó las medidas a que estaba obligado y que hubieran evitado un acontecimiento siempre previsible como es un accidente de trabajo.

Esta responsabilidad civil contraída por quien ocasiona un daño a otro en virtud de su propio descuido, negligencia o pasividad en la adopción de medidas que estaba obligado jurídicamente a adoptar está prevista con carácter general en el propio Código Civil artículo 1101 responsabilidad contractual y 1902 y 1903 responsabilidad extracontractual.

Esta regla que incluso hoy en día se aplica con mucha frecuencia con ocasión de accidentes de tráfico y de la siniestralidad masiva también al igual que la laboral que los vehículos de motor ocasionan extrañamente no se aplica en la proporción adecuada a los accidentes de trabajo, porque existe una inadmisibles jurisprudencia social que mezcla el derecho a la prestación pública que todo accidentado tiene, sea originado por el tráfico, o sea originado por el trabajo, con la responsabilidad civil del autor del daño o de quien le es imputable una causa relevante en la producción de ese daño.

Esta jurisprudencia de la Sala de lo Social viene originada por una cierta confusión normativa, dado que todavía nuestra legislación, el seguro de accidentes de trabajo, que se canaliza a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social y fundamentalmente y cada día más a través de las Mutuas, tiene una configuración legal de seguro de responsabilidad empresarial y por subrogación de estas entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social.

Por ello es necesario la reforma normativa, de manera que las prestaciones públicas derivadas de accidentes de trabajo no tenga su origen y causa en una responsabilidad objetiva empresarial que debe sustanciarse a través de la responsabilidad civil, sino en la propia decisión legisla-

tiva de proteger estados de necesidad como característica básica de un estado social y de derecho.

Por ello es conveniente que se adoptara una ley integral de siniestralidad laboral en donde se clarificara este punto y se refundiera la normativa dispersa y con cierta confusión que actualmente existe en cuanto a la prevención y responsabilidad derivada de los accidentes laborales, cuya importancia y trascendencia social es hoy similar a los accidentes de tráfico o los propios de violencia doméstica.

Esta ley integral cuya necesidad ha sido enunciada con mucho acierto por el actual Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, debería contemplar también la atribución jurisdiccional de toda la materia de prevención y responsabilidad, salvo en lo referido a la penal, a la jurisdicción social, como orden judicial natural en lo relativo a contenido, consecuencias y materias propias de la rama social del derecho o de las relaciones laborales y las cuestiones conexas con éstas.

Por ello, la revisión judicial de las sanciones administrativas al menos de las derivadas por infracciones en materia de salud laboral, deben ser enjuiciadas por Juzgados de lo Social y no por el orden contencioso administrativo.

Esta necesidad se acrecienta si tenemos en cuenta que el contenido de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo es un elemento capital y vital en la exigencia de toda clase de responsabilidad, incluida la civil, porque la misma con su presunción legal de certeza acredita la negligencia y la propia infracción del empresario.

Resulta por ello incompatible con la seguridad jurídica que la posible revocación de la sanción administrativa y, por tanto, del acta origen de la misma emitida por la Inspección de Trabajo, tenga un efecto perjudicial para el trabajador que en muchas ocasiones no se ha constituido como parte en el procedimiento administrativo previo ni tampoco en el posterior procedimiento judicial.

Uno de los ejemplos más gráficos es el relativo al recargo de prestaciones, éste tiene su origen en un acta de infracción o informe de la Inspección de Trabajo y en una posterior resolución administrativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Pues bien al anularse judicialmente el acta de infracción se produce la desaparición de la responsabilidad que el empresario tiene en cuanto a abonar el recargo de prestaciones por haber infringido las normas de prevención de riesgos y, por tanto, haber causado una situación prevista en las disposiciones de Seguridad Social, como de necesidad del trabajador para ser beneficiario de prestaciones sea de incapacidad temporal, sea de invalidez en algunos de sus grados, o de las derivadas de fallecimiento.

Es imprescindible por tanto la participación de la víctima o de sus herederos en el procedimiento administrativo al que se incorpora el acta de infracción y la posterior resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social y es imprescindible por tanto la audiencia en el proceso judicial que se entable con la empresa para fiscalizar la legalidad o no del acta de infracción y de la subsiguiente sanción administrativa.

Por ello y como el trabajador tiene justicia gratuita en el orden social, pero no en el contencioso administrativo, y por razones sistemáticas y de funcionamiento racional y armónico del sistema y evitar la dispersión y peregrinaje entre diversas jurisdicciones, lo lógico es que esta revisión judicial se atribuya al orden laboral.

De manera que la demanda empresarial de revocación de la sanción administrativa y del acta de infracción previa deba ser dirigida necesariamente también contra el trabajador que sufrió el acto o hecho constitutivo de infracción.

Igualmente la exigencia de responsabilidades indemnizatorias al empresario, al margen, distintas y además compatibles, con las prestaciones públicas debe ser residenciada en el orden jurisdiccional social, evitando la actual dispersión existente entre éste y el orden civil, clarificando en aras a la seguridad jurídica este ámbito de competencia judicial.

Ciertamente el orden civil parece por lo menos en la Sala del Tribunal Supremo más sensible a imponer a los empresarios responsabilidades económicas por sus descuidos o negligencia en la adopción de medidas de prevención que el orden social, dado que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil no aplica a diferencia de la Sala de lo Social el ahorro económico que para el empresario le supone el descuento en el importe indemnizatorio de las prestaciones públicas que son pagadas entre todos y no por él, ni a sus expensas.

Ahora bien en la citada ley se debe necesariamente clarificar esta compatibilidad e independencia entre responsabilidad civil y derecho a prestaciones públicas y atribuir la competencia al orden social que es el verdadero juez natural de todas las cuestiones que afectan a la rama social del derecho y en donde la víctima del accidente o sus herederos tienen beneficio de justicia gratuita y, por lo tanto, no existen los obstáculos procesales reales que se producen en los otros órdenes jurisdiccionales para litigar y reclamar los derechos

En esta ley de protección integral o de ley integral de siniestralidad laboral habría que clarificar el alcance de la responsabilidad empresarial cuando existen diversas contratadas y subcontratadas encadenadas y cuando son varias empresas concurrentes las que están prestando sus servicios en un mismo centro de trabajo.

En la situación actual y como expresión de las obligaciones instrumentales derivadas de la responsabilidad solidaria prevista para la empresa principal de la contrata debe señalarse que ésta ha de pedir a sus contratistas que, antes del inicio de la actividad le acrediten por escrito: que han realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva en relación a las obras o servicios contratados y que han cumplido sus obligaciones en materia de formación e información de sus trabajadores que vayan a acudir al centro de trabajo de la principal.

Cuando hay subcontratación en cadena la contratista exigirá estas acreditaciones a sus subcontratistas y así facilitarlas posteriormente a la empresa principal.

Además de todo lo anterior la empresa principal deberá comprobar que las empresas concurrentes contratistas y subcontratistas han establecido los necesarios medios de comunicación entre ellas.

Se plantea con frecuencia definir cuál es el contenido de la propia actividad para poder establecer la responsabilidad solidaria o el alcance de la responsabilidad de la empresa principal.

Existen diversos pronunciamientos judiciales que han definido el contenido de esta propia actividad.

Así entre otros, es propia actividad:

- Empresa de distribución de electricidad que contrata con otra la laboral de reparación de las líneas (sentencia Tribunal Supremo 18 de abril de 1992).
- Organismo público que utiliza los servicios de una empresa privada para la limpieza de sus locales (sentencia Tribunal Supremo 4 de abril de 1993).
- Ayuntamiento que contrata al exterior el servicio de ayuda a domicilio (sentencia Tribunal Supremo 15 de julio de 1996).
- Renfe contrata al exterior los trabajos de recepción de las mercancías en origen (sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de noviembre de 1998).
- Promotora de viviendas que contrata su construcción (sentencia Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de diciembre de 1997).

No es propia actividad:

- Centro de enseñanza que contrata servicio de vigilancia.

Existe por tanto bastante inseguridad jurídica sobre el alcance de la responsabilidad de la empresa principal por incumplimientos de la norma o del deber general de prevención imputable a contratistas o subcontratistas.

Igualmente existe también una inseguridad jurídica en cuanto a definir el alcance de la responsabilidad del titular del centro de trabajo a que se refiere el artículo 24 y concordantes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Esta deficiente regulación y las interpretaciones que se están dando sobre el alcance de responsabilidad de la empresa principal y de la responsabilidad del titular del centro y contenido de los deberes de coordinación o de información, junto con la realidad económica creciente de concurrencia cada día mayor de muchas empresas distintas en un mismo centro o lugar físico de trabajo, necesita que por ley se establezca con claridad un mecanismo de responsabilidad solidaria o en algunos casos y cuando menos responsabilidad subsidiaria, máxime si tenemos en cuenta que la inmensa mayoría de nuestro país son empresas pequeñas.

Igualmente hay que tener en cuenta la ineffectividad de muchas de las sanciones administrativas que tras superar un dificultoso procedimiento y terminar con la imposición de la sanción o multa, ésta no se cobra dada la desaparición permanente de diversas sociedades y la reanudación de la actividad a través de otras sociedades distintas previamente constituidas, sin que exista un mecanismo de información ágil que permita identificar esta sucesión empresarial real por transferencia de clientelas, de actividades y de proveedores, con lo cual la sanción no se cobra.

Por ello resulta imprescindible establecer la responsabilidad personal y con su propio patrimonio de los administradores de hecho y de derecho o de las personas físicas que adoptan las decisiones empresariales, en los casos de desaparición de sociedades infractoras de la obligación de prevención de riesgos laborales.

Para ello o bien se establece un mecanismo de derivación de responsabilidad en el seno de un procedimiento administrativo con revisión ante el órgano jurisdiccional social o se establece la posibilidad de demanda por parte de la propia Administración Laboral y con legitimación también por parte de los sindicatos o representantes de los trabajadores para plantear la responsabilidad personal económica ante el orden jurisdiccional social de estos administradores o personas físicas decisorias.

III. Falta de coordinación entre las diversas instituciones públicas intervinientes en los procedimientos administrativos y penales que pueden ser originados por accidentes de trabajo

Debe destacarse la importancia que tiene que en el momento inicial del accidente de trabajo exista una coordinación entre todos los intervinientes, tanto en el diagnóstico o asistencia sanitaria inmediata, como

en la investigación de las circunstancias concurrentes que han dado lugar al accidente de trabajo (servicio sanitario, policía judicial, inspección de trabajo, fiscalía).

Con carácter general debe señalarse que todo accidente que dé lugar a baja en el trabajo debe ser investigado, de manera que la Inspección de Trabajo debe intervenir no sólo para los accidentes graves o mortales con carácter inmediato, esto implica un aumento de los efectivos humanos de la Inspección de Trabajo, para la adecuada investigación de los accidentes y exige estudiar la reorganización interna de los servicios de Inspección.

En esta misma línea de mejora de la coordinación hay que hacer hincapié en otras propuestas que al igual que las anteriormente enunciadas están descritas en el foro creado por el Consejo General del Poder Judicial para la mejor prevención de accidentes de trabajo.

Así la referida a que la actuación de la Inspección de Trabajo en el accidente de trabajo tiene que expresarse en un informe obligatorio e inmediato, que debe obedecer a un modelo —protocolo—. Este informe debería tener, además de la garantía de la actuación coordinada con el Ministerio Fiscal, la garantía jurídica del Inspector y la técnica del Técnico de la Comunidad Autónoma. Además en este informe se debe recoger:

1. El papel del titular del centro de trabajo;
2. el papel del Servicio de Prevención;
3. el papel del empresario directo del trabajador si es empresa contratista;
4. el papel del encargado.

En esta misma línea hay que tener en cuenta que el Ministerio Fiscal debe de recabar de la Autoridad Laboral (y ésta remitir de oficio) los expedientes administrativos que supongan las máximas sanciones, una vez que se ha concluido el expediente sancionador y antes de que la Autoridad Laboral se pronuncie sobre la sanción administrativa que proceda. Esto para evitar la vulneración del principio *non bis in idem*. No obstante la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 2/2003, de 16 de enero, marca un cambio de rumbo afirmando sobre el alcance del principio *no bis in idem* lo siguiente: «La prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características, se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal. No prohíbe el doble «reproche afflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos

con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto. Cambio de doctrina frente a la que consideraba que la mera declaración de la sanción infringía el derecho fundamental en el caso de la errónea actuación administrativa que no suspende el expediente administrativo sancionador sobre el que se han iniciado diligencias penales. La sentencia penal que descuenta la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir no supone una vulneración del derecho fundamental al no haberse producido una duplicación de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. En cuanto a la concurrencia normativa de disposiciones penales y administrativas: la Administración no puede imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa y sólo la sanción penal es realmente aplicable». Por todo ello desestima el amparo.

IV. Recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad: efectos en el procedimiento para la declaración de responsabilidad de la demora en la resolución

Se plantean diversas cuestiones en relación con el procedimiento para el reconocimiento del recargo en las prestaciones de Seguridad Social, como consecuencia de la omisión de medidas de seguridad, al amparo del artículo 123 de la LGSS.

A) El ámbito del recargo: Todo tipo de prestaciones económicas que tengan su causa en el accidente de trabajo o enfermedad profesional

Se cuestiona en primer lugar si cabe en la misma reclamación incluir el recargo para la prestación de Incapacidad Temporal, y que derivaría posteriormente en una Indemnización por baremo derivada de lesión no invalidante, o de una Incapacidad Permanente Parcial.

Sobre esta base, hemos de señalar que el artículo 123 de la LGSS, y desarrolla el artículo 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1996, reconocen la competencia de los Directores Provinciales del INSS para declarar la responsabilidad empresarial que proceda y el porcentaje en que hayan de incrementarse las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la lesión se produzca en los términos a que alude el artículo 123.1 LGSS.

De esta forma, el derecho al recargo sobre las prestaciones económicas constituye una declaración que corresponderá dictar al INSS, o en su caso, por el Juzgado de lo Social, afectará a todas las prestaciones

que deriven o traigan su causa del accidente de trabajo. Por tanto, se trata de una declaración que puede afectar a la totalidad de las prestaciones causadas por el accidente de trabajo, pues lo que se valora no es tanto el derecho a las prestaciones, como el grado de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que ha contribuido a la generación del accidente laboral, y por tanto, implica una declaración de responsabilidad que se extiende, como literalmente dice el artículo 123.1 LGGS, a «todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional».

Por tanto, no vemos ningún obstáculo para que la reclamación que en concreto se formule, se tenga que limitar a reconocer el derecho al recargo en relación con una concreta prestación, sino que puede y debe comprender el derecho al recargo sobre todas las prestaciones que pueda causar el trabajador a su favor, con tal de que cumplan los dos requisitos establecidos por la Ley: que sean de contenido económico, y que se deriven del accidente de trabajo.

B) La posibilidad de formular demanda judicial, antes de que se hubiera dictado resolución expresa

Se plantea igualmente, desde diversas perspectivas, la posibilidad de que se ejercite una acción judicial a fin de reconocer el derecho al recargo con anterioridad a que se hubiera dictado la resolución por el Director Provincial del INSS, reconociendo o denegando el derecho a dicho recargo, a fin de evitar que pueda operar la caducidad del procedimiento.

Sobre esta base, la regulación que ofrece el artículo 14 de la Orden de 18 de enero de 1996, se refiere al plazo para resolver el procedimiento regulado en la propia Orden, con lo que incluye al procedimiento para la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, el cual viene regulado en la propia Orden. Dicha norma establece dicho plazo en 135 días, computados según la forma en que se hubiera iniciado el expediente: a) Si se ha iniciado de oficio, a partir de la fecha del acuerdo de iniciación, y b) Si se ha iniciado a instancia de parte, a partir de la recepción de la solicitud en la Dirección Provincial del INSS.

Junto a ello, el núm. 3 del artículo 14 de la Orden regula los efectos que tiene la falta de resolución del expediente cuando se hubiera iniciado a solicitud del interesado, ante lo cual, dice que «la solicitud podrá entenderse desestimada, en cuyo caso el interesado podrá ejercitar las acciones que le confiere el artículo 71 LPL, sin perjuicio de la obligación de resolver».

Por tanto, no hay duda de que el interesado no tiene que esperar a que se dicte resolución expresa a los efectos de poder formular la reclamación previa y el ejercicio de la acción judicial correspondiente. El artículo 14.3 de la Orden de 18-01-96 establece los efectos del silencio administrativo, y posibilita que una vez transcurrido el plazo de 135 días desde que se formuló la solicitud, se pueda considerar desestimada a los efectos de poder reclamar en vía judicial, mediante la formulación de la reclamación previa correspondiente en el plazo de treinta días desde que deba entenderse producido el silencio administrativo.

En los casos en los que el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el artículo 71.3 LPL admite la posibilidad de que el interesado solicite directamente a la Entidad correspondiente que se dicte dicha resolución, teniendo esta solicitud valor de reclamación previa, por lo que se articula igualmente una vía para reclamar contra la demora en la resolución en los procedimientos iniciados de oficio. En los procedimientos de oficio, con carácter general no se establece un plazo concreto para formular la solicitud de resolución, y el artículo 14.3 de la Orden sólo se refiere a la desestimación por silencio de la solicitud realizada por el interesado, pero no del procedimiento iniciado de oficio. En todo caso, lo que sí tiene plazo de resolución es la reclamación previa, o la solicitud de resolución que tiene el valor de aquella, y que el artículo 71.4 LPL fija en 45 días, transcurridos los cuales se entiende desestimada.

En conclusión, entendemos que resulta posible, e incluso necesario, iniciar el proceso judicial a pesar de que no se hubiera dictado la resolución del Director Provincial del INSS, reconociendo o denegando el derecho al recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, una vez que ha transcurrido el plazo de 135 días de duración de dicho procedimiento, y sin que se hubiera acordado la ampliación de dicho plazo según el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, según reconoce el artículo 14.2 de la Orden de 18-01-96. En modo alguno es necesario, para formular reclamación previa y posterior demanda judicial, el esperar a que se disponga de una resolución expresa, que puede no dictarse nunca, o incluso dictarse una vez que el procedimiento ha caducado.

C) *La caducidad del procedimiento*

La caducidad de los procedimientos administrativos se produce:

- a) En los iniciados a instancia del interesado, cuando el procedimiento se paralice por causa imputable al mismo. En tal caso, según el artículo 92.1 de la Ley 30/1992, «la Administración le advertirá

que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado». No siempre la inactividad del interesado justifica la caducidad, pues según el número 2 de dicho artículo: «No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite».

- b) En los procedimientos iniciados de oficio, la caducidad se produce cuando vence el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa. Sin embargo, esto sólo opera en los casos en que se trate de procedimientos «en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen» —art. 44.2 de la Ley 30/1992—. Por el contrario, en los procedimientos en los que se pudieran derivar el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, el transcurso del plazo genera silencio administrativo negativo —art. 44.1 Ley 30/1992—.

Los efectos de la caducidad son los siguientes:

- Se pone fin al procedimiento, y se ordena el archivo de las actuaciones —art. 44.2 Ley 30/1992—.
- El procedimiento que se ha tramitado no tiene efectos para interrumpir el plazo de prescripción al que se sujeta la decisión administrativa —art. 92.3 de la Ley 30/1992—.
- No obstante, la caducidad no supone la extinción de las acciones, o como dice el artículo 92.3, «La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración,...», por lo que es posible iniciar un nuevo procedimiento para el reconocimiento del derecho de que se trate.

Haciendo aplicación de estas consideraciones al procedimiento para el reconocimiento del recargo por omisión de medidas de seguridad, en los casos en que ha transcurrido el plazo máximo para resolver —135 días— sin haberse dictado resolución expresa, y sin que se hubiera acordado la ampliación del plazo, podemos decir lo siguiente:

- No debe operar la caducidad del expediente, pues no estamos, simplemente, ante un procedimiento donde se ejercitan potes-

tades sancionadoras, o que producen efectos desfavorables o de gravamen. El motivo para que no opere la caducidad del expediente es que el recargo de prestaciones es una institución jurídica cuyo contenido implica un reconocimiento de un derecho a los trabajadores o beneficiarios y por lo tanto no tiene una naturaleza jurídica de mera sanción administrativa contra la empresa y por lo tanto no es de aplicación el artículo 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común. Con lo cual, de conformidad con el artículo 44.1 de este texto legal, el trabajador o beneficiario transcurridos el plazo antes mencionado y descrito de 135 días desde que se formuló la solicitud puede entender desestimada administrativamente su pretensión de derecho a cobrar el recargo de prestaciones por silencio administrativo negativo a efectos de poder interponer la demanda judicial pero el transcurso del plazo no puede implicar la caducidad del expediente sancionador a que se refiere el artículo 44.2 de la ley antes citada.

- No obstante es cierto que en la actualidad existe doctrina judicial de suplicación que en mi opinión incorrectamente aplica el artículo 44.2 y declara la caducidad de expedientes de recargo de prestaciones que se iniciaron de oficio, se suspendieron también de oficio por la apertura de diligencia penales, se reanudaron también ante la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo de no paralización del expediente de recargo por las diligencias penales y judicialmente se ha declarado la caducidad del expediente administrativo por el transcurso del tiempo en que debió resolverse.
- Ahora bien, dicha caducidad sólo operaría, en su caso, que en mi opinión no debe operar puesto que estamos en el artículo 44.1 y no en el artículo 44.2, en los casos en que la iniciación se hubiera llevado a cabo de oficio, pero no para los casos en que se hubiera iniciado a instancia de parte interesada, en cuyo supuesto los efectos en la falta de resolución dentro del plazo no son la caducidad, sino simplemente considerar la solicitud desestimada, a los efectos de promover la correspondiente reclamación previa y reclamación judicial.
- No obstante, si a pesar de todo ha operado la caducidad administrativa del expediente, ello no impide que se pueda promover otro expediente a instancia de parte interesada, para el reconocimiento del recargo por omisión de medidas de seguridad, pues la caducidad no equivale a la prescripción del derecho al reconocimiento del recargo, que mantiene su plazo de prescripción de 5 años—.

La única particularidad es que el expediente caducado no tiene efectos para interrumpir la prescripción. Cita a tal efecto PURCAYLLA BONILLA «Caducidad de expediente administrativo de recargo de prestaciones. Comentario a la STSJ Cataluña de 3 de marzo de 2004 (AS 2004/1848)» en *Aranzadi Social*, núm. 11/2004, el criterio seguido por las SSTSJ Andalucía/Málaga, de 5-03-2004 (AS 953), Sevilla de 3-07-2003 (JUR 2004/139130) y STSJ Madrid de 12-12-2002 (JUR 2003/110931).

D) *Los efectos de la falta de firmeza del acta de infracción, a efectos del procedimiento de recargo por omisión de medidas de seguridad*

La vinculación estrecha que hay entre la imposición del recargo por omisión de medidas de seguridad y la imposición de una sanción por esa misma omisión plantea la cuestión de hasta qué punto es necesario, previamente a la resolución del expediente en materia de responsabilidad empresarial por recargo, que la resolución administrativa que constata los incumplimientos empresariales y concluye en la imposición de la sanción sea firme.

Pues bien, lo cierto es que en ningún precepto legal se establece, con carácter general, que el procedimiento para fijar el recargo tenga que demorarse a la conclusión del procedimiento de sanción, ni que sea requisito necesario para fijar aquél recargo el que hubiera alcanzado firmeza la resolución sancionadora.

La única norma que establece la paralización del procedimiento de recargo es el artículo 16.2, párrafo segundo, de la Orden de 18-01-1996, en los casos en los que se tramite un procedimiento judicial por la vía penal por los mismos hechos, en cuyo caso se suspenderá el expediente en este solo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme. Pero dicha previsión no es aplicada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al considerar que carece de cobertura legal suficiente dicha norma para fijar la paralización del expediente —SSTS 17-05-2004 y 8-10-2004—. Interpreta el TS que la paralización a que se refiere el artículo 3.2 del RDL 5/2000, sobre infracciones y sanciones del Orden Social, sólo se refiere al procedimiento sancionador, pero no al que tiene por objeto la fijación del recargo en las prestaciones a cargo de la empresa.

Ahora bien, el artículo 14 de la Orden de 18-01-1996 contempla un supuesto de ampliación del plazo de 135 días para resolver el expediente. En su apartado número 2 se dice que «*podrá acordarse la ampliación del plazo, de conformidad con el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26*

de noviembre, cuando por el número de solicitudes formuladas o por otras circunstancias que expresamente se determinen en el acuerdo de ampliación no se pueda cumplir razonablemente el plazo previsto en el apartado anterior». Se trata de una remisión normativa inexacta, pues el artículo 42.2 no contempla la ampliación del plazo. El precepto correlativo es el número 6 del artículo 42, que admite la ampliación del plazo, como máximo, al establecido para la resolución del procedimiento, es decir, de otros 135 días.

Esta regulación plantea, además, el problema relativo a la aplicabilidad de las causas de suspensión del plazo para resolver que establece el artículo 42.5 de la Ley 30/1992. En particular, el apartado c) de dicho precepto establece que «c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses». La aplicación de dicha causa de suspensión podría amparar la suspensión del expediente de recargo hasta la resolución del expediente sancionador, o al menos, hasta que se libre informe de la Inspección constatando el incumplimiento de las medidas de seguridad. Ahora bien, esta causa de suspensión no opera de oficio en todos los casos, sino que el INSS la tendrá que acordar y notificar a los interesados, y sólo puede demorarse, como máximo, durante tres meses, por lo que si transcurren sin haberse emitido el informe o resuelto el otro expediente, se reanuda el plazo para resolver sobre el recargo.

Es posible, por tanto, que se tramiten los dos procedimientos: El sancionador y el de recargo, y que concluyan en una valoración diferente de la existencia de infracción de medidas de seguridad, sin que haya ninguna norma de coordinación de dichos procedimientos, máxime cuando la impugnación judicial de las resoluciones administrativas corresponde a Órdenes distintos, como es el Social y el Contencioso-Administrativo.

Lo que sí existe es una norma que establece la prevalencia de lo acordado en la Sentencia del Orden Contencioso, relativa a los hechos constatados y probados que vinculan al Orden Social en lo que se refiere al recargo de la prestación económica de Seguridad Social —art. 42.5 del RDL 5/2000, TRLISOS—, aunque ello no se traduce, tampoco, en la suspensión del proceso social por dicha causa.

Todo este tipo de problemática abona la necesidad de la reforma normativa a través de una ley integral contra la siniestralidad laboral o de protección de los trabajadores de los riesgos laborales.

V. La reforma legal debe establecer con claridad y precisión la competencia del orden social para todas las reclamaciones e impugnaciones relativas a prevención de riesgos laborales ya sean reclamaciones de indemnización de daños por responsabilidad civil ya sean impugnaciones de actas de infracción y de sanciones administrativas excluido lógicamente lo relativo a la responsabilidad penal

Es doctrina más que consolidada la referente a que en realidad lo que determina la competencia judicial no es la naturaleza de la responsabilidad exigida sino las normas en que la misma se justifica y, en el caso que nos ocupa, al traer su causa en falta de medidas de seguridad tiene su base lógicamente en normas de carácter laboral que, de suyo, han de ser traídas a conocimiento de los tribunales del orden social. Así se pronunció ya en su día el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8575) que entendió que «dicha acción (de responsabilidad extracontractual con amparo en el artículo 1902 del Código Civil), al igual que las demás reclamaciones normales derivadas de accidente de trabajo, tienen su origen en un mismo hecho causante, es decir, un accidente de trabajo sufrido por el trabajador en ejecución del contrato de trabajo, si esto es así, es indudable que estamos ante un conflicto individual dimanante de aquél, surgido como consecuencia de la relación de trabajo y, por tanto, por imperativo del artículo 1.1. Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563), competencia de la jurisdicción social». Para el Alto Tribunal «es irrelevante que la responsabilidad pueda calificarse como extracontractual o como contractual —cuando el hecho determinante del daño surge dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial— siendo lo decisivo que el daño se impute a un incumplimiento laboral o no civil» (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1992 RJ 1992, 6438 y 3 de mayo de 1995 RJ 1995, 6853).

No obstante, resultan criticables algunas resoluciones judiciales del orden social, donde el significado que atribuyen al requisito de culpabilidad es erróneo, puesto que lo equiparan prácticamente con una intencionalidad subjetiva del empresario, incluso dolosa, olvidándose incluso de que la culpa civil debe ser interpretada en cuanto a negligencia o conducta defectuosa de cumplimiento de la obligación inferior en grado e intensidad, a la que genera responsabilidad administrativa.

Por ello, hay que tener presente que en algunas de las sentencias del orden contencioso administrativo la culpa del empresario infractor de la norma laboral o reglamentaria, normalmente, se equipara al mero desconocimiento de las obligaciones legalmente establecidas. Como razona

la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2003 la culpabilidad puede venir, tanto de la falta de diligencia en el conocimiento, como de la falta de diligencia en el comportamiento acorde con el elemento cognoscitivo, sin que pueda alegarse el desconocimiento de las obligaciones de prevención a que está sometido el empresario (sentencia Tribunal Supremo Sala Tercera de 20 de mayo de 1997, RJ 4199). Lo que ha permitido afirmar que la culpabilidad se da, prácticamente, por supuesta, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra Sala de lo Contencioso Administrativo de 2 de julio de 2004 JUR 275571.

Lo anterior no excluye que se pruebe la inexistencia de culpa, pero deberá ser el que alegue esa falta de culpabilidad quien lo pruebe (sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso Administrativo de 23 de enero de 1998 RJ 601), a cuyo efecto, además debe tenerse en cuenta la presunción de certeza de que gozan las actas de la Inspección de Trabajo en relación con los hechos personalmente comprobados por el Inspector actuante, que se aplica sin dudas por los órganos judiciales (por todas, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso Administrativo de 26 de enero de 2002 RJ 7330 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja Sala de lo Contencioso Administrativo de 5 de abril de 2004 JUR 200621 y Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 16 de marzo de 2004 JUR 238486).

En consecuencia la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre exigencia de culpabilidad para el éxito de la reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad civil del empresario, no puede configurar un requisito procesal que en ocasiones equivale a prueba diabólica sobre el cumplimiento de este requisito, ni puede implicar un concepto de culpabilidad equiparable al dolo o intencionalidad subjetiva que son presupuestos típicos de la culpabilidad penal.

Además esta rigurosa exigencia de culpabilidad en estos términos erróneos no sólo contraviene el artículo 1101 del Código Civil que integra la culpa leve o descuido negligente por omisión o pasividad en el cumplimiento de deberes de prevención, sino que implica una concepción jurídica sobre el alcance de la obligación contractual de prevención delimitado por los artículos 14 y 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales totalmente errónea y que favorece de manera desmedida al empresario infractor, puesto que contribuye a su impunidad o inmunidad.

Por ello, es pertinente recordar que, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1998 (RA 3070) afirma: «La culpa o negligencia no se elimina aun cuando exista cumplimiento puntual de

prevención legales o reglamentarias según la técnica impone, si a pesar de todo ello, resultan insuficientes para la evitación de riesgo, lo que presupone la exigencia de agotamiento de la diligencia».

Hay una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 12 de diciembre de 2002, Rec. 4299/2002, sentencia 1606/02, en donde se establece que el contenido de las obligaciones preventivas no deriva de la mera aplicación de normas reglamentarias donde las mismas puedan estar previstas, sino de un criterio de necesidad de su adopción para proteger la seguridad y salud de los trabajadores, en función de que el sistema de gestión preventiva a partir de la identificación y evaluación de los riesgos ponga de manifiesto tal necesidad.

De esta manera la definición de la obligación preventiva se aproxima a la establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 22 de abril de 1987 (RJ 1987/2723): «Si bien el artículo 1902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para evitar el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio RJ 1985/3308, y 1 de octubre de 1985 RJ 1985/4566, 24 RJ 1986/329, y 31 de enero de 1986 RJ 1986/444) no siendo suficiente para la inexistencia de culpa acreditar que se procedió con sujeción a las disposiciones legales que, al no haber ofrecido resultado positivo, revelan su insuficiencia y la falta de algo por prevenir, estando por tanto, incompleta la diligencia (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1981 RJ 1981/530, y 3 de diciembre de 1983 RJ 1983/2670. En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Supremo Sala Primera de 1 de octubre de 2003.

El segundo elemento de interés de esta sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, antes descrita, y de la que ha sido Ponente el Ilmo Sr. López Parada, es que declara que en el caso de las obras de construcción el promotor puede ser responsable solidario del pago del recargo de prestaciones, analizando el concepto de empresario infractor, para lo cual es preciso que se pueda imputar al mismo un incumplimiento de la normativa de prevención (esencialmente del Real Decreto 1627/1997). A estos efectos también hay que subrayar que los incumplimientos preventivos de la dirección técnica y los coordinadores de seguridad y salud son imputables al promotor, que es quien contrata a esos coordinadores y de quien éstos dependen contractualmente.

En esta misma línea y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y con idéntico Ponente debe citarse la sentencia de 4 de julio de 2003 Rec. 195/2003, Sentencia n.º 958/2003. En ella se fija el siguiente criterio que la falta de evaluación de riesgos impide apreciar la posible concurrencia de caso fortuito. La obligación del empresario es proporcionar una protección eficaz de forma que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su artículo 14.2 está exigiendo al empresario no sólo las garantías de seguridad posible, la razonablemente practicable, sino también la aplicable en cada caso, que incluso ha de prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador (art. 15.4). El estándar que ha de tomarse como patrón de la conducta exigible al empresario no es el de un ciudadano ordinario, sino que viene determinado en un grado mayor por la Ley de Prevención, de forma que supone tanto un elemento intelectual, es decir, conocer los riesgos que el proceso productivo entraña y los medios para evitarlos, como el volitivo que implica la puesta en práctica de dichos medios, Esa obligación de conocimiento de los riesgos que es lo que permite a continuación establecer las medidas correctoras de aplicación, de forma que el incumplimiento del deber de evaluar los riesgos constituye al empresario en responsable de los daños productivos, puesto que la eventual imprevisibilidad de un determinado riesgo puede valorarse una vez que se ha encomendado a los técnicos especializados la detección y evaluación de los riesgos existentes, pero no si no se ha tenido esta diligencia mínima exigible.

Por ello, la aplicación correcta de lo relativo a la responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo consiste en entender que existe un deber contractual de máxima diligencia por parte del empresario superior a la diligencia específica consistente en dar cumplimiento a las normas reglamentarias y administrativas estrictamente aplicables y en consecuencia cuando exista una acción u omisión generadora de un daño indemnizable, ésta debe reputarse o presumirse inicialmente como culposa a no ser que el agente empresarial causante del daño acredite haber procedido con toda la diligencia debida, según las circunstancias de tiempo y lugar. Para exonerar la responsabilidad empresarial el empresario debe demostrar que adoptó todas las medidas y disposiciones tendentes a prever los daños y evitarlos y que si éste se ha producido ha sido por un factor completamente ajeno, como sería el caso fortuito o exclusivamente por la conducta imprudente temeraria de la propia víctima, conforme establecen los artículos 14.2 y 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En cualquier caso, dada la regulación legal de la prevención de riesgos laborales amplia y rigurosa y la obligación empresarial de adoptar

numerosas medidas y conductas preventivas a fin de evitar o reducir tales riesgos, lo normal es que una vez que se ha producido un accidente de trabajo aparezca siempre o casi siempre un incumplimiento empresarial culposo por su propia naturaleza, en cuando descuido negligente en el cumplimiento y que este incumplimiento empresarial se convierta automáticamente en factor de causación adecuada del daño producido.

Por ello se ha sostenido con fundamento que aun cuando la obligación empresarial de prevención y de evitación de riesgos constituya una deuda de actividad, en la práctica el rigor intenso del conjunto de ley, reglamentos y diversos instrumentos jurídicos de prevención de los riesgos laborales, convierte esta regla de actividad en una deuda de resultados, en el sentido de evitar la existencia de accidentes de trabajo en la empresa (ver «Responsabilidad Civil o Patrimonial derivada de accidentes de trabajo, clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente», GIL SUÁREZ, Actualidad Laboral n.º 10, 2.ª quincena mayo 2005, p. 1135).

En consecuencia la reforma normativa hacia la prevención integral de accidentes de trabajo debe clarificar que la responsabilidad civil nace inmediatamente del mero incumplimiento de la obligación preventiva por parte de la empresa, puesto que es este descuido y, por tanto, infracción de su deber jurídico de garantía que impone el artículo 14.2 el que automáticamente actúa como causa adecuada para la producción del accidente si éste acaece, salvo que se acredite el cumplimiento del contenido amplio e intenso del deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y que, por tanto, se deduzca racional y lógicamente que la causa adecuada es el caso fortuito o la imprudencia temeraria del trabajador víctima del accidente.

La actual concepción sobre culpabilidad civil que inspira muchas resoluciones judiciales del orden social, implica la exigencia probatoria de una culpabilidad más exigente en ocasiones que la denominada imputación objetiva seguida incluso por la Sala de lo Penal o Militar del propio Tribunal Supremo, donde se establece el nexo causal entre el incumplimiento del agente que interviene y el daño acaecido en virtud de diversos criterios no excluyentes, entre otros el de causalidad adecuada y relevancia de la conducta del agente, que genera un aumento de riesgo.

De otra parte, en la citada responsabilidad civil pueden incurrir otras personas físicas o jurídicas distintas a la del empresario, como sería el caso de la entidad que realiza la prestación de servicio de prevención ajeno o de profesionales arquitectos, aparejadores u otros titulares con obligaciones profesionales y contractuales de prevención.

En estos casos, para evitar la fragmentación de la contienda de la causa y en virtud de los propios criterios de atribución de competencia al orden social, dado la existencia de un incumplimiento de norma laboral

como la causa petendi, (art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y el carácter de legislación laboral de la normativa de prevención según afirma la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, debe conocer el orden social de la jurisdicción de estas demandas de indemnización de daños y perjuicios en que la pretensión se dirige solidariamente contra la empresa, la entidad que presta el servicio de prevención ajeno, la entidad aseguradora de la responsabilidad civil de este servicio de prevención ajeno (dado la exigencia obligatoria de estas pólizas de seguro para los servicios de prevención según el artículo 32 del Reglamento).

Esta competencia judicial laboral para este tipo de reclamaciones está establecida en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia País Vasco de 27 de abril de 2004 AS 2873/2004 y sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 2002 AS 2394 y sentencia del Juzgado de lo Social de Badajoz n.º 2 de 23 de junio de 2003, Ref. AS 3428.

Con este mismo razonamiento y doctrina es competente la jurisdicción social para conocer esta clase de pretensiones donde hay una pluralidad de demandados solidarios y resulta de aplicación, por tanto, la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta de atribución competencial, contenida en muchísimas sentencias como la de 20 de junio de 2000. RJ 7639 y la precedente que cita en su Fundamento de Derecho Tercero 2 de febrero de 1998 RJ 3250, 10 de diciembre de 1988 RJ 10501 y 17 de febrero de 1999 RJ 2598.

Ciertamente la aplicación actual por parte de muchas resoluciones judiciales del orden social del alcance de la responsabilidad civil empresarial y de la exigencia de culpa del empresario no se ajusta al contenido de los deberes contractuales de prevención que establece la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y muchos reglamentos y normas complementarias, favoreciendo de esta manera múltiples prácticas empresariales y perjudicando los intereses de los trabajadores.

El n.º 2 del artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales impone «el deber empresarial de garantizar la seguridad y la salud de sus trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo». El deber del empresario no consiste en adoptar unas medidas determinadas y previamente tipificadas en una norma, sino garantizar un resultado, la indemnidad del trabajador a su servicio frente a los riesgos derivados en el trabajo.

Las medidas concretas prescritas en normas reglamentarias u otros instrumentos jurídicos son por supuesto obligatorias (art. 14.3 de la Ley), pero sólo constituyen un mínimo de derecho necesario. Para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores «El empresario realizará la

prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias (art. 14.2 de la Ley). Con la normativa por tanto, no se trata de determinar qué es obligatorio hacer, sino qué es necesario hacer, puesto que lo necesario se convierte en obligatorio, incluso aunque las concretas medidas preventivas no estén prescritas en ninguna norma. Por lo tanto, si en la empresa resulta preciso adoptar cualquier clase de medida para proteger la salud frente a riesgos no previstos en la norma, la adopción de la medida es jurídicamente obligatoria aunque no esté previamente prescrita.

Por ello la empresa debe disponer de la organización preventiva propia o de un servicio de prevención ajeno concertado o en las grandes empresas el servicio propio obligatorio.

Con esta organización el empresario se dota de los medios necesarios, incluido el personal con cualificación suficiente y a través de esta organización debe proceder a identificar los riesgos con la finalidad de que éstos sean eliminados y evaluando los que no sean susceptibles de eliminación (conforme a la metodología aceptadas, según artículo 5.3 del Real Decreto 39/97 de Servicios de Prevención).

De ahí, por tanto, que la obligación general de seguridad integre la adopción de medidas de toda clase que eviten o reduzcan el riesgo, aun cuando no estén previamente tipificadas en un reglamento, si bien como ya se ha dicho la intensidad, el rigor y la pluralidad de normas reglamentarias implica que el incumplimiento de las prescripciones normativas existan en muchos casos, lo cual debía implicar automáticamente, si se producen daños económicos y personales de tipo moral o extrapatrimonial psíquico, de dolor, sufrimiento, humillación, etc., la existencia de una responsabilidad indemnizatoria por parte del empresario, dado el nexo de causalidad adecuada existente entre el incumplimiento de una norma prescrita y el resultado dañoso, con lesiones de bienes económicos y morales o extrapatrimoniales de diversa naturaleza.

También se plantean problemas procesales en torno a la determinación del importe indemnizatorio por la interpretación de la doctrina judicial sobre compensación de culpas cuando se entiende que el trabajador ha incurrido en conducta culposa y no ha tenido el cuidado personal en adoptar las medidas de prevención adecuadas.

Sobre este extremo hay que señalar que resulta inadmisibles jurídicamente el contenido de algunas resoluciones de alguna Sala de lo Social, en donde se rechaza la existencia de recargo de prestaciones, por entender que hay culpa del trabajador, al no haber denunciado previamente la inexistencia de medios de prevención, o no haberse quejado previamente ante la empresa, o no haber requerido el suministro de estos medios.

Evidentemente estas actuaciones del trabajador constituyen un derecho si es que lo ejercita, pero no una obligación jurídicamente exigible, por lo tanto, resulta especialmente llamativo que este tipo de sentencias de una Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia dictada para denegar el recargo de prestaciones a favor del trabajador no matice esta cuestión elemental y convierta un derecho en una obligación incumplida por el trabajador a título de culpa, lo cual es totalmente incompatible además con la propia naturaleza de la relación laboral, con la desigualdad existente en la misma, y con la propia atribución legal al empresario de la facultad de dirección, de organización, de vigilancia, de dar órdenes, y de ejercer el poder disciplinario y con la inexistencia del trabajador del deber u obligación contractual, desobedecer la orden, o la instrucción, o la organización, o de incumplir con su prestación de trabajo. El derecho de resistencia que en algunos casos el trabajador pueda ejercitar no se convierte en una obligación jurídicamente exigible y menos para ser utilizada como coartada para dejar impune e inmune el incumplimiento empresarial de sus deberes de seguridad laboral.

Ahora bien la doctrina judicial de compensación de culpas, tiene normalmente un contenido más matizado que el contenido claramente ilegal de las sentencias antes descritas.

En efecto, ocurre con frecuencia que además de la infracción del deber jurídico de garantía y de cuidados por parte del empresario, ocurre un cierto descuido por parte del trabajador en el acaecimiento del accidente y en la producción del daño al trabajador.

Ahora bien, para que opere la compensación de culpas el único ámbito en que cabe, que no es el de responsabilidad penal ni administrativa, salvo para la determinación del porcentaje, pero no para su exoneración a la empresa, sino para la determinación del importe indemnizatorio, hay que tener en cuenta la doctrina dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en múltiples ocasiones que ha venido a señalar que para apreciar la compensación de culpa, las conductas de ambos agentes han de manifestarse con la misma virtualidad causativa, teniendo en cuenta la mayor o menor eficacia de la intervención de cada uno en la producción del evento dañoso.

Si ambas conductas se manifiestan con la misma potencia o virtualidad causativa, habrá lugar a imputar como imprudentes las dos, si bien adecuando el grado de la culpa a la mayor o menor eficacia de la intervención de cada uno, con la repercusión de tal valoración en el *quantum* de la responsabilidad civil.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1992 A. 1554, viniendo a declarar que:

«... en cuanto a la alegada compensación de culpas, es doctrina de esta Sala que las culpas a compensar han de ser de la misma entidad y de idéntica virtualidad jurídica y que aunque esta cuestión es revisable en casación en sus aspectos cualitativos y cuantitativos, ello presupone que se haya aplicado la compensación de culpas, en el presente caso no se ha aplicado por la Sala sentenciadora la compensación de culpas ya que por la misma no se ha apreciado conducta culposa alguna atribuible a la víctima, requisito este inexcusable para la aplicación de esa compensación».

Siguiendo la misma doctrina la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1998 AR. 2883 Sala de lo Civil, vino a señalar la inexistencia de concurrencia de culpas y compensación de responsabilidades en un supuesto en el que tras percatarse el dueño de una finca que un camión había cortado un cable de alta tensión y éste había caído cerca de su coche, salió corriendo para retirar el vehículo, sin advertir la existencia de la otra parte del cable que colgaba junto al poste, sufriendo una descarga eléctrica al pisarlo a consecuencia de la que falleció, viniendo a señalar que:

«... por la presión o gravedad de lo acontecido en el día y lugar de autos, la inevitabilidad o inexcusabilidad de la acción realizada por el fallecido tan próxima a un estado de necesidad, demuestran su distanciamiento o ajeneidad en el hecho dañoso, amén de fortalecerse esa afirmación con la irrefutable acusación de negligencia que se realiza por la Sala sobre la imprevisión de la Compañía Eléctrica condenada, al no haber introducido como elemental dispositivo de seguridad, entre otros, el mecanismo de corte automático de la corriente eléctrica tras la incidencia o accidente producido por el conductor propietario del camión ...»

A la vista de la anterior doctrina, la contribución del trabajador accidentado a la producción del evento dañoso sólo podrá tomarse en consideración para minorar la cuantía de la indemnización derivada del accidente en aquellos supuestos en los que la actitud imprudente del mismo tenga la suficiente entidad, esto es, sea de igual naturaleza y de la misma virtualidad jurídica, que la negligencia empresarial.

En otras palabras, para apreciar la concurrencia de culpas habrá de tenerse presente la influencia de la actuación descuidada del trabajador en comparación con la negligencia empresarial de tal forma que, en los supuestos de concurrencia de más de una conducta culposa, habrá de procederse a una individualización y valoración de las mismas a fin de determinar si todas han tenido la misma intensidad en la producción del resultado, una de ellas ha sido simplemente favorecedora

o una de ellas es la causa adecuada y eficiente productora del resultado dañoso.

Una vez descrita la situación actual de respuesta legal y jurídica inadecuada a la alarmante realidad de la siniestralidad laboral, se pasa a describir alguno de los problemas procesales que están dificultando la tutela y defensa jurídica de los trabajadores, en los diversos campos administrativos y judiciales en que ésta debe actuar.

Hay que tener en cuenta que para la actuación eficaz en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales resulta imprescindible una correcta actuación administrativa previa, fundamentalmente en el sistema de Inspección de Trabajo por la importancia trascendental de las actas de infracción no sólo para desencadenar el procedimiento administrativo sancionador, sino por la presunción legal de certeza que tienen los hechos comprobados por el Inspector e incorporados al acta (art. 53.2 del texto refundido sobre infracciones y sanciones Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto).

El contenido de este acta de infracción y los informes propuestas de la propia Inspección de Trabajo ante las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social en lo relativo al procedimiento para el recargo de prestaciones con ocasión de prestaciones causadas por accidente de trabajo son fuentes de prueba trascendentales e instrumentos procesales muchas veces imprescindibles para la actuación del trabajador en el orden contencioso administrativo y en el judicial penal y ocasionalmente en el orden social o civil, aunque en estos órdenes que contemplan pretensiones procesales de naturaleza privada no resulten imprescindibles.

Igualmente para el orden jurisdiccional penal resulta importante el contenido del atestado policial, puesto que un atestado bien documentado con descripción de hechos, circunstancias, que incorpore croquis, fotografías, tomadas inmediatamente después de ocurrir un accidente de trabajo, incluso hechos comprobados por el policía actuante y literalidad de declaraciones de testigos presenciales, puede constituir una fuente de prueba, si es ratificado en el acto de juicio oral y sometido a contradicción para la propia persecución penal de los delitos y faltas cometidos por empresarios o sus delegados o responsables que normalmente consisten en conductas de omisión.

Esta correcta actuación administrativa, por tanto, está conectada sin lugar a dudas con la necesidad de superar dificultades procesales que pueden producirse en la tutela y defensa de los intereses de los trabajadores y del propio interés colectivo general de los asalariados anudado a la vigencia de una salud laboral y evitación de riesgos laborales en todas las empresas.

Hay que tener en cuenta que la represión administrativa, la penal, el recargo de prestaciones, junto con costes económicos suficientes y proporcionados para la reparación tienen sin lugar a dudas un efecto disuasorio y de prevención y, por lo tanto, de inducción a las empresas para el cumplimiento íntegro de sus obligaciones preventivas.

VI. Necesidad de que en una nueva reforma normativa se mantenga la distinción nítida y clara que existe en la actualidad entre procedimiento administrativo de sanción por infracción de normas sociales, en este caso relativas a la prevención de riesgos laborales y el procedimiento de recargo de prestaciones previsto en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, dada la función disuasoria y, por lo tanto, el efecto favorable a la prevención y al cumplimiento de obligaciones empresariales que tiene el recargo de prestaciones. Necesidad también de mantener la responsabilidad en materia de recargo y administrativas por faltas y sanciones de otros sujetos empresariales que no sean titulares de la relación laboral y que infrinjan por acción u omisión las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de convenios en materia de salud laboral, conforme al art. 5.2 del TRLISOS

Ciertamente existe una indudable vinculación entre acta de infracción que desencadena el procedimiento administrativo sancionador y el informe propuesta de la Inspección de Trabajo que pone en marcha un procedimiento administrativo diferente con órganos administrativos distintos (en este caso el Instituto Nacional de la Seguridad Social y no la Administración con potestad sancionadora), el procedimiento de recargo de prestaciones para ser abonado por la empresa en virtud de su omisión de medidas de seguridad y es muy conveniente que esta legitimación del trabajador afectado o del representante colectivo para intervenir como interesado a efectos de procedimiento administrativo o como parte procesal se produzca en un único orden jurisdiccional en este caso laboral.

En efecto la vinculación existente entre ambas actuaciones administrativas, inspira sin lugar a dudas el artículo 42.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000 sobre texto refundido de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y ha dado lugar a la importante sentencia del Tribunal Constitucional acerca del recargo de prestaciones, la 158/85 de 26 de noviembre.

En esta sentencia se establece con toda claridad la diferenciación nítida y clara entre procedimiento administrativo e imposición de sanción por infracción de normas laborales entre las que se incluyen la de prevención de riesgos y procedimiento administrativo totalmente diferente y ante una entidad gestora como es el Instituto Nacional de la Seguridad Social y no autoridad administrativa sancionadora en la que se impone una indemnización punitiva adicional y acumulada a las prestaciones de Seguridad Social que reconoce esta misma entidad gestora, siempre que concurren los requisitos legales previstos en el artículo 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

No obstante el artículo 42.5 antes citado del TRLISOS plantea la conveniencia de evitar la discordancia en la apreciación de los hechos probados concurrentes en el accidente de trabajo, entre el órgano judicial contencioso administrativo (que revisa judicialmente la sanción administrativa por infracción de norma), y los hechos acreditados en la sentencia del orden social sobre el recargo de prestaciones (que a su vez exige la existencia de una falta administrativa, es decir de una violación de obligaciones preventivas, bien sea en su vertiente de norma reglamentario, o bien sea en la vertiente de medidas técnicas o particulares que debieron adoptarse y no se adoptaron por la empresa), es conveniente la atribución competencial de la revisión de la sanción al orden jurisdiccional social.

Por lo tanto, es necesario que la reforma normativa que debe abordarse mediante una Ley integral de Prevención de Riesgos Laborales, se plasme el intento que ya fue abordado, y posteriormente frustrado, mediante la Ley 29/98 en cuya Disposición Adicional Quinta se daba nueva redacción al artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, y se consume la atribución al orden jurisdiccional social del conocimiento de las pretensiones sobre las resoluciones administrativas, relativas a la imposición de cualesquiera sanciones de todo tipo de sanciones de orden social, con la excepción de la gestión recaudatoria y actas de liquidación de cuotas vinculadas a la infracción.

Como se recordará, la Disposición Adicional 24 de la Ley 50/98 revisó esta redacción y atribuyó un mandato al Gobierno de incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral estas previsiones, mandato que fue incumplido, con lo cual no ha sido posible establecer la atribución competencial al orden jurisdiccional social.

No obstante, no es aceptable exigir una especie de prejudicialidad suspensiva entre impugnación jurisdiccional de la resolución administrativa de sanción y la impugnación judicial de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de recargo de prestaciones, puesto que el Tribunal Constitucional en la sentencia antes expuesta 158/85, esta-

bleció perfectamente la compatibilidad y la no concurrencia del *non bis in idem* entre una y otra resolución. Los procedimientos son distintos y son diferentes la autoridad administrativa sancionadora y la entidad gestora de Seguridad Social Instituto Nacional de la Seguridad Social, así como la normativa aplicable o los fundamentos jurídicos.

En efecto, el procedimiento sancionador se regula en el texto refundido de LISOS completado por el Real Decreto 928/98, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General del Procedimiento para la imposición de sanciones por infracción de normas del orden social y para los expedientes de liquidación de cuotas.

El procedimiento de recargo de prestaciones está regulado por el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, por el Real Decreto 1300/95, de 21 de julio, en cuyo desarrollo se dicta la Orden de 18 de enero de 1996.

En ninguna Disposición Legal se establece ninguna norma que establezca la suspensión, ni siquiera la incompatibilidad, como ya se ha razonado, entre sanción administrativa y reconocimiento del derecho a recargo de prestaciones.

Por el contrario, el propio artículo 123.3 establece la compatibilidad e independencia entre el recargo de prestaciones y la responsabilidad y, por tanto, posible sanción administrativa.

Igualmente, el artículo 42.3 de la Ley de Prevención de Riesgos establece esta compatibilidad.

Además el procedimiento de recargo o de prestaciones no sólo puede iniciarse de oficio, mediante el informe propuesta (que no acta de infracción, aunque lo lógico es que tengan un contenido muy similar, si existe acta), sino también a instancia de parte, trabajador víctima o beneficiario de prestaciones de Seguridad Social causadas por accidente de trabajo.

Ciertamente, el artículo 42.5 del texto refundido de la LISOS establece la prevalencia de declaración sobre existencia o inexistencia de hechos constitutivos de infracción fijada por el órgano judicial contencioso administrativo.

Ahora bien, esta prevalencia no implica la suspensión del proceso judicial en que se impugna el recargo de prestaciones por las razones antes dichas, que fueron suficientemente analizadas por la sentencia del Tribunal Constitucional 158/85.

Más aun de adoptarse por nueva regulación legal, ya que actualmente no existe, una medida de suspensión del proceso de recargo hasta la terminación mediante resolución judicial firme del proceso de impugnación de la sanción administrativa, se estarían produciendo graves perjuicios a los beneficiarios del recargo de prestaciones y a la pro-

pia función de prevención de riesgos laborales que el recargo tiene, en cuanto a inducción a la empresa a cumplir con sus obligaciones preventivas y evitar así, no sólo la sanción, y otras posibles responsabilidades incluso penales, o indemnizatorias civiles, sino también la indemnización punitiva o sanción civil de recargo de prestaciones.

Además resultaría inconcebible que tras haberse superado felizmente la superación del efecto suspensivo, en cuanto a la propia tramitación ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social del procedimiento de recargo, en virtud de existencia de un procedimiento penal sobre los hechos concurrentes en el accidente de trabajo (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004. Rec. N.º 8/3259/2003, RA 4366) y haberse superado los graves perjuicios que para el beneficiario tiene esta suspensión, por la tramitación de un procedimiento penal, que tiene una instrucción previa difícil y compleja, se establezca ahora por una nueva regulación legal una grave demora y se perjudique, por tanto, la necesaria celeridad en la tramitación de los expedientes administrativos de Seguridad Social relacionados con el cobro de prestaciones o de recargo de prestaciones.

Con toda claridad esta importante sentencia de unificación de doctrina del Tribunal Supremo Sala de lo Social de 17 de mayo de 2004 estableció la falta de cobertura normativa y legal suficiente del artículo 16.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, puesto que dicha regulación no tiene cobertura en el Real Decreto 1300/95 que desarrolla. Tampoco puede apoyarse en el artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 TRLISOS, pues la paralización del expediente administrativo sólo afecta al procedimiento administrativo sancionador, y no al recargo que tiene naturaleza jurídica distinta, como ya se ha dicho. Tampoco afecta al principio *non bis in idem*, puesto que no concurren ni los mismos hechos, ni fundamentos de derechos, ni sujetos responsables, como ya afirmó la sentencia 158/85 del Tribunal Constitucional.

El recargo se impone a la empresa por la omisión de medidas de seguridad, y el proceso penal se dirige al castigo de conductas individuales, por hechos imputables personal e individualizadamente por dolo o imprudencia o por acción u omisión (sentencia Tribunal Constitucional 150/91, entre otras).

Además esta naturaleza especial del recargo de prestaciones de indemnización punitiva y, por lo tanto, de naturaleza compleja con componente sancionatorio y componente indemnizatorio, o de sanción civil, o de cláusula penal prevista en la ley, ha sido establecida no sólo por la doctrina constitucional y sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, sino también por la propia doctrina jurisprudencial ya consolidada y firme sobre la no deducción del importe de recargo de prestaciones en el cálculo del valor indemnizatorio total e íntegro de la reparación global

del daño causado, que según la jurisprudencia de la Sala de lo Social es el objetivo que debe inspirar la reclamación procesal de la responsabilidad civil del empresario causada con ocasión del accidente de trabajo ocurrido en la empresa y con consecuencia lesivas patrimoniales y extra-patrimoniales para el trabajador o los perjudicados.

Además hay que tener en cuenta que incluso en materia de sanción administrativa y concurrencia con sanción penal, la doctrina del Tribunal Constitucional fijada en la sentencia 177/99 fue rectificada por la sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 de 16 de enero, que afirma que: «constituye un mandato constitucional la prevalencia del enjuiciamiento y proceso judicial penal frente a las actuaciones administrativas sancionadoras en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta». De manera que en este caso la existencia de una actuación administrativa no puede impedir la sanción penal legalmente prevista aun cuando en el importe de la multa prevista en la sanción penal se produzca el descuento fijado en la sanción administrativa, absorbiendo y, por tanto, integrando por confusión y compensación esta sanción administrativa en la más grave sanción penal.

Resulta por ello absurdo plantear una especie de *non bis in idem* que es lo que en realidad implica la suspensión entre recargo de prestaciones y sanción administrativa o entre recargo de prestaciones y sanción penal, a la vista de esta doctrina constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Hay que tener en cuenta, la actual realidad social de la siniestralidad laboral y las consecuencias que la misma tiene y problemas que se plantean de manera efectiva y real.

El problema social que existe no es la duplicidad de indemnizaciones y el enriquecimiento injusto de la víctima del accidente o de los perjudicados, que a pesar de ser doctrina jurisprudencial en la realidad no se da, salvo alguna excepción muy extraordinaria, si es que existe. El problema real que existe es que por una pluralidad de circunstancias reales, entre otras la demora en la instrucción penal, la confusión jurídica existente como se aprecia en diversos y contradictorios contenidos de muchas resoluciones de los diversos órdenes judiciales, social, civil, penal, contencioso administrativo, las dificultades procesales para lograr una declaración judicial de responsabilidad indemnizatoria del empresario, la propia insolvencia empresarial realizada sin sujeción a un procedimiento concursal o a una liquidación ordenada, la demora administrativa en la tramitación de la declaración del derecho al recargo, el incumplimiento empresarial de las obligaciones preventivas, resulta impune e inmune, con lo cual se está invitando al incumplimiento de obligaciones preventivas económicamente costosas, dado que el coste económico del incum-

plimiento es poco efectivo, o lo que se consigue en cuanto a efectividad es inferior, al coste de la prevención.

Por ello es necesario mantener la indemnización punitiva del recargo adoptando nuevas medidas legales complementarias, como puede ser la derivación hacia responsabilidad personal económica de los gestores y socios de la empresa, por el impago de sanciones administrativas y de importe de recargo, cuando la empresa no ha sido sometida a un procedimiento concursal regular o no se ha realizado una liquidación ordenada, a pesar de existir insolvencia.

En esta misma línea resultaría conveniente reforzar la solidaridad en el pago de sanciones administrativas y de recargo de prestaciones de las empresas que concurren y cooperan a la realización de una actividad constructiva, o industrial, o de servicios, en el seno de la cual se incardinaba el trabajo de un empleado y de su empresa titular de la relación laboral, más allá de la vigente responsabilidad solidaria existente entre empresa contratista o principal y empresas subcontratistas, en cuanto a las sanciones administrativas por incumplimiento de obligaciones de prevención o de pago de recargo de prestaciones.

En la actualidad existe la responsabilidad solidaria de la empresa contratista o principal en relación con todos los subcontratistas, tanto para el recargo de prestaciones como para la sanción administrativa, siempre que sean empresas de la misma actividad y el accidente de trabajo ocurra en el centro de trabajo de la empresa principal.

Ciertamente, el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tras la reforma producida con la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, configura un nuevo panorama de responsabilidad solidaria no sólo entre empresa principal sino entre las empresas que concurren y cooperan en su actividad empresarial desarrollada en un mismo centro o lugar físico de trabajo, entre el empresario titular del centro y los restantes concurrentes, sean o no de la misma actividad, y donde se establecen obligaciones preventivas, de información de riesgos existentes, de instrucción sobre su evaluación y medidas de evitación de los mismos, de formación de trabajadores y de cooperación para el cumplimiento de la prevención y evitación de estos riesgos

Sobre este extremo y antes de que el Real Decreto 171/2004 desarrollara el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, ya existía una doctrina judicial que aplicaba la solidaridad en cuanto a responsabilidad de los empresarios concurrentes, no sólo del empresario titular de la relación laboral, sino también del empresario principal en cuyo centro de trabajo prestan servicios o que suministra las instalaciones y medios para que los empleados del empresario titular de la relación laboral puedan trabajar.

En este sentido cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 28 de octubre de 2003 (Ref. AS 2004/534) decía:

«Cuarto.—Tal y como pone de manifiesto el recurso, el artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995/3053) en concordancia con el 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995/997), impone al empresario un deber de protección que se concreta en garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio, en todos los aspectos relacionados con el trabajo y este deber de protección, que la jurisprudencia (sentencia de 8 de octubre de 2001 RJ 2002/1424) ha calificado como incondicionado y prácticamente, ilimitado, no sólo afecta al empleador sino que se extiende al empresario principal, en los supuestos de subcontratas, y ello como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 24.3 y 42.2 (actualmente 42.3 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 RCL 2000/1804, 2136)».

A pesar de ello hay una línea jurisprudencial que limitaba la responsabilidad del empresario principal a la acreditación de su culpabilidad, tal como establecía la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992 /Ref. RJ 1992/4849) al decir:

«De todos modos la responsabilidad solidaria del empresario principal en estos casos ha de ser matizada, vinculándola a la idea de “empresario infractor” que recoge este artículo 93 de forma que la existencia de esa responsabilidad ha de ir unida a una conducta negligente o inadecuada de aquél, o a la concurrencia de falta de cuidados precisos por parte del mismo o a la no adopción de medidas evitadoras del riesgo que sea imputable de alguna manera a ese empresario principal. Se recuerda asimismo que ese art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores (al igual que el artículo 19.2 de la Ley de Relaciones Laborales y el art. 4 del Decreto 3677/1979) regula tan sólo los supuestos de contratas y subcontratas “correspondientes a la propia actividad” de la empresa principal».

La circunstancia de que el nacimiento de la responsabilidad solidaria de la empresa principal a la que alude la sentencia transcrita quedara condicionada a las infracciones en las que la subcontrata se refiriera a «la propia actividad» del empresario principal, encuentra sustento en la definición que da el Real Decreto 171/2004, cuando define al empresario principal como «el que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél, y que se desarrollen en su propio centro de trabajo».

Sin embargo el complejo entramado de obligaciones recíprocas que impone el Real Decreto 171/2004 entre el empresario titular, el empresario principal y los empresarios concurrentes, sobre Planes de Prevención, información y medidas de seguridad a adoptar, coloca a los primeros en una difícil posición de defensa, en el caso de concurrir accidentes a empleados de las empresas subcontratistas.

En consecuencia, estas nuevas medidas normativas contribuye a reforzar la responsabilidad solidaria, no sólo entre principal y contratista o subcontratista de la misma actividad (entendiendo por este concepto lo que la jurisprudencia ha calificado como actividad inherente, es decir diferenciada, pero necesaria para el funcionamiento normal de la empresa principal, concepto más amplio que el de actividad esencialmente idéntica), sino entre empresas que cooperan entre ellas y que no tienen la misma actividad, ni siquiera entendida ésta con el significado amplio descrito.

Por ello el nuevo artículo 24 supone una innovación en relación con el contenido material del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, TRLISOS, que regula la responsabilidad empresarial en cuanto a sanciones y responsabilidades administrativas, pero limitando esta responsabilidad solidaria a los trabajadores de la contrata o subcontrata que prestan servicios en el centro de trabajo de la principal y siempre que la infracción se haya producido en este centro de trabajo.

Ahora el Real Decreto 171/2004 impone al empresario titular del centro una serie de deberes anteriormente citados de información, de instrucción y de cooperación, y sobre todo al empresario principal que es el que dirige y organiza el conjunto de las actividades que las diversas empresas concurrentes en el lugar de trabajo existen.

Estos deberes son los siguientes

- Un deber de «cooperación» (artículo 4.º).
- Un deber de «información» exhaustivo (artículo 7.º).
- Una obligación de facilitar «instrucciones» a los empresarios concurrentes (artículo 8.º).
- Un «deber de vigilancia del empresario principal» (artículo 10).
- Un deber de comprobar que «... los contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellos...» (artículo 10.3).
- Un deber de crear «medios de coordinación» cuya relación no es exhaustiva (artículo 11).
- Un deber de designar «... a la persona o personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas...» (artículo 13.3).

Resulta fácil presumir que, para que este empresario principal pueda quedar exonerado de responsabilidad por los accidentes que puedan

sufrir trabajadores de las empresas subcontratistas por infracción de las medidas de seguridad o prevención, deberá adoptar una prueba tan extensa y exhaustiva de haber cumplimentado todas las complejas y genéricas obligaciones citadas, que prácticamente será muy difícil eludir la responsabilidad solidaria.

En esta línea cabe citar una importantísima sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, donde se analiza el concepto de empresario infractor obligado a abonar al trabajador el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo. El problema no era de contrata y subcontrata, sino de dos empresas que coinciden en un mismo lugar de trabajo, sin relación contractual alguna entre ellas, ni existencia de la misma actividad y es omisión o descuido de una de ellas la que causa un accidente que afecta a un trabajador de la otra, existiendo vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales. La novedad de esta sentencia es que utiliza el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en los términos redactados por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, desarrollado por el Real Decreto 171/2004 como criterio de imputación de responsabilidad. En consecuencia, entiende que los supuestos de responsabilidad de un empresario con respecto a los trabajadores de otro empresario no se limitan en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al supuesto clásico de la subcontrata (al cual el artículo 24 sólo dedica su apartado 3.º), sino que se ha producido una enorme expansión que tiene sus efectos en cuanto a la posibilidad de imposición de sanciones y la exigencia de responsabilidades incluido el recargo.

En esta expansión existe esta responsabilidad empresarial de una empresa infractora, que a consecuencia de su infracción se produce en el lugar de trabajo donde presta sus servicios, un accidente del cual es víctima el empleado de otra empresa que también presta sus servicios en el mismo lugar de trabajo, aun cuando entre ambas empresas no exista una relación contractual y, por lo tanto, ni de contrata ni de subcontrata (sentencia n.º 600/2004 Rec. n.º 1539/03 de fecha 26 de mayo de 2004 Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Ponente Ilmo. Sr. López Parada).

En efecto la sentencia citada establece literalmente en su Fundamento Jurídico Sexto, párrafo 2.º lo siguiente:

«Es cierto que no existiría responsabilidad si la empresa hubiese cumplido plenamente sus obligaciones preventivas, pero esto no es así, puesto que por una parte existe un incumplimiento en relación al manejo de la carga y, por otra, no existe ni el más mínimo indicio de que la empresa, en cumplimiento del artículo 24.1 de la Ley 31/1995, informase al empleador el trabajador accidentado sobre los riesgos

existentes y las medidas preventivas aplicables, sin estableciere medida alguna para evitar la exposición al mismo de esos otros trabajadores. En definitiva el riesgo que causó el accidente tuvo su origen en el círculo rector y organizativo de la empresa recurrente, la misma había incumplido las obligaciones preventivas en relación con la prevención del mismo, y por otro lado, afectando a trabajadores presentes en el mismo lugar pertenecientes a otra empresa, tampoco adoptó medida alguna dirigida a que éstos pudiesen ser protegidos por su empleador frente a tal riesgo. Todo lo cual lleva a la desestimación de este motivo de recurso».

A continuación en el Fundamento Jurídico Séptimo párrafo 5.º la citada sentencia establece:

«En este caso ha de valorarse en primer lugar la peligrosidad de la actividad, Hay que tener en cuenta que cuando el empresario decidió cerrar la apertura de la nave y, en lugar de instalar un portón que permitiera abrir y cerrar con un elevado grado de seguridad, optó por obviar la necesaria obra y colocar una plancha metálica de elevado peso y moverla mediante una grúa, con el mayor riesgo que ello supone, eligió un método con elevado riesgo frente a uno de riesgo reducido. Ello hubiera debido llevar a extremar las medidas de precaución en la realización de esta tarea, que se llevaba a cabo varias veces al día, pero sin embargo se confió a trabajador no especializado, carente de la necesaria formación en el manejo del equipo, que realizó la misma de manera incorrecta, con gravísimas consecuencias (gran invalidez de un trabajador). Concurren, por tanto, tres criterios de agravación (los de los puntos a), c) y e) del artículo 39.2) y además en grado muy cualificado lo que justifica la imposición del recargo en el grado que se ha hecho».

En relación con la existencia de responsabilidad solidaria y no exclusiva del empresario principal en cuanto al recargo de prestaciones, a favor de un trabajador de empresa subcontratada, cabe citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de noviembre de 2002, (AS 2003/534), Ponente Ilma. Sra. Doña Ana María Orellana Cano, Rec. Suplicación n.º 1688/2002, en el Fundamento Jurídico Quinto se señala literalmente:

«c) Ninguna de las empresas contratistas había sido advertida por la empresa principal de las operaciones o tareas que, coincidentes en el tiempo y a distintas alturas, iban a ser llevadas a cabo. De lo expuesto se extrae que la empresa principal incumplió el deber de coordinación de actividades empresariales impuesto por el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que esta-

blece en su párrafo 1.º 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. 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 los respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley” —que se refiere al deber de información a los trabajadores—. Por su parte, el propio artículo 24 en su párrafo 2.º dispone 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 protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores”. Según todo lo anterior, ha quedado acreditada la procedencia de la responsabilidad de la empresa principal, pero ello no significa que no deba recaer también la responsabilidad en la empleadora del actor, empresa contratista de ésta, que como declaró la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4096), “es la que está obligada directamente a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo”. De este modo la circunstancia de que la empresa principal haya infringido la normativa sobre prevención de riesgos laborales no exime de responsabilidad a la empresa contratista, empleador del accidentado y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo Sala IV en la Sentencia de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9320), que confirmó la que declaró la responsabilidad solidaria. Esta responsabilidad solidaria de la principal con la contratista deviene por imperativo legal, ya que, de conformidad con el artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales —vigente en el momento del hecho causante, aunque derogado por el artículo 42.3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (RCL 2000, 1804), de idéntica redacción—, “la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de esta Ley del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta 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”. Al no haberse entendido así en la sentencia recurrida procede en este sentido la estimación del recurso y la revocación parcial de la misma. En relación con el importe del recargo, dado la gravedad de la incidencia de la lesión se considera ajustado a derecho el 40%».

Debe tenerse en cuenta que en la reforma normativa que se postula, debe establecerse también con claridad y precisión que la indemnización por responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el accidente de trabajo producido por no haberse adoptado las medidas requeridas de prevención, constituye una institución jurídica distinta de las prestaciones públicas de Seguridad Social aun cuando en su origen normativo la protección social de accidente de trabajo actúe como un seguro de responsabilidad civil objetiva empresarial.

En la actualidad y aun cuando existen todavía técnicas propias del Seguro como las tarifas de accidente de trabajo en cuanto elementos integrantes pero diferenciados de las cuotas de Seguridad Social y con pago exclusivamente a cargo de la empresa aunque la recaudación sea a través de la Tesorería General, es necesario establecer y clarificar que este tipo de tarifas no equivalen a primas de pólizas de seguro de responsabilidad civil sino a una cuota o contribución estatal para la Seguridad Social y en consecuencia las prestaciones públicas de los trabajadores accidentados o sus beneficiarios tienen su origen en el acaecimiento de una contingencia legalmente protegida y que da derecho a las prestaciones predeterminadas normativamente resultando ajeno por completo este derecho subjetivo a la institución de la responsabilidad civil empresarial.

Por ello, en la reforma normativa debería quedar claro que, al igual que ocurre con los accidentes de circulación, la responsabilidad civil, en cuanto a su importe económico, será la fijada en la norma aplicable y con independencia del importe de las prestaciones públicas que tienen un origen distinto y que protegen bienes jurídicos diferentes.

La actual situación resulta socialmente inadmisibile dado que los daños personales derivados de accidente de circulación implican en la práctica una mayor protección legal a quienes los sufren o a los beneficiarios que las personas que han sufrido daños derivados de accidentes de trabajo y de la siniestralidad laboral, debido a que en materia laboral o de accidente de trabajo del importe total del daño se deducen prestaciones públicas que no son pagadas por el causante del daño que en definitiva resulta beneficiado por este tipo de aplicación legal y jurídica.

La siniestralidad laboral desde la perspectiva empresarial

Carmen Lezaola Munitiz

Responsable de Prevención de Riesgos Laborales de Confebask

En primer lugar, quisiera agradecer al Consejo General del Poder Judicial y al Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, la posibilidad de participar en estas jornadas que nos permiten compartir con ustedes el punto de vista con el que desde Confebask nos acercamos al tema de la siniestralidad laboral.

Nuestro enfoque es distinto del juricista tradicional. Desde el enfoque tradicional en el que se ha venido tratando la Prevención de Riesgos Laborales, se han ido diseñando un conjunto de medidas y herramientas con el objeto de que cualquier empresa gestione adecuadamente la prevención y, de esta forma, se reduzcan las cifras de siniestralidad laboral.

Sin embargo, tras más de diez años de la entrada en vigor de la Ley, los índices de siniestralidad que sufrimos son la prueba más evidente de que el enfoque exclusivamente legal no es suficiente.

En esta situación, todos nos preguntamos qué es lo que está pasando.

La respuesta sindical es clara y recurrente. Las causas de la elevada siniestralidad son la temporalidad y la subcontratación que auspicia un empresario que no cumple la normativa preventiva. Y esta machacona insistencia sindical es la que ha provocado que este discurso fácil sea comúnmente aceptado por la sociedad. Pero, no es verdad. Existe una realidad mucho más compleja. Sin embargo, pocas cosas son más difíciles que desmontar una idea simple y fácil, una vez que se ha instalado en la sociedad.

Para Confebask, la siniestralidad es una problemática que tiene cuatro características principales, sin que el orden marque prioridad:

1. No se conoce lo suficiente.
2. Carece de una normativa adecuada.
3. Se enfatizan los responsables en lugar de las causas.
4. No se acaba de dar con una aproximación eficiente.
5. Sobre la que se discute y confronta en exceso.

Analicemos cada una de estas características.

1. Respeto de la primera. La siniestralidad es un problema que no se conoce lo suficiente

Y no se conoce lo suficiente porque el empeño del legislador español es garantizar una protección a los que sufran algún percance en su jornada de trabajo. Por esta razón, el concepto legal de accidente de trabajo, que es lo que recogen las estadísticas, es, sobre todo, asistencial. Es decir, más orientado a que todo el que sufra un accidente que le impida trabajar reciba una prestación.

Así, accidente de trabajo, entendido como «toda lesión que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena» (artículo 115 LGSS) abarca:

- independientemente de su gravedad, desde un esguince hasta un aplastamiento e,
- independientemente de la acción preventiva de la empresa, desde una caída en altura hasta una embolia o ataque al corazón.

Este concepto tan amplio va a tener consecuencias importantes. Para empezar, va a dificultar distinguir entre:

- accidentes que dependen directamente de la acción preventiva del empresario de,
- accidentes que son independientes de las medidas preventivas que pueda poner en práctica la empresa.

Esta distinción es importante porque, por ejemplo, en los accidentes mortales, aproximadamente una cuarta parte están relacionados con incidencias cardiovasculares y otra cuarta parte son accidentes de tráfico. O sea, que aproximadamente el 50% de los accidentes mortales, excluidos los *in itinere*, están fuera de la esfera de protección del empresario.

En segundo lugar, va a hacer casi imposible cualquier comparación con Europa. Las diferencias fundamentales se encuentran:

- en los niveles de notificación de accidentes, desde países como España en que la notificación llega al 100%, a países como Gran Bretaña donde ronda el 30-35%.
- En el propio concepto de accidente, algunos países excluyen los accidentes de tráfico o los *in itinere* como Irlanda o Gran Bretaña.

Por otra parte, las mejoras que se han intentado introducir en el nuevo parte de accidente en 2003, han resultado muy complejas de cumplimentar por lo que tampoco están arrojando la luz que requiere el conocimiento de una realidad que debe ser lo más exhaustiva posible para conseguir dos objetivos:

- Articular medidas verdaderamente eficaces contra la siniestralidad.
- Ubicar en sus justos términos la relación que la siniestralidad pudiera tener con la temporalidad y la subcontratación, relación que hoy se encuentra absolutamente magnificada.

2. **La segunda característica es, a nuestro juicio, que se carece de una normativa adecuada**

A pesar del innegable avance que supuso la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se trata de una norma que presenta unas limitaciones serias a la hora de ser aplicada en las empresas. Y es que, el legislador, cuando redacta la norma, tiene en mente a una empresa de dimensión considerable y que, además, se enfrenta a riesgos, digamos, de carácter industrial: atrapamientos, caídas, golpes...

Desde esta perspectiva, elabora un conjunto de deberes y obligaciones coherente con esta tipología de empresa. El problema de la Ley de Prevención es que, sin embargo, estos deberes y obligaciones se extienden a todas las empresas, independientemente de su tamaño y del sector al que pertenecen. Establece el mismo bloque de obligaciones a una central eléctrica de 2.000 trabajadores que a una mercería de barrio con una empleada.

Se trata de una Ley que genera disfunciones muy serias en un conjunto productivo en el que el 74% de las empresas están en el sector servicios, el 93% tiene menos de 10 trabajadores y, además, el 80% de las empresas no han tenido ni van a tener muy probablemente ningún accidente jamás.

En definitiva, nos encontramos que lo que tiene sentido para determinadas empresas de algunos sectores, supone para todas las demás un esfuerzo tan grande como desproporcionado e innecesario.

Pero es que además, el marco legislativo resulta complejo y detallado, lo que lo hace de difícil comprensión y, por consiguiente, de difícil aplicación, sobre todo para las Pymes.

No basta, por tanto, con la machacona insistencia sindical de que la Ley se cumpla. Las leyes tienen que cumplirse, claro, pero también debe de hacerse un esfuerzo permanente de mejora y adaptación que esta Ley necesita urgentemente. Una revisión normativa con cuatro objetivos:

- Objetivo 1: desarrollar un proceso de redimensionamiento de la normativa de forma que aquello que sea de general cumplimiento por todo tipo de empresas sea mucho más reducido.

- Objetivo 2: acercar la comprensión de la normativa y las posibilidades de conocerla a todos los empresarios.
- Objetivo 3: orientar la normativa a resultados en lugar de a formalismos. Lo esencial es que se conozca el riesgo y se adopten las medidas para reducirlo o evitarlo.
- Objetivo 4: eliminar ambigüedades o conceptos genéricos carentes de precisión o que por su indefinición pueden generar indefensión.

3. La tercera característica, se trata de un ámbito en el que se priorizan los responsables en lugar de las causas

De nuevo, la vocación prestacional de la normativa preventiva española persigue que nadie que haya sufrido un daño durante su jornada laboral quede desamparado. Por eso establece que la responsabilidad en caso de accidente será siempre o casi siempre del empresario. Porque el término responsabilidad etimológicamente proviene de «respuesta». De ahí que, estableciendo la responsabilidad del empresario lo que el legislador hace es señalar quién va a asumir los costes derivados del accidente.

Ahora bien, como a nadie se le escapará, no es lo mismo responsable que causante, este último es, el que causa el accidente.

Cuando la causa sea la falta de medidas preventivas, causante y responsable coinciden en la misma persona, el empresario. En la mayoría de los casos, sin embargo, un accidente es fruto de la conjunción desgraciada de varios elementos, por lo menos, tres:

- La falta de medidas preventivas suficientes.
- La falta de observancia de los medios preventivos puestos a disposición del trabajador.
- La fatalidad.

La normativa española pone un énfasis tremendo en la responsabilización del empresario de forma que esta obligación de «respuesta» empresarial alcanza incluso aquellos casos en los que el accidente se debe, como señala en artículo 15 de la Ley de Prevención, a imprudencias del trabajador contraviniendo incluso las instrucciones preventivas que se le han dado.

Este esquema jurídico permite asegurar el resarcimiento del daño, pero también contribuye a difuminar algo elemental: la necesidad de fomentar el sentido de la autoprotección, del cuidado de uno mismo y de lo que hace, por parte de todos los trabajadores. Por claras que estén

las responsabilidades, la capacidad de las medidas preventivas queda comprometida si no se aplican o se hacen con la diligencia debida.

Definir el fomento de algo tan básico como la necesidad de la autoprotección y la observancia de las medidas dadas, no resulta fácil en una sociedad como la nuestra que tiende a valorar más las actividades de riesgo que otras más seguras.

Es evidente, que la seguridad como valor cultural no está asentada en nuestra sociedad. Son pocos quienes tienen un extintor en sus hogares o quienes conocen la toma de tierra de sus electrodomésticos. Nuestros índices de accidentes domésticos son muy altos y cuando ejercemos actividades intrínsecamente peligrosas, como la conducción de vehículo, nuestros índices de mortandad vial son espantosos.

Si como ciudadanos no tenemos asumido el valor de la seguridad en nuestra actividad cotidiana, no tiene mucho sentido suponer que tal conciencia vaya súbitamente a despertar al traspasar el umbral de nuestra empresa.

Por lo tanto, si además de determinar quién asume los costes, queremos trabajar sobre las causas, habrá que ampliar el campo de actuación. Es necesario actuar también sobre el trabajador que, a la postre, es el actor principal. Es necesario articular medidas que fomenten la autoprotección. Hay que recordar a este respecto que los propios trabajadores manifiestan que la primera causa de los accidentes es «el exceso de confianza».

En fin, hay que desarrollar una labor ambiciosa de sensibilización social en el valor de la seguridad para lograr que la prevención de riesgos constituya una actitud connatural, innata, en la vida de cada cual.

4. La cuarta característica es, a nuestro juicio, que en siniestralidad laboral no se acaba de dar con un enfoque eficiente

La aproximación actual a la prevención de riesgos es demasiado genérica. Deben identificarse y prevenirse todos los riesgos que hipotéticamente pueden aparecer en la empresa y en el puesto de trabajo. Debe abarcar todo.

Lo que ocurre en la práctica es que el número de riesgos que pueden identificarse en un puesto de trabajo es muy grande y en el conjunto de la empresa es casi infinito. Prevenirlos todos resulta cuanto menos muy difícil.

Sin embargo, el contraste de la hipótesis con la realidad, señala que la mayor parte de los accidentes, especialmente los más graves, se deben a un grupo muy reducido de riesgos. Así, por ejemplo, en una carpintería

donde teóricamente se presentan todo tipo de riesgos, la siniestralidad se concentra en dos: corte con sierra e inhalación de serrín.

Tal como se está intentando en otras partes de la Unión Europea, el esfuerzo preventivo será mucho más efectivo si concretamos de forma que podamos concentrar nuestra acción en los riesgos que más accidentes provocan. Lógicamente, no se trata de obviar los riesgos menos frecuentes sino de concentrar los esfuerzos allí donde la realidad y no la hipótesis señala la mayor accidentalidad.

5. Por último, la última de las características a destacar es que nos encontramos en un ámbito sobre el que se discute y confronta en exceso

Sin embargo, la prevención es un campo en el que empresarios y trabajadores y sus representantes estamos obligados a colaborar; no podemos seguir confrontando.

Pero, la realidad es que la relación entre organizaciones empresariales y sindicales y, en general, el conjunto de las relaciones laborales, está inmersa, especialmente en la CAPV, en una dinámica profundamente adversarial.

Tendemos a abordar la prevención desde planteamientos antagónicos y, sobre todo, a través de herramientas como es el convenio colectivo que, primero, están pensados para reconducir intereses contrapuestos y, además, a hacerlo en términos de fijación de derechos y obligaciones.

Sin embargo, en seguridad laboral no existen intereses opuestos, a pesar de la insistencia sindical de plantearlo en estos términos. Resulta obvio que a todos perjudica que se produzca un accidente.

Es preciso superar la actual dinámica adversarial y sustituirla por otra esencialmente colaborativa. Desde Confebask se vienen haciendo toda una serie de esfuerzos en este sentido. El conjunto de las organizaciones sindicales y la propia Confebask fuimos capaces en 1997, sólo dos años después de la aprobación de la Ley de Prevención, de firmar el entonces innovador «Acuerdo Interconfederal de Formación de Delegados de Prevención». Sin embargo, desde entonces nada ha sido posible a pesar de los duros esfuerzos, como han sido los cinco años invertidos en intentar sacar adelante un Aula Permanente para los trabajadores del sector de la construcción que fuera asumido por todos los sindicatos. Ni éste ni otros proyectos han sido firmados porque o aparecen peajes sindicales por firmar iniciativas que pretenden proteger a los trabajadores o, simplemente, como ha manifestado en más de una ocasión el Secretario

General de ELA, no está dispuesto a «regalar» una foto conjunta, ni a las demás centrales sindicales, ni a la propia organización empresarial.

Ante este panorama, Confebask ha optado por llevar a la práctica, aunque sin colaboración sindical, las distintas iniciativas que se han estado negociando en los últimos años, como un Manual de drogodependencias, uno de acogida de nuevos trabajadores, una guía para la contratación de los Servicios de Prevención Ajenos, Manuales de Buenas Prácticas, el Aula Permanente en construcción conjuntamente con el Departamento de Trabajo y, hace este mismo año, un Autodiagnóstico del empresario que le permite evaluar su grado de implicación en Prevención de Riesgos Laborales.

Las iniciativas que hemos puesto en práctica, así como las que actualmente estamos desarrollando, nos evidencian que en prevención de riesgos laborales solamente caben aproximaciones constructivas que permitan a los implicados, esto es, empresarios, trabajadores e instituciones, explorar los múltiples caminos de trabajo y colaboración que se presentan. Por decirlo más sencillamente: es hora de que nos pongamos juntos a trabajar más y a discutir menos.

La violencia psicológica desde la perspectiva de la siniestrabilidad laboral

Antonio Grinda
Inspector de Trabajo

I. Introducción

El tema del acoso moral es en la actualidad un problema conocido y tratado por la Doctrina. De hecho la proliferación de estudios sobre este asunto y la calidad de los autores hace, quizá, innecesaria una nueva aportación. Sin embargo, dado el tema de estas jornadas y la necesidad de abordar el problema en la práctica, han hecho al que suscribe considerar la posibilidad de aportar una modesta aproximación al tratamiento que la Inspección de Trabajo hace de este riesgo, así como una breve descripción de lo que la Jurisprudencia entiende como accidente de trabajo cuando se da una situación de lo que en la terminología de la seguridad y salud en el trabajo se considera un riesgo psicosocial, así como unos ejemplos de lo que se considera acoso en los Tribunales.

II. Conceptos de acoso moral

Simplemente a los efectos de delimitar el supuesto sobre el que se actúa normalmente y que tiene una mayor importancia por los bienes jurídicos que pone en peligro, señalaremos lo siguiente:

Definición científica: Fenómeno en que una persona o grupo de personas ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente —al menos una vez por semana— y durante un tiempo prolongado —más de seis meses— sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo¹.

¹ *The Mobbing Encyclopaedia, Bulling. The definition of mobbing at workplaces.* Heinz LEYMANN.

Definición jurídica: Toda forma de agresión sistemática o reiterada de una o varias personas contra otra u otras, en el medio de trabajo, constituida por una secuencia de actuaciones hostiles, degradantes o intimidatorias, dirigidas específicamente a romper sus redes de comunicación en el medio, aislándolo de su ambiente (hacerle el vacío), para reforzar su posición de dominio, jurídico o social, y al margen de la lesión concretamente alcanzada respecto a su salud física o psíquica^{2,3}.

Definición judicial: El TSJ de Navarra, en Sentencia de 30 de abril de 2001, define este fenómeno como: Cuando una persona o grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atenten a los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral⁴.

III. Cuestion preliminar

Es lo cierto, que en un principio la Doctrina más acreditada dudaba, sobre el enfoque que ha de darse a este asunto.

En términos generales podemos señalar que existían dos perspectivas:

1) Los Derechos Fundamentales.

Los bienes jurídicos protegidos serían los reconocidos en algunos artículos del Título I, Capítulo II, de la Constitución Española. Así podríamos citar: El derecho a la integridad física y moral, la intimidad, el honor, la libertad de expresión y en general aquellos derechos fundamentales que los ciudadanos, españoles o no, tienen atribuidos en nuestro territorio con independencia del ámbito en que se desenvuelvan, en el supuesto que nos ocupa el trabajo⁵.

2) La Legislación de Seguridad y Salud.

También en este caso, se parte de un Derecho fundamental, la ya citada integridad física y moral, establecida en el artículo 15 de

² Cristóbal MOLINA NAVARRETE: *Del silencio a la palabra, ponencia presentada en el observatorio de acoso moral del País Vasco*.

³ Esta última característica se corresponde con lo señalado en la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de septiembre de 2001, en el sentido de poder apreciar un acoso moral aunque la víctima no sufra un daño físico o psíquico.

⁴ En el mismo sentido se han pronunciado Sentencias del mismo Tribunal de 21-5-2001 y 15-6-2001.

⁵ Por todos, Cristóbal MOLINA NAVARRETE: «La Tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo; entre prevención e indemnización». *Aranzadi Social* n.º 18, 2002, pp. 45 a 90.

nuestro Texto Constitucional, y se conecta con las obligaciones que los empresarios tienen como consecuencia de las normas jurídicas que regulan la seguridad y salud en nuestro país⁶.

En realidad, ambas perspectivas son compatibles y complementarias. De hecho en la actualidad, si bien terminológicamente se acude mayoritariamente a los conceptos de seguridad y salud en el trabajo, se utilizan los dos enfoques aparte de por las necesidades derivadas de la situación de la Legislación actual, por el más elemental sentido común. A continuación veremos esto en la práctica, al describir brevemente las dos principales situaciones en la que se pueden encontrar las empresas y la tutela que ejerce la Inspección en esta materia.

IV. Tutela de la Inspección de Trabajo en materia de riesgos psicosociales

1.º *Situación de normalidad*

En todas las empresas, con independencia de haberse o no producido episodios o indicios de acoso moral o de otro riesgo psicosocial, existen una serie de preceptos, situados en el ordenamiento jurídico de seguridad y salud laboral, de obligado cumplimiento y por tanto no sujetos a especulación alguna, de forma no exhaustiva señalaremos los siguientes:

- El empresario está obligado a evaluar los riesgos de su empresa, incluidos los riesgos psicosociales, a revisar dicha evaluación y a planificar las medidas necesarias para la consecución de estos objetivos.
- La gestión de esta actividad debe ser llevada a cabo por expertos, ya sean trabajadores designados o un servicio de prevención propio o ajeno.
- En un sistema de prevención integrado es esencial contar con la participación de los trabajadores, por consiguiente además de una obligación legal la consulta a los trabajadores es un presupuesto objetivo.
- Finalmente, en el proceso productivo actual es frecuente la coexistencia de varias empresas en un mismo centro de trabajo, por ello la Ley establece deberes de cooperación y coordinación entre ellas en esta materia.

⁶ Por todos, Manuel VELÁSQUEZ: «El marco jurídico del acoso moral». *Diario de Noticias la Ley; especial mobbing*, julio 2002.

Todo lo anterior, en cualquier caso ha de ser cumplido por los sujetos obligados, sin duda ayudará a prevenir los supuestos de acoso moral, así como a establecer una forma de rápida solución para las situaciones que pueden desembocar en dichos casos, sin embargo desde el punto de vista jurídico no parece sencillo conectar incumplimientos en esta materia con el resultado dañoso (me refiero al daño moral, siempre existente, dado que ya hemos indicado más arriba que no es necesario que se produzca un daño medible en términos de prestaciones de Seguridad Social, por ejemplo un daño psicológico). Es decir la relación de causalidad no puede establecerse de una forma automática en estos casos, sin caer en un cierto automatismo. En este sentido es necesario destacar que se ha de utilizar el Principio de Culpabilidad, por otra parte deseable en todas las actuaciones de Derecho sancionador administrativo, y desde luego no es procedente aplicar una mera responsabilidad objetiva.

Es muy importante ver la relevancia práctica para las empresas del cumplimiento de estas obligaciones. En efecto, en el supuesto de una denuncia de acoso moral, por ejemplo, ya sea ante la Inspección o ante los Tribunales el resultado de la investigación tendrá consecuencias totalmente diferentes, aunque los hechos sean idénticos si se cumplen o no las obligaciones ya señaladas.

Imaginemos un caso de acoso moral entre un directivo medio y un trabajador, en el que el resultado del procedimiento indique que efectivamente hubo tal acoso:

—La empresa no ha cumplido sus obligaciones en materia de seguridad y salud laborales:

Lo único que se podrá alegar es el desconocimiento de la situación, cosa por otra parte, sobre todo en una empresa grande o con multitud de centros (empresas de seguridad, de limpieza, cadenas de áreas de servicio en autopistas, etc.) perfectamente posible. Sin embargo nunca se podrá probar esa ignorancia. Se parte del incumplimiento de la legalidad y la consecuencia lógica será la responsabilidad de la empresa como sujeto que permite o al menos tolera este tipo de comportamientos. Incluso desde la perspectiva penal podrían darse responsabilidades de tipo personal entre la dirección.

—La empresa que ha cumplido estas obligaciones:

En ese caso contará, entre otros instrumentos, con un protocolo de actuación frente a estos riesgos. Lo que significa que todos los trabajadores conocen estos riesgos, que saben que la empresa no los tolera, que existe un procedimiento interno de investigación

de estos supuestos y que todo ello está en el acervo de dicha empresa. Por consiguiente, en el caso de una reclamación que no pasara previamente por dicho protocolo la dirección, en el ejemplo planteado más arriba, podría alegar ignorancia y probarla sin ningún genero de dudas, siendo imposible responsabilizar a la entidad o a persona alguna dado el tipo de medidas que se habían adoptado.

2.º *Actualización del riesgo*

He utilizado conscientemente este término con el fin de no resaltar una ruptura entre ambas situaciones. Nada impide que el inspector o el juez puedan controlar lo señalado más arriba antes o después de la aparición de un supuesto de acoso moral. La dificultad radica en establecer, como ya se dijo antes, una relación de causalidad entre el incumplimiento o el cumplimiento de aquellos preceptos y la situación de acoso.

Con independencia de esta dificultad que conectaremos al final con otros problemas, se pueden realizar básicamente dos tipos de actuación por parte de la inspección. Analizamos lo realizado por esta institución porque la actuación judicial difícilmente podrá efectuar alguna de estas actuaciones, si bien es obvio que como veremos al analizar la Jurisprudencia sobre este tema, acoge todos aquellos conceptos que conforman lo que la Doctrina Científica ha establecido como razonable en esta materia.

A) MEDIACIÓN

Aparte de lo que obviamente conlleva esta tarea, es decir una actividad de intento de solución del problema, mediante un acuerdo que supere las situaciones que podrían conceptuarse como de acoso moral, previa aceptación de las dos partes del conflicto (art. 3 de la Ley 42/1997 ordenadora de la Inspección de Trabajo), sólo cabe destacar que en referencia a los incumplimientos en materia de seguridad y salud no cabe mediación, sólo debe realizarse o un requerimiento o una propuesta de sanción, puesto que ante una situación irregular en esta materia únicamente el cumplimiento de la Ley puede dar una solución satisfactoria.

B) REQUERIMIENTO O PROPUESTA DE SANCIÓN

El requerimiento puede consistir en cualquier medida tendente a demostrar la falta de pasividad de la dirección. Lo más frecuente, es exigir

el establecimiento de algún tipo de medida organizativa que elimine por completo las situaciones de riesgo o potencialmente peligrosas y la resitución, cuando se hubiera producido un deterioro real, de la situación laboral de la víctima al momento anterior del ataque.

Para que esta actuación sea adecuada es necesario que se conjuen varios requisitos:

El inspector actuante debe realizar las actuaciones previas necesarias, para demostrar fehacientemente que la empresa en ningún momento anterior ha conocido la situación de acoso moral, y que por tanto no ha existido tolerancia en tal sentido. También, si se ha actuado consecuentemente con los hechos denunciados, antes de la actuación inspectora y con cierta inmediatez sería lógico pensar que la empresa no ha tenido una actitud de pasividad o complacencia.

Las medidas establecidas en el requerimiento deben:

- Evitar tener algún grado de perjuicio para la presunta víctima, debiendo cargar la onerosidad sobre el causante o causantes de las situaciones irregulares.
- Tener en cuenta las posibilidades reales de retomar la situación previa al acoso, y no estar en contradicción con lo establecido por el servicio de prevención en caso de haber éste actuado.

Propuesta de sanción: Artículo 4.2.e) del ET, basado en dos tipos de indicios:

a) Fácticos:

Se trata de observar las condiciones en las que se desarrolla la actividad laboral del denunciante de una situación de acoso moral, teniendo en cuenta no sólo las circunstancias en las que éste desarrolla su trabajo que sólo a él le atañen, sino también todo el contexto en las que las mismas se desarrollan, sin perjuicio de las prácticamente innumerables posibilidades que se abren al observador, pueden citarse como los indicios más frecuentes en estos casos:

- Lugar de trabajo. Se debe observar la idoneidad del puesto de trabajo en cuanto a su ubicación, medios con los que se cuenta y relación con los compañeros.
- Existencia generalizada de rumores de tipo profesional o personal que perjudiquen a la víctima.
- Aislamiento, ya sea físico o moral, coaccionando en este caso a los trabajadores para evitar el contacto con la víctima tanto dentro como fuera del centro de trabajo.

- Menosprecio, que puede consistir desde insultos u ofensas a comentarios poco favorables a las actividades laborales realizadas.
 - Actividades inútiles, ya lo sean en sí mismas o bien que se revelan como tales posteriormente (por ejemplo hacer un estudio de mercado en un lugar donde en ningún momento se ha tenido la intención de invertir).
 - Manipulación de información. El caso más claro consiste en dar datos equivocados para que la víctima dé un resultado erróneo y así presentarlo ante la Dirección como un trabajador incompetente.
 - Nivel de exigencia desigual. En este sentido es obvio que un alto nivel de exigencia, aunque se considere excesivo objetivamente, no es de ningún modo un indicio de acoso moral, sin embargo si este nivel es más alto para la presunta víctima sí que podemos considerar este hecho como altamente significativo.
 - Finalmente citaremos lo que podríamos denominar «sanciones ilegales», se trata de represalias ante una actuación del trabajo, que en lugar de enmarcarse en el ámbito de la Ley o los Convenios (desde la amonestación al despido), suponen una iniciativa ilegal del empresario, por ejemplo trasladar el puesto de trabajo a un lugar humillante debido a un comportamiento previo inapropiado del trabajador. En este sentido es importante destacar que de ninguna manera la real existencia de este comportamiento inapropiado puede suponer una justificación para este tipo de actuaciones empresariales.
- b) Incumplimientos jurídico laborales, en este sentido los incumplimientos de la Legislación Laboral que más frecuentemente se pueden conectar a este tema como indicios racionales de una situación como a la que venimos haciendo referencia son:
- La falta de ocupación efectiva (art. 4.2.a ET), la cual es frecuente que vaya unida a las acciones de «ninguneo» al trabajador.
 - La violación de las garantías establecidas en el artículo 18 del ET para preservar la intimidad del trabajador en vestuarios, taquillas, etc.
 - La vulneración de los límites establecidos en el artículo 20.3 del ET del poder de vigilancia del empresario incardinado en el poder de dirección.

- El incumplimiento en materia de movilidad funcional (art. 39.3 ET) de la prohibición de realizarla en menoscabo de la dignidad del trabajador.
- Ignorar lo indicado en el artículo 41 ET sobre el procedimiento para proceder a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o
- Cualquier otra irregularidad desde el retraso de salarios hasta las desigualdades por ejemplo a la hora de ofrecer horas extraordinarias siempre que se puedan conectar a la situación analizada.

La actuación inspectora debe consistir, por consiguiente, en una recopilación de estos indicios con el fin de, al igual que sucede en los casos de discriminación realizar una inversión de la carga de la prueba, dejando en manos del responsable de la situación, la obligación de fundamentar la misma.

Es obligatorio, llegados a este punto recordar que en un Estado de Derecho los límites de: Legalidad, Legitimidad y Razonabilidad no se aplican, en la actualidad, sólo a la actuación de la Administración Pública, también, han de ser aplicados a las decisiones del empresario. La Sentencia del TC 34/1984 inicia una línea jurisprudencial clara. En el mismo sentido, en el ámbito de la función pública la Sentencia de TS de 23-7-2001.

Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, una pregunta que podemos hacernos llegados a este punto, es la siguiente: ¿En caso de la existencia, al mismo tiempo en un asunto de acoso moral, de incumplimientos en materia de seguridad y salud y también de acuerdo con el ET qué debemos hacer? La respuesta, en el ámbito de la Inspección de Trabajo, es la siguiente:

El artículo 4.4 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, que regula el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública señala: «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». En la Legislación actual esto daría lugar a la aplicación automática del artículo 4.2.e) ET, si bien es cierto que como argumento este hecho no tiene valor, dado que puede modificarse la calificación de las infracciones en cualquier momento.

Se ha remitido a todas las Inspecciones Provinciales el Criterio Técnico sobre «Mobbing» (acoso psicológico o moral), CT 34/2003, elaborado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en dicho documento se vienen a decir dos cosas:

- Las conductas de acoso moral no están tipificadas entre las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales que contiene nuestro Ordenamiento, y
- En el resto de nuestro Derecho lo único aplicable es el ya citado artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores.

Es obvio que esto como mínimo es parco e incompleto, sin embargo desde el punto de vista práctico, lo cierto es que la protección de los trabajadores queda asegurada, en este caso por la vía del Estatuto, con lo cual extenderse en una crítica, si bien sería muy interesante, supondría alejarse del tema tratado. Sin embargo, lo dicho tiene una tremenda importancia en el ámbito de los funcionarios públicos, a continuación analizaremos este asunto.

V. La actuación ante las Administraciones públicas

En principio, y por lo que se refiere al tema de seguridad y salud laboral, la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales en su artículo 45, y su posterior desarrollo en el RD 707/2002, de 19 de julio, establece un sistema de control, que es básicamente un mecanismo para informar al órgano competente de la Administración afectada de cuál es la situación con el fin de que se resuelva internamente. Todo ello sin perjuicio de aplicar los procedimientos ordinarios en los casos en los que la Administración ha contratado una ETT, actúa como contratista principal o existan defectos en la coordinación con los trabajadores de otras empresas que se encuentren en el centro de trabajo que la Administración ha contratado.

Éste resumidamente es el panorama general. Sólo podríamos añadir, en el caso que nos ocupa, el acoso moral, la actividad que la Inspección de Servicios puede tener a la hora de conceptualizar y sancionar en su caso la conducta de los funcionarios.

La aparición del CT 34/2003 viene no a esclarecer el asunto ya de por sí bastante confuso, sino a sumar una serie de preguntas o dudas a las preexistentes.

El asunto no es baladí pues la reciente Sentencia del TS de 10 de febrero de 2003 establece el carácter vinculante, para los inspectores de trabajo, de los criterios técnicos emanados de la Dirección General antes mencionada.

Ya hemos adelantado antes lo establecido en términos generales por dicho criterio, si bien en el mismo se da una salida para su propia interpretación señalando: «En aquellos casos muy relevantes en que se pudiera apreciar un peligro extremo, por su gravedad e inminencia, para la

seguridad y salud de los trabajadores, en los términos estrictos del artículo 13.4 TRLISOS, sí que cabrá acudir al procedimiento recogido en el RD 707/2002 de 19 de julio». Tras esto el subjetivismo alcanza su paroxismo, dado que todo acoso moral es grave (o al menos eso parece desde el mero sentido común) y en cuanto a la inminencia nos encontramos con algo parecido a cuando en una empresa se descubren dosis elevadas de amianto, no parece que el trabajador pueda sufrir un daño inmediatamente pero tampoco parece lógico no actuar de inmediato.

En cualquier caso la Doctrina⁷ ya se ocupa de intentar dar luz a este documento que en cualquier caso no resuelve ninguno de los interrogantes planteados.

VI. Algunas preguntas sin respuesta

Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, nos encontramos con los siguientes problemas aún no resueltos satisfactoriamente:

- 1.º El problema de la relación de causalidad entre incumplimientos o cumplimientos de los preceptos de seguridad y salud y la actualización de riesgos, especialmente en el campo de la gestión de la prevención en medianas o grandes empresas.
- 2.º El hecho de que el daño moral, que existe siempre en estos casos, a veces no va acompañado de un daño evaluable por la SS, con el trato desigual que esto conlleva. Se podrá decir que en otros accidentes a veces tampoco existe daño resarcible, pero es lo cierto que tampoco se da el daño moral.
- 3.º El peligro de automatismo que la aplicación de las normas de Seguridad y Salud suponen en esta materia, siendo necesario llevar al extremo en estos casos el Principio de Culpabilidad, y
- 4.º El recargo de prestaciones, consecuencia inevitable de la línea argumental defensora de la aplicación de la Normativa de Seguridad y Salud y que plantea dos problemas:
 - Desigualdad de trato ante circunstancias similares o incluso idénticas (dos sujetos bajo el mismo tipo de acoso, uno de los cuales resiste psicológicamente y otro no), y
 - La inevitable aplicación en mayor o menor medida de la responsabilidad objetiva.

⁷ Cristóbal MOLINA NAVARRETE: «Del silencio de la Ley a la Ley del silencio»: ¿Quién teme a la Lucha de la Inspección de Trabajo contra el Acoso Moral en las Administraciones Públicas?

VII. Sentencias significativas en orden a la consideración de la actualización de un riesgo psicosocial como accidente de trabajo

- 1) STSJ Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2001 (AS 2001, 1719).
Se considera incapacidad permanente total como derivada de una contingencia profesional, pues la depresión se originó como consecuencia de un expediente de regulación de empleo.
- 2) STSJ Castilla-León (Valladolid) de 20 de diciembre de 2001 (AS 2002, 198).
Se considera que un síndrome depresivo tiene su origen en el trabajo, al haber sido trasladada una limpiadora a trabajar en un sótano, sin perjuicio del carácter legítimo de la orden de la empresa. Las razones de considerar el lugar como «indigno» son, sin duda, de orden subjetivo, lo relevante es que el origen probado del síndrome depresivo se encuentran en un cambio laboral.
- 3) STSJ de Navarra de 23 de marzo de 2004 (Ar 1072).
El estrés por acoso es accidente de trabajo.
- 4) STSJ de Baleares de 14 de noviembre de 2004 (Ar 57533).
El estrés por una serie de situaciones de máxima tensión en el trabajo (insultos mutuos, gritos, manifestaciones de desprecio, etc.) es accidente de trabajo aunque no se ha constatado el acoso).

VIII. Sentencias sobre acoso

Se estima que hubo acoso:

- 1) STSJ Las Palmas, de 28 de abril, de 2003 (Ar 3894).
La conducta punible consistió básicamente en una falta de ocupación efectiva.
- 2) STSJ Madrid, de 20 de marzo de 2003 (Ar 3030).
La conducta consistió en impago de salarios, insultos y puesta en duda de la capacidad profesional del acosado.
- 3) SSJ Galicia, de 8 de abril de 2003 (Ar 2893).
La conducta consistió en un acoso horizontal de compañeras y accionistas de la empresa.
- 4) STSJ de Madrid, 8 de octubre de 2002 (Ar 1000).
La conducta fue falta de ocupación efectiva, lugar de trabajo indigno, se le suprimen materiales para su trabajo y no se responden sus escritos.

Se estima que no hubo acoso:

- 1) STSJ del País Vasco, de 23 de diciembre (Ar 4176).
Se trata de una movilidad funcional respetando la categoría y el salario.
- 2) STSJ del País Vasco, de 14 de octubre de 2003 (Ar 3764).
Se trata de una ansiedad provocada por un desdoblamiento social.
- 3) STSJ de Murcia, de 1 de octubre (Ar 3688).
Un cambio de funciones no es acoso, sobre todo teniendo en cuenta que dichas funciones habían desaparecido.
- 4) STSJ de Valencia, de 17 de enero de 2003 (Ar 825).
No existe acoso al no tratarse de una situación individualizada sino que afecta a un colectivo.
- 5) STSJ de Galicia, de 27 de enero de 2005.
La conducta de un jefe de tienda que hace comentarios sexistas y sexuales no es acoso. La simple zafiedad si no va dirigida a una persona concreta no supone que esta figura se dé.

Nota final

A partir de la sentencia de 11 de marzo de 2004 del Tribunal Supremo, parece que se consolida una línea jurisprudencial en virtud de la cual no se puede, cuando el trabajador utiliza la vía del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores, compatibilizar la indemnización tasada por extinción del contrato de trabajo con una indemnización de daños y perjuicios en estos casos.

Riesgos laborales y jurisdicción. Influencia del Derecho comunitario europeo

Joaquín García Bernaldo de Quirós

Magistrado Especialista en lo Contencioso-Administrativo
Presidente de la Sala lo Contencioso-Administrativo,
en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

I. La prevención de riesgos laborales y su regulación en el Derecho comunitario europeo

A) *Antecedentes*

Como nos recuerda acertadamente Montero Pérez¹ el modelo de política social europea va cambiando lentamente de perspectiva. El Tratado de Roma se basó inicialmente en una filosofía liberal, donde la política social era un apéndice del mercado común. Más tarde, en la versión originaria del Tratado de la Unión Europea la creación de la ciudadanía de la Unión venía acompañada de la aprobación de un Acuerdo de Política Social, celebrado entre los países miembros, con excepción inicial del Reino Unido, y de la Declaración sobre cohesión económica y social en el Protocolo 15. Ello no suponía una verdadera constitucionalización «singular» de tales derechos en el sistema del Tratado. Con el Tratado de Ámsterdam, se produce un cambio cualitativo desde el punto de vista estrictamente constitucional, a saber: se lleva a cabo la recepción en el sistema del Tratado —en términos de objetivos de política social— de una carta de derechos sociales fundamentales integrativa de la constitución social europea. El Tratado de Ámsterdam inserta el Protocolo 14 del Tratado de Maastricht en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Las «dos cartas» europeas se consideran como fuentes de inspiración, interpretación e impulso de la política social y del Derecho social comunitario (cfr. art. 136. antiguo 117 TCE). Esta proclamación de los derechos sociales fundamentales aunque en términos

¹ MONTERO PÉREZ, José Luis. *El Derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial*.

debilitados de principios u objetivos de la política social y del derecho social comunitario debe necesariamente enmarcarse en el más amplio reconocimiento en la Unión Europea de la aceptación de los derechos y libertades fundamentales: «La Unión Europea respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario» (art. 6.2 TUE).

Podemos concluir afirmando que el Tratado de Ámsterdam mejora la situación anterior respecto de lo que podíamos llamar Derecho Social Europeo, pero sin introducir verdaderos derechos en los ciudadanos directamente invocables. En efecto el artículo 140 TCE sigue afirmando que «con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 136, y sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado, *la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social* tratados en el presente capítulo, particularmente relacionadas con el empleo, el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo; la formación y perfeccionamiento profesionales; la Seguridad Social...». No hay referencia a verdaderos derecho de los trabajadores.

Es verdad que el Tratado de Ámsterdam los Títulos XI («Política social, de educación, de formación profesional y de juventud») y VIII («Empleo»), introducidos en el Tratado CE por el Tratado de Ámsterdam. En efecto, como nos recuerda al autor antes citado «el nuevo Título XI TCE es todavía un conjunto normativo insuficiente para la garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales en el ámbito comunitario:

Primero, porque no reconoce auténticos “derechos” ni se formalizan en normas de directa e inmediata aplicación, sino que se formulan como principios u objetivos de política social.

En segundo lugar, se excluyen de la “constitución social” (por el hecho mismo de hacerlo caben serias dudas de que sea merecedora de dicha calificación técnico-jurídica) los derechos de asociación y sindicación, derecho de huelga, cierre patronal y la materia relativa a la remuneración (art. 137.6 TCE); lo que contrasta (en el sentido “fuerte” de entrar en contradicción) con el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva y a la eficacia de los acuerdos alcanzados en dicha negociación (art. 139 TCE).

Tercero, se imponen reglas muy severas (la unanimidad decisional) para “ámbitos” de lo social de tanta relevancia como la Seguridad Social, protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral y representación y defensa colectiva de los intereses de los tra-

bajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6; etc. (art. 137.3 TCE)».

B) *Situación Actual*

El Tratado de Niza ha modificado los artículos 137, 139,2 y 144 del Título XI TCE en lo que ahora concierne. Así en el nuevo artículo 137, se afirma que:

1. Para la consecución de los objetivos del artículo 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros *en los siguientes ámbitos*:
 - a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;
 - b) las condiciones de trabajo;
 - c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores;
 - d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral;
 - e) la información y la consulta a los trabajadores;
 - f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5;
 - g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad;
 - h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 150;
 - i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo;
 - j) la lucha contra la exclusión social;
 - k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c).
2. A tal fin, el Consejo:
 - a) podrá adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros;
 - b) *podrá adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas*

que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

El Consejo decidirá con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, excepto en los ámbitos mencionados en las letras c), d), f) y g) del apartado 1 del presente artículo, en que el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités. El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá decidir que el procedimiento previsto en el artículo 251 sea aplicable a las letras d), f) y g) del apartado 1 del presente artículo.

3. Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2.

En tal caso se asegurará de que, a más tardar en la fecha en la que deba estar transpuesta una directiva con arreglo al artículo 249, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias; el Estado miembro interesado deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por dicha directiva.

4. Las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo:
 - No afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste.

No impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con el presente Tratado.

5. *Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.*

Como vemos el precepto sigue hablando de «ámbitos» y no de derechos individuales, sigue confiando en las Directivas como instrumento para realizar la protección y sigue excluyendo el núcleo duro respecto del contenido de los derechos sociales.

Por su parte el artículo 140, en nueva redacción, nos dice lo siguiente:

«Con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 136, y sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará *la coordinación de sus acciones en los ámbitos* de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con:

- El empleo.
- El derecho del trabajo y las condiciones del trabajo.
- La formación y perfeccionamiento profesionales.
- La Seguridad Social.
- La protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.*
- La higiene del trabajo.*
- El derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

A tal fin, la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales.

Antes de emitir los dictámenes previstos en el presente artículo, la Comisión consultará al Comité Económico y Social».

Precepto que debemos poner en conexión con el nuevo artículo 144 cuando afirma que «el Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, creará un Comité de Protección Social, *de carácter consultivo*, para fomentar la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros y con la Comisión. El Comité tendrá por misión:

Supervisar la situación social y la evolución de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la Comunidad; facilitar el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados miembros y con la Comisión; *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 207, elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos que sean de su competencia, ya sea a petición del Consejo o de la Comisión, ya por propia iniciativa.*

Para llevar a cabo su mandato, el Comité entablará los contactos adecuados con los interlocutores sociales.

Cada uno de los Estados miembros y la Comisión designarán dos miembros del Comité».

Podemos concluir afirmando que el tratado de Niza mantiene los mismos defectos ya denunciados respecto de lo que supuso Ámsterdam, aunque es cierto que avanza en la creación del embrión del Derecho

Social Europeo. Mejora la redacción anterior cuando contempla más «ámbitos» de actuación, también cuando crea el Comité de Protección Social, aunque sea sólo de carácter consultivo, sin que tenga legitimación para actuar en el ámbito de la protección.

Por tanto la defensa del derecho europeo en la materia de prevención de riesgos laborales se hará a través de la exigencia de aplicación del Derecho existente y, en concreto, de las Directivas. Y, cómo no, mediante la doctrina del Tribunal de Justicia cuando enjuicia supuesto de inaplicación por los Estados del Derecho Comunitario.

II. Posición tradicional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la falta de aplicación del Derecho comunitario y su incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos europeos

Desde su origen, y pretendiendo que los particulares obtengan el máximo rendimiento de los derechos que les confiere el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia siempre ha estado muy atento a las infracciones cometidas por los Estados miembros y su incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos.

Recordemos sus principales pronunciamientos siguiendo a Sarmiento Ramírez-Escudero²:

- a) *El principio de primacía* se consagró en 1964 en la sentencia Flaminio Costa, 6/64, de 15-7-64 y posteriormente en Simmenthal, 106/77, de 9-3-78. El principio de efecto directo encuentra su acta de nacimiento en la histórica sentencia Van Gend en Loos, 26/62, de 5-2-63.
- b) Otra evolución en este sentido es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre *la eficacia directa de las Directivas*, cuando éstas no son debidamente adaptadas a los ordenamientos nacionales. En este sentido la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia iniciada con las sentencias Grad, 8/70, de 18-11-70, SACE, 33/70, de 17-12-70 y Van Duyn, 41/74, de 4-12-74.
- c) El Tribunal de Justicia, a finales de los ochenta, reconoció que un *Estado miembro debía responder económicamente por los daños causados a los particulares, cuando la actitud de aquél hubiera in-*

² SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, Daniel. *Responsabilidad de los tribunales nacionales y Derecho comunitario. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia.*

- fringido el Derecho comunitario.* Haga lo que haga el Estado, de una forma u otra siempre quedará satisfecho el derecho subjetivo que el ordenamiento comunitario reconocía al ciudadano. En este sentido véase la jurisprudencia sobre responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario, que arranca con el asunto Francovich y se confirma con el asunto Larys (Asuntos Francovich y Bonifaci contra Italia, C-6 y 9/90, de 19-11-91; Brasserie du Pêcheur y Factortame, C-46 y 48/93, de 5-3-96; Dillenkofer e.a., C-178, 179 y 188/94, de 8-10-96; Denkavit, C-283, 291 y 292/94, de 17-10-94; British Telecommunications plc, C-293/93, de 15-9-94; Hedley Lomas, C-5/94, de 23-5-96.)
- d) Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal creó una *acción de responsabilidad por la actuación imputable al Estado*, como sujeto con personalidad jurídica internacional (STJCE Brasserie du Pêcheur y Factortame, ya citada). En esos momentos el Tribunal de Justicia estableció que el titular responsable era el Estado sin distinguir que la lesión procediera del legislador estatal, una Administración pública u otro órgano interno del Estado.
- e) *Requisitos para que se exija responsabilidad por esta causa.* El Tribunal ha reducido las posibilidades de exigir responsabilidad a aquellos supuestos que cumplan tres requisitos: que la norma comunitaria lesionada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados. Requisitos que deben ser aplicados a la luz de varios criterios, también desarrollados a lo largo de la jurisprudencia antes citada: el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, el carácter intencional de la infracción, el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho y la posición adoptada, en su caso, por una institución comunitaria.
- f) *Órgano competente para declarar la responsabilidad.* En atención al sistema de justicia comunitaria desconcentrada, instaurado por el propio Tratado de la Comunidad, son los jueces nacionales los encargados de aplicar esta jurisprudencia en el caso concreto. Los jueces nacionales, como «jueces comunes de Derecho comunitario» que son, aplicarán los cauces procesales de su legislación nacional de la mano de las condiciones sustanciales impuestas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Mientras que el Derecho comunitario establece en qué situaciones y con qué extensión cabe exigir la responsabilidad del Estado, el Derecho nacional dispone

las normas procesales necesarias para hacer efectiva la acción. Además, el Tribunal ha afirmado en varias ocasiones que el sistema de responsabilidad inaugurado por Francovich es un sistema de mínimos, y por tanto los Estados miembros podrán establecer vías resarcitorias más protectoras de cara a los particulares.

Ahora bien, aunque los Tribunales nacionales son los garantes del Derecho comunitario ante el ciudadano, la normativa comunitaria es técnica, muy abundante y en ocasiones difícil de seguir, máxime cuando existe jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Justicia. La posibilidad de que los Tribunales nacionales cometan errores en la aplicación del Derecho comunitario es mucho mayor que en la aplicación del Derecho nacional, pues aquél siempre será un ordenamiento foráneo para el juez. Por tanto, exigir responsabilidad a los Estados por la actividad de sus Tribunales se presenta más difícil que para exigirla al Estado. No obstante estas dificultades, el Tribunal de Justicia ha entendido que el Derecho comunitario también exige a los Estados el reconocimiento de su responsabilidad cuando actúan a través de sus Tribunales, incluso cuando el objeto de tal actuación sea el error judicial. Sin embargo, el alto Tribunal ha entendido que la infracción del Derecho comunitario tiene que ser «manifiesta», y no «suficientemente caracterizada», como se venía exigiendo en la jurisprudencia hasta el momento. Aunque la responsabilidad del Estado-juez quede finalmente abierta, lo cierto es que su reconocimiento se hace en términos muy estrictos. Ésta es la aportación de la sentencia Köbler, que pasamos a comentar.

III. Evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia: hacia la responsabilidad del Estado-juez por inaplicación del Derecho comunitario. Requisitos y límites

Recordemos brevemente el contenido de la sentencia recaída en el Asunto Gerhard Köbler vs. República de Austria, C-224/01, de 30 de septiembre de 2003. Siguiendo a Sarmiento Ramírez-Escudero³ podemos extraer la sentencia de la siguiente forma:

Gerhard Köbler es un ciudadano alemán residente en Austria, donde ejerce como Catedrático de la Universidad de Innsbruck desde 1986. En virtud de una Ley austriaca de 1956, denominada Ley de

³ *Opus. cit.*

retribuciones, un profesor universitario que acredite quince años de servicios en universidades austriacas podrá computar un complemento especial de antigüedad. El señor Köbler reúne el primero de los requisitos, los quince años de experiencia profesional, pero no así el segundo: la prestación de servicios en universidades austriacas. Habiendo ejercido los primeros años de su carrera en la República Federal Alemana, y al no encontrarse en el ámbito de aplicación de la Ley de retribuciones, la Administración austriaca excluye al señor Köbler del complemento retributivo.

El artículo 39.2 del Tratado de la Comunidad Europea prohíbe toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros. El precepto especifica que el empleo, la retribución y las condiciones de trabajo son aspectos en los que la discriminación se encuentra expresamente excluida. El señor Köbler argumenta que el complemento por antigüedad forma parte de su retribución, y por tanto constituye una discriminación por razón de nacionalidad en uno de los campos excluidos por el Tratado. Por otra parte, el Estado austriaco justifica el complemento catalogándolo como una prima de fidelidad, aneja a una política investigadora que tiene por objetivo mantener a los investigadores nacionales en el país, y así evitar la llamada «fuga de cerebros». En este último caso, la discriminación podría encontrar una justificación y así pasaría a constituir una excepción a la libertad de circulación de trabajadores. A la vista de esta duda interpretativa, en 1997 el Verwaltungsgerichtshof austriaco planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Sin embargo, en la sentencia *Schöning*, del 15 de enero de 1998, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas falló que los complementos contenidos en la Ley austriaca no eran primas de fidelidad, sino partes integrantes del salario de los profesores universitarios. En este asunto, el Tribunal estimó que la Ley de retribuciones hacía encuadrar bajo la categoría de primas a auténticos componentes de la retribución. El Tribunal no entró a conocer si la Ley de retribuciones austriaca era contraria al Tratado, pero al aclarar la calificación de los complementos dejaba en evidencia que difícilmente podría justificarse tal discriminación salarial por razón de nacionalidad. El 25 de marzo de ese año el Tribunal de Justicia preguntó al Verwaltungsgerichtshof si juzgaba necesario mantener su petición de decisión prejudicial, a lo que el Tribunal austriaco respondió en sentido negativo.

Pero ante la sorpresa de todos, el Verwaltungsgerichtshof falló en un sentido contrario a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia en el asunto *Schöning*, y pasó a catalogar los complementos citados no como partes integrantes del salario, sino como genuinas primas de fidelidad susceptibles de excepcionar lo dispuesto en el artículo 39.2 del Tratado de la Comunidad. Al hacer referencia al fallo de la sentencia *Schöning*, el Tribunal austriaco afirmó que

«Este criterio jurídico, formulado de modo que no vincula al tribunal respecto a las partes del procedimiento contencioso-administrativo, no puede mantenerse».

De este pronunciamiento puede deducirse un fallo abiertamente contradictorio con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. De hecho, el Tribunal nacional no se ampara en la doctrina del acto aclarado reconocida por el Derecho comunitario desde 1963, sino que afirma expresamente la falta de vinculación de la jurisprudencia comunitaria sobre las partes del proceso. Fuera voluntario o involuntario el error judicial, la sentencia del Verwaltungsgerichtshof es un pronunciamiento manifiestamente contrario al Derecho comunitario, y concretamente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Ante esta situación, el señor Köbler acude a los Tribunales por segunda vez con objeto de reivindicar los daños que el Estado le ha provocado, debido a la actuación abiertamente ilegal de los Tribunales austriacos. Por segunda vez se plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, pero esta vez preguntando por la viabilidad de una acción de responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario, sustentada por la actuación de un Tribunal. Concretamente, por la actuación de un Tribunal Supremo, como era el caso del Verwaltungsgerichtshof.

La respuesta del Tribunal de Justicia, siguiendo de forma sustancial al Abogado General Léger, resultó afirmativa y reconoció que la actuación judicial entra en la esfera de actuación de cada Estado. El Tribunal reiteró los fundamentos de su jurisprudencia en materia de responsabilidad, y recordó que el principio de responsabilidad «es válido para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento». Estimó que los Tribunales nacionales entran en este radio de acción, máxime cuando se trata de un Tribunal cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso. Por tanto, queda abierta la vía de la responsabilidad de los Estados cuando éstos actúan a través de sus Tribunales, y queda abierta con los mismos requisitos exigidos para los demás poderes del Estado. Sin embargo, el Tribunal de Justicia entendió que cuando intervenía el poder judicial del Estado era necesario matizar uno de estos requisitos, el relativo a la infracción suficientemente caracterizada:

«Por lo que se refiere en particular al segundo requisito y a su aplicación con el fin de declarar una posible responsabilidad del Estado debida a una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, se han de tener en cuenta la especificidad de la función jurisdiccional y las exigencias legítimas de seguridad jurídica [...]. La responsabilidad del Estado derivada de una violación del Derecho comunitario debida a una resolución de ese tipo solamente puede exigirse en el caso

excepcional de que el juez haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable».

Por tanto, el Tribunal endurece considerablemente los términos en que cabe declarar la responsabilidad de los Estados cuando la infracción comunitaria proceda de los Tribunales. En los últimos años se había conocido un gradual endurecimiento de los requisitos antes citados, pero no en unos términos tan rotundos como los expresados en el asunto Köbler en relación al poder judicial. En un intento por equilibrar los intereses del Derecho comunitario y la necesidad de establecer cauces coactivos con los Tribunales nacionales, la sentencia Köbler ofrece un resultado intermedio pero con una evidente inclinación hacia la tolerancia pro-judicial. Esta inercia puede deducirse del resultado final alcanzado en la sentencia, cuando el Tribunal de Justicia pasa a aplicar su nueva doctrina al caso concreto.

De forma un tanto sorprendente, el Tribunal estima que el Verwaltungsgerichtshof no incurrió en responsabilidad. A pesar de que la sentencia Schöning ofreció una pauta clara y precisa sobre el resultado que merecía el asunto Köbler; a pesar de que la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia sustentaba una interpretación restrictiva de las discriminaciones salariales; a pesar de que el propio Tribunal indujo al Verwaltungsgerichtshof a alcanzar un resultado distinto, al ofrecerle la retirada de la primera cuestión prejudicial; y a pesar de que el Abogado General Léger, proponiendo una doctrina sustancialmente similar a la creada por el Tribunal, se mostró favorable a la declaración de responsabilidad, el Tribunal aplica la teoría recién expuesta con suma dureza y exime de culpa al Verwaltungsgerichtshof. Defiende este resultado al reconocer que la sentencia Schöning no ofrecía un resultado definitivo sobre la licitud de los complementos, sino que se limitaba a catalogarlos como parte de los salarios, y no como primas de fidelidad. Lo único que recrimina al Tribunal austriaco es haber retirado la primera cuestión prejudicial, lo cual no deja de resultar sorprendente, pues tal retirada se produjo a instancias del mismo Tribunal de Justicia. La sentencia nos muestra de esta manera que la «infracción manifiesta», a diferencia de la «infracción suficientemente caracterizada» conocida para los demás poderes del Estado, es un estándar que difícilmente permitirá activar el mecanismo rescaritorio contra los Tribunales nacionales.

Ante este resultado, la sentencia Köbler parece indicar que la acción de responsabilidad sólo será admisible cuando nos encontremos ante una infracción tan grosera e insostenible, que sólo quepa ser calificada como una rebelión judicial. De hecho, debido al pulso mantenido con el Tribunal económico-administrativo alemán, la jurisprudencia comunitaria sufrió una considerable modificación en cuanto a la protección del derecho fundamental de propiedad. Parecen ser estos amotinamientos judiciales los que merecen la apertura de un cauce indemnizatorio, pero ésta es una afirmación que sólo el tiempo nos la confirmará.

IV. Evolución de la Doctrina Köbler

a) *STJCE Pleno, S 9-12-2003, n.º C-129/2000*

El Tribunal de Justicia decide que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no modificar disposiciones nacionales (Disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a las Comunidades Europeas) (Ley comunitaria para el año 1990), que es interpretado y aplicado por la Administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la Corte Suprema di Cassazione (Italia), de un modo que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias.

Veamos los fundamentos jurídicos más interesantes de la sentencia:

28. Las alegaciones de la Comisión en apoyo de su recurso presentan tres aspectos. En primer lugar, aduce que numerosos órganos jurisdiccionales italianos, particularmente de forma reiterada la Corte Suprema di Cassazione, consideran acreditada la repercusión de los tributos sobre terceros por el mero hecho de que el solicitante sea una empresa comercial, añadiendo a veces como motivación que la empresa no es insolvente y que el tributo se ha recaudado durante años en el conjunto del territorio nacional sin ser objeto de controversia. En segundo lugar, la Comisión señala que la Administración exige sistemáticamente la presentación de los documentos contables del solicitante. En caso de recurso por parte de éste, los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto acceden a esta exigencia sobre la base del mismo tipo de motivos que los que se acaban de mencionar e interpretan de manera desfavorable para el solicitante el hecho de que no se presenten dichos documentos aun cuando el plazo legal de conservación de éstos haya expirado. En tercer lugar, la Comisión señala que la Administración considera que el hecho de que no se contabilice el importe de los tributos de que se trate, desde el año en que se abonan, en concepto de anticipos al erario público por un impuesto indebido, como créditos en el activo del balance de la empresa que reclama su devolución, demuestra que dichos tributos han sido repercutidos sobre terceros.

29. *En principio, cabe declarar la existencia de un incumplimiento de un Estado miembro con arreglo al artículo 226 CE cualquiera que sea el órgano de dicho Estado cuya acción u omisión ha originado el incumplimiento, incluso cuando se trata de una institución constitucionalmente independiente (sentencia de 5 de mayo de 1970, Comisión/Bélgica, 77/69, Rec. p. 237, apartado 15).*

30. *El alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales (véase, en particular, la sentencia de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido, C-382/92, Rec. p. I-2435, apartado 36).*

31. *En el presente caso, se examina el artículo 29, apartado 2, de la Ley n. 428/1990, que establece que se devolverán los derechos e impuestos percibidos con arreglo a disposiciones nacionales incompatibles con normas comunitarias, salvo que el gravamen correspondiente se haya repercutido sobre otros sujetos.* Tal disposición es en sí misma neutra por lo que respecta al Derecho comunitario, tanto en relación con la carga de la prueba de que el tributo se ha repercutido sobre otras personas como con los medios de prueba admisibles al efecto. Su alcance debe determinarse teniendo en cuenta la interpretación que de ella hacen los órganos jurisdiccionales nacionales.

32. **A este respecto, no cabe tomar en consideración decisiones judiciales aisladas o muy minoritarias en un contexto jurisprudencial marcado por una orientación diferente, o una interpretación desautorizada por el órgano jurisdiccional nacional supremo. La situación es distinta cuando se trata de una interpretación jurisprudencial significativa no desautorizada por dicho órgano jurisdiccional supremo o incluso confirmada por éste.**

33. **Cuando una legislación nacional es objeto de interpretaciones jurisprudenciales divergentes que pueden tomarse en consideración, algunas de las cuales conducen a una aplicación de dicha legislación compatible con el Derecho comunitario, mientras que otras dan lugar a una aplicación incompatible con éste, procede estimar que, como mínimo, esta legislación no es suficientemente clara para garantizar una aplicación compatible con el Derecho comunitario.**

34. En el presente caso, el Gobierno italiano no niega que un determinado número de sentencias de la Corte Suprema di Cassazione llegan a la conclusión, sobre la base de un razonamiento deductivo, de que, salvo prueba en contrario, las empresas comerciales que se encuentran en una situación normal repercuten sobre una fase posterior de la cadena de ventas un tributo indirecto, en particular si éste se ha recaudado en todo el territorio nacional durante un período apreciable y sin ser objeto de controversia. El Gobierno italiano se limita, en efecto, a exponer que a numerosos jueces de instancia no les basta tal razonamiento para considerar acreditada la repercusión y a ofrecer ejemplos de contribuyentes que han obtenido la devolución de tributos contrarios al Derecho comunitario, en casos en los que la Administración no logró demostrar ante el órgano jurisdiccional que conocía del asunto que los contribuyentes habían repercutido dichos tributos.

35. Pues bien, el razonamiento seguido en las sentencias de la Corte suprema di cassazione invocadas se basa a su vez en una premisa que no es más que una presunción, ...

38. En cualquier caso, en las situaciones en las que la Administración solicite la presentación de estos documentos tras la expiración del plazo legal de conservación de los mismos y el sujeto pasivo no los entregue, el hecho de concluir por ello que éste ha repercutido los tributos de que se trate sobre terceros o llegar a la misma conclusión salvo que el sujeto pasivo aporte prueba en contrario equivaldría a establecer una presunción en detrimento de este último que haría excesivamente difícil el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos contrarios al Derecho comunitario.

(...)

41. A la luz de las anteriores consideraciones, procede declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no modificar el artículo 29, apartado 2, de la Ley n. 428/1990, que es interpretado y aplicado por la Administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la Corte Suprema di Cassazione, de un modo que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Pleno) decide:

La República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no modificar el artículo 29, apartado 2, de la Ley n. 428, de 29 de diciembre de 1990, titulada «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990)» (Disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a las Comunidades Europeas (Ley comunitaria para el año 1990), que es interpretado y aplicado por la Administración y una parte significativa de los órganos jurisdiccionales, incluida la Corte Suprema di Cassazione (Italia), de un modo que hace excesivamente difícil para el contribuyente el ejercicio del derecho a la devolución de los tributos recaudados contraviniendo las normas comunitarias.

De los fundamentos anteriores podemos sacar las siguientes conclusiones:

- a) El Estado es responsable por falta de aplicación de derecho comunitario aunque la omisión se deba a la actuación de un tribunal.

- b) La real aplicación del Derecho Comunitario por un Estado se puede comprobar con la interpretación que del mismo hacen sus órganos administrativos o jurisdiccionales.
- c) Interpretaciones jurisdiccionales de normas internas que originan conflicto con la recta interpretación del Derecho Comunitario, si no son aisladas, y forman parte de una jurisprudencia constante implican, en primer lugar, que la legislación nacional no es clara respecto de la recta interpretación del derecho comunitario, y, en segundo lugar, que el estado-juez está privando a los ciudadanos de la plena eficacia del Derecho Comunitario.
- d) La consecuencia es la declaración de responsabilidad del Estado, previo análisis de su legislación interna y de su aplicación por sus tribunales.

b) *STJCE Pleno, S 13-1-2004, n.º C-453/2000*

El College van Beroep voor het bedrijfsleven decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente: *«¿Exige el Derecho comunitario, y en particular el principio de lealtad comunitaria contemplado en el artículo 10 CE, que, en circunstancias como las expuestas en esta resolución, un órgano administrativo reconsidere una resolución que haya adquirido firmeza, con el fin de garantizar la plena eficacia del Derecho comunitario, tal como debe ser interpretado a la luz de una sentencia prejudicial posterior?»*

El Tribunal contesta con los siguientes razonamientos que se transcriben:

22. De lo anterior resulta que una norma de Derecho comunitario así interpretada debe ser aplicada por un órgano administrativo en el ámbito de sus competencias incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se dictara la sentencia del Tribunal de Justicia que se pronuncia sobre la petición de interpretación.

23. El asunto principal suscita la cuestión de si el cumplimiento de esta obligación se impone a pesar de la firmeza de una resolución administrativa adquirida antes de que se solicite su revisión para que se tome en consideración una sentencia del Tribunal de Justicia que se pronuncia sobre una cuestión prejudicial de interpretación.

24. *Es preciso recordar que la seguridad jurídica es uno de los principios generales reconocidos por el Derecho comunitario. La firmeza de una resolución administrativa, adquirida al expirar los plazos razonables de recurso o por agotamiento de las vías de recurso, contribuye*

a dicha seguridad y debido a ello, el Derecho comunitario no exige, en principio, que un órgano administrativo esté obligado a reconsiderar una resolución administrativa que ha adquirido dicha firmeza.

25. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente precisó que, en Derecho neerlandés, a menos que se dañen los intereses de terceros, un órgano administrativo siempre tiene la facultad de reconsiderar una resolución administrativa firme y que, según las circunstancias, la existencia de dicha facultad puede implicar la obligación de revocar dicha resolución, aunque este Derecho no exija que el órgano competente reconsidere sistemáticamente resoluciones administrativas firmes para ajustarse a una jurisprudencia posterior a ellas. La cuestión del órgano jurisdiccional remitente tiene por objeto que se dilucide si, en circunstancias como las del litigio principal, se desprende del Derecho comunitario una obligación de reconsiderar una resolución administrativa firme.

26. Como resulta de los autos, estas circunstancias son las siguientes:

En primer lugar, el Derecho nacional reconoce al órgano administrativo la posibilidad de reconsiderar la resolución firme controvertida en el litigio principal. En segundo lugar, ésta no adquirió firmeza hasta que se pronunció una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial. En tercer lugar, esta sentencia se basaba en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una sentencia posterior del Tribunal de Justicia, era errónea y que se había adoptado sin someter la cuestión ante este último, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3. En cuarto lugar, la interesada se dirigió al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de esta sentencia del Tribunal de Justicia.

27. En tales circunstancias, el órgano administrativo de que se trata debe examinar de nuevo dicha resolución, en virtud del principio de cooperación derivado del artículo 10 CE, para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho comunitario efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia. Dicho órgano deberá determinar en función de los resultados de este nuevo examen en qué medida tiene que reconsiderar la resolución controvertida, sin dañar los intereses de terceros.

28. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión planteada que el principio de cooperación que deriva del artículo 10 CE obliga a un órgano administrativo ante el que se presenta una solicitud en este sentido a examinar de nuevo una resolución administrativa firme para tomar en consideración la interpretación de la disposición pertinente del Derecho comunitario efectuada entre tanto por el Tribunal de Justicia cuando:

- según el Derecho nacional, dispone de la facultad de reconsiderar esta resolución;
- la resolución controvertida ha adquirido firmeza a raíz de una sentencia de un órgano jurisdiccional nacional que resuelve en última instancia;
- dicha sentencia está basada en una interpretación del Derecho comunitario que, a la vista de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a ella, es errónea y que se ha adoptado sin someter la cuestión ante el Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, conforme a los requisitos previstos en el artículo 234 CE, apartado 3,
- el interesado se ha dirigido al órgano administrativo inmediatamente después de haber tenido conocimiento de dicha jurisprudencia.

Como vemos el artículo 10 TCE a través del principio de cooperación impone en aras de la primacía del Derecho comunitario, revisar en sede nacional una resolución que ha ganado firmeza, en la que se incluye no sólo la revisión administrativa, sino también, de forma mediata, la judicial, pues no se planteó la cuestión prejudicial y el tribunal nacional erró en la interpretación del derecho comunitario.

V. Conclusión

La doctrina anterior nos sitúa ante un auténtico «proceso de federalización» de la justicia comunitaria, se expresa, según Sarmiento Ramírez-Escudero⁴, a través de los siguientes parámetros:

- a) Con los juicios de validez que el Tribunal hace de las normas nacionales cuando debe pronunciarse en vía prejudicial;
- b) en la fuerza de la primacía que ha atribuido al Derecho comunitario frente al Derecho nacional;
- c) en la tendencia a delimitar su propia competencia y ampliarla más allá de lo dispuesto en los Tratados;
- d) o en la vinculatoriedad de sus precedentes hacia todos los Tribunales nacionales.

Éstos son sólo ejemplos de una creciente jerarquización en las relaciones entre jurisdicciones, de la cual ha salido claramente fortalecido el Tribunal de Justicia. El asunto Köbler, y los comentados, contribuyen a evitar cualquier amago de rebeldía por los Tribunales nacionales. Éstos

⁴ *Opus. cit.*

podrán alejarse de las normas comunitarias y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero los Estados deberán pagar por ello. De cara al futuro, Köbler puede ser una medida preventiva y nada más que eso, o es el primer paso en una nueva y coactiva forma de entender el Derecho comunitario.

VI. **Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre riesgos laborales**

A continuación se extractan las STJCE más interesantes sobre la aplicación y control de las Directivas sobre prevención de riesgos laborales, subrayando la doctrina que se considera vinculante a los efectos de la aplicación de las doctrina Köbler y las resoluciones posteriores.

a) *STJCE Sala 6.^a de 26 septiembre 1996*

La Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989; 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989; 89/655/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989; 89/656/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989; 90/256/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990; 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990; 90/394/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, todas ellas referidas a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo y medidas de protección con equipos que incluyen pantallas de visualización, para evitar riesgos dorsolumbares, y riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. El Reino de España no niega el incumplimiento que se le imputa, pero señala que el gobierno ha presentado un proyecto de ley para adaptar el Derecho interno a la Directiva 89/391. Según el Reino de España una vez aprobada la Ley por la que se adapta el Derecho interno la citada Directiva las demás serán adaptadas mediante Decretos. La Comisión desistió del recurso en relación con la primera Directiva pero lo mantuvo respecto de las demás. De las consideraciones anteriores el Tribunal entiende que se desprende que el Reino España ha incumplido sus obligaciones.

1. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 16 de marzo de 1995, la Comisión de las Comunidades Europeas

interpuso un recurso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CE, con el fin de que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de:

- la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (*DO L 183*, p. 1),
- la Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo (*DO L 393*, p. 1),
- la Directiva 89/655/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización en el trabajo de los equipos de trabajo (*DO L 393*, p. 13),
- la Directiva 89/656/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual (*DO L 393*, p. 18),
- la Directiva 90/269/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular, dorsolumbares, para los trabajadores (*DO L 156*, p. 9),
- la Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (*DO L 156*, p. 14),
- la Directiva 90/394/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo (*DO L 196*, p. 1), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dichas Directivas.

2. En primer lugar, la Comisión recuerda que, con arreglo al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CE, las Directivas obligan a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios que deban utilizarse.

3. A continuación, destaca que, conforme al artículo 5 del mismo Tratado, los Estados miembros están también obligados a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cum-

plimiento de las obligaciones derivadas del Tratado o resultantes de los actos de las Instituciones.

4. *Esta obligación que deriva del Tratado se reitera además de forma expresa en el apartado 1 del artículo 18 de la Directiva 89/391; en el apartado 1 del artículo 10 de las Directivas 89/654, 89/655 y 89/656; en el apartado 1 del artículo 9 de la Directiva 90/269; en el apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 90/270, y en el apartado 1 del artículo 19 de la Directiva 90/394, que prevén que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en tales Directivas, a más tardar el 31 de diciembre de 1992, y que informarán de ello inmediatamente a la Comisión.*

5. El Reino de España no niega el incumplimiento que se le imputa, pero señala que el Gobierno ha presentado un proyecto de ley que tiene por objeto adaptar el Derecho interno no sólo a la Directiva 89/391, sino también a otras Directivas, como las Directivas 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a 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 período de lactancia (DO L 348, p. 1); 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (DO L 216, p. 12), y 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal (DO L 206, p. 19), proyecto que se ha publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 12 de enero de 1995 con el título «Proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales».

6. Según el Reino de España, una vez aprobada la Ley por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 89/391, las Directivas 89/654, 89/655, 89/656, 90/269, 90/270 y 90/394 se desarrollarán mediante Real Decreto, sin perjuicio de las disposiciones ya vigentes.

7. *Mediante escrito de 16 de noviembre de 1995, el Reino de España transmitió al Tribunal de Justicia una copia de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 269, de 10 de noviembre de 1995, y que entró en vigor el día siguiente, por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 89/391.*

8. *Mediante escrito de 15 de febrero de 1996, la Comisión desistió de su recurso por lo que se refería a la Directiva 89/391.*

9. *No obstante, mantuvo los motivos basados en la falta de adaptación del Derecho interno, dentro del plazo señalado, a las Directivas*

89/654, 89/655, 89/656, 90/269, 90/270 y 90/394, y solicitó al Tribunal de Justicia que condenara en costas al Reino de España.

10. De todas las consideraciones anteriores se desprende que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 10 de las Directivas 89/654, 89/655 y 89/656; del apartado 1 del artículo 9 de la Directiva 90/269; del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 90/270, y del apartado 1 del artículo 19 de la Directiva 90/394, al no haber adoptado dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a las Directivas 89/654, 89/655, 89/656, 90/269, 90/270 y 90/394.

DECISIÓN SOBRE LAS COSTAS

Costas

11. A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas. Por haber sido desestimados los motivos formulados por el Reino de España, procede condenarle en costas.

FALLO

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)

decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 10 de las Directivas 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, 89/655/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización en el trabajo de los equipos de trabajo, y 89/656/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual; del apartado 1 del artículo 9 de la Directiva 90/269/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular, dorsolumbares, para los trabajadores; del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva 90/270/CEE

del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, y del apartado 1 del artículo 19 de la Directiva 90/394/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo, al no haber adoptado dentro del plazo señalado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dichas Directivas.

b) *STJCE Pleno de 17 diciembre 1998*

Se solicita al Tribunal una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 4 de la Directiva 89/655/CEE relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, y de los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 90/394/CEE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerinógenos durante el trabajo. El artículo 3 de esta última Directiva obliga a efectuar una evaluación de los riesgos de exposición a agentes cancerinógenos y, en función de los resultados de tal evaluación a adoptar una serie de medidas. Se pregunta, en primer lugar, si es contraria a la Directiva una norma nacional que obliga en todo caso al empresario a reducir o sustituir el agente cancerinógeno o a evitar y reducir la exposición de los trabajadores a ese agente. El Tribunal señala que la Directiva mencionada establece únicamente disposiciones mínimas en el ámbito de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, lo cual significa que los Estados pueden prever normas más severas. En ese sentido, el derecho comunitario autoriza una norma como controvertida en la medida en que implica una mayor protección de las condiciones de trabajo. Respondiendo a una segunda cuestión, señala el Tribunal que la Directiva 90/394 no se opone tampoco a una norma nacional que fije un plazo para la adaptación de los equipos de trabajo existentes siempre que dicho plazo no sea demasiado breve y no implique para los empresarios un coste excesivo.

SENTENCIA

1. Mediante resolución de 14 de diciembre de 1996, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de enero de 1997, el Tribunale di Genova planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, tres cuestiones prejudiciales

sobre la interpretación del artículo 4 de la Directiva 89/655/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo (Segunda Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE; DO L 393, p. 13), y de los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 90/394/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo (Sexta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE; DO L 196, p. 1).

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Società italiana petroli SpA (IP) (en lo sucesivo, «Italiana petroli») y Borsana Srl (en lo sucesivo «Borsana») relativo al suministro, solicitado por esta última entidad sobre la base de las Directivas 89/655 y 90/394, de carburantes con un contenido en benceno lo más bajo posible y sistemas de recuperación de los gases y vapores en el momento de la distribución.

EL DERECHO COMUNITARIO

3. La Directiva 89/655 fue adoptada sobre la base del artículo 118 A del Tratado CEE. En su artículo 4, que lleva el encabezamiento «Normas relativas a los equipos de trabajo», dispone:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, el empresario deberá obtener y/o utilizar:

a) equipos de trabajo que, habiendo sido puestos por primera vez a disposición de los trabajadores en la empresa y/o el establecimiento después del 31 de diciembre de 1992, satisfagan:

i) las disposiciones de cualquier Directiva comunitaria pertinente aplicable;

ii) las disposiciones mínimas previstas en el Anexo, en la medida en que ninguna otra Directiva comunitaria sea aplicable o que sólo lo sea parcialmente;

b) equipos de trabajo que, puestos ya a disposición de los trabajadores en la empresa y/o el establecimiento el 31 de diciembre de 1992, satisfagan las disposiciones mínimas previstas en el Anexo, a más tardar cuatro años después de dicha fecha».

4. La Directiva 90/394 fue adoptada sobre la base del artículo 118 A del Tratado. Su artículo 3, bajo la denominación «Ámbito de aplicación. Identificación y evaluación de los riesgos», establece lo siguiente:

«1. La presente Directiva se aplicará a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes carcinógenos como consecuencia de su trabajo.

2. *En toda actividad que pueda suponer un riesgo de exposición a agentes carcinógenos, se determinará la índole, el grado y la duración de la exposición de los trabajadores, para poder evaluar los riesgos que corren la seguridad y la salud de los trabajadores y poder determinar las medidas que proceda adoptar.*

Esta evaluación deberá repetirse regularmente y, en cualquier caso, cada vez que se produzca un cambio en las condiciones que puedan afectar a la exposición de los trabajadores a agentes carcinógenos.

El empresario deberá presentar a las autoridades responsables, a petición de éstas, los elementos que hayan sido utilizados para dicha evaluación.

[...]»

5. El artículo 4 de la Directiva 90/394, denominado «Reducción y sustitución», aclara:

«1. *Los empresarios reducirán la utilización en el trabajo de agentes carcinógenos, en particular mediante su sustitución, en la medida que ello sea técnicamente posible, por una sustancia, un preparado o un procedimiento que, en estas condiciones de uso, no sean peligrosos o lo sean en menor grado para la salud o, en su caso, para la seguridad de los trabajadores.*

2. *El empresario comunicará el resultado de sus investigaciones a la autoridad responsable a petición de ésta».*

6. El artículo 5 de la Directiva 90/394, que lleva el encabezamiento «Disposiciones dirigidas a evitar o reducir la exposición», añade:

«1. Si los resultados de la evaluación a la que se refiere el apartado 2 del artículo 3 pusieran de manifiesto un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, deberá evitarse la exposición de los mismos.

2. *En caso de que no sea técnicamente posible sustituir el agente carcinógeno por una sustancia, un preparado o un procedimiento que, en las condiciones de uso, no sean peligrosos para la seguridad o la salud, o lo sean en menor grado, el empresario garantizará que la producción y la utilización del agente carcinógeno se lleven a cabo en un sistema cerrado, en la medida en que ello sea técnicamente posible.*

3. *En caso de que la aplicación de un sistema cerrado no sea técnicamente posible, el empresario garantizará que el nivel de exposición*

de los trabajadores se reduzca a un valor tan bajo como sea técnicamente posible.
[...]

7. La Directiva 85/210/CEE del Consejo, de 20 de marzo de 1985, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referentes al contenido en plomo de la gasolina (DO L 96, p. 25; EE 13/18, p. 247), fue adoptada sobre la base del artículo 100 del Tratado CEE, antes de la entrada en vigor del Acta Única. En el párrafo primero de su artículo 4 dispone:

«A partir del 1 de octubre de 1989, el contenido en benceno de la gasolina con plomo y de la gasolina sin plomo no excederá el 5 % del volumen».

8. El artículo 7 de la Directiva 85/210 aclara:

«1. Sin perjuicio del apartado 2, los Estados miembros no impedirán o no restringirán, por razones referentes al contenido en plomo o en benceno, la libre circulación y la libre comercialización de la gasolina que se ajuste a la presente Directiva.

2. Cuando un Estado miembro aplique el apartado 3 del artículo 2, el contenido máximo en plomo autorizado de la gasolina con plomo comercializada se fijará en 0,15 g Pb/l».

LA LEGISLACIÓN ITALIANA

9. El Decreto Legislativo n. 626, de 19 de septiembre de 1994 (GURI n. 265, de 12 de noviembre de 1994, suplemento ordinario; en lo sucesivo, «Decreto Legislativo n. 626/94»), establece en el apartado 1 de su artículo 6:

«Las personas que proyecten los lugares o puestos de trabajo y las instalaciones respetarán los principios generales de prevención en materia de seguridad y de salud en lo que respecta a las opciones conceptuales y técnicas y elegirán las máquinas así como los dispositivos de protección que respondan a las exigencias esenciales de seguridad previstas por la legislación en la materia».

10. El artículo 62 del Decreto Legislativo n. 626/94, que lleva el encabezamiento «Sustitución y reducción», prevé:

«1. El empresario evitará o reducirá la utilización de un agente carcinógeno en el lugar de trabajo, mediante su sustitución, en la medida que

ello sea técnicamente posible, por una sustancia, un preparado o un procedimiento que, en sus condiciones de uso, no sea nocivo o sea menos nocivo para la salud y, en su caso, para la seguridad de los trabajadores.

2. En caso de que no sea técnicamente posible sustituir el agente carcinógeno, el empresario garantizará que la producción o la utilización del agente carcinógeno se lleven a cabo en un sistema cerrado, siempre en la medida que ello sea técnicamente posible.

3. En caso de que la utilización de un sistema cerrado no sea técnicamente posible, el empresario garantizará que el nivel de exposición de los trabajadores se reduzca a un valor tan bajo como sea técnicamente posible».

11. El artículo 63 del Decreto Legislativo n. 626/94, denominado «Evaluación del riesgo» aclara:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 62, el empresario llevará a cabo una evaluación de la exposición a los agentes carcinógenos, cuyos resultados se reflejarán en el documento al que se refiere el apartado 2 del artículo 4.

2. La citada evaluación tendrá en cuenta, en particular, las características de las operaciones, su duración y su frecuencia, las cantidades de agentes carcinógenos producidas o utilizadas, su concentración, su capacidad para penetrar en el organismo a través de las distintas vías de absorción, en función asimismo del estado en que se presenten y, si dichos agentes se presentan en estado sólido, considerando si forman una masa compacta, fraccionada o pulverulenta, y si se hallan o no contenidos en una matriz sólida que limite o impida su salida.

3. El empresario, basándose en los resultados de la evaluación a que se refiere el apartado 1, adoptará las medidas de prevención y de protección contempladas en el presente título, adaptándolas a las particularidades de los distintos entornos de trabajo.

[...]»

12. Los artículos 89 y 90 del Decreto Legislativo n. 626/94 prevén sanciones penales que pueden llegar hasta una privación de libertad de tres a seis meses en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 62 y 63 del referido Decreto.

13. Además, el apartado 7 del artículo 36 del Decreto Legislativo n. 626/94 añadió el apartado siguiente al artículo 20 del Decreto del Presidente de la República n. 303, de 19 de marzo de 1956:

«Todo equipo de trabajo que entrañe peligros debidos a la emanación de gases, de vapores o de líquidos o bien a la emisión de polvo deberá estar provisto de dispositivos adecuados de retención o de extracción situados en las proximidades de la fuente de las emisiones que presenten tal riesgo».

14. Lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto Legislativo n. 626/94 entró en vigor, con arreglo al apartado 8 de esta disposición, tres meses después de la publicación del Decreto en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*.

15. Por otra parte, los apartados 1 y 2 del artículo 2 del Decreto-ley n. 294, de 27 de mayo de 1996 (*GURI* n. 123, de 28 de mayo de 1996; en lo sucesivo, «Decreto-ley n. 294/96») disponen:

«1. A partir del 1 de julio de 1997 y hasta el 30 de junio de 1999, el contenido máximo autorizado en benceno se fija en el 1,4 % del volumen.

2. A partir del 1 de julio de 1999, el contenido máximo autorizado en benceno en la gasolina se fija en el 1 % del volumen».

EL LITIGIO PRINCIPAL

16. El 19 de julio de 1991, Italiana petroli celebró con Borsana varios contratos de suministro de carburantes para vehículos de motor, así como distintos contratos de cesión, a título gratuito, de las instalaciones y equipos necesarios para la reventa de dichos carburantes.

17. *Mediante carta de 3 de junio de 1996, Borsana solicitó a Italiana petroli, con arreglo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo n. 626/94 en relación con las Directivas 89/655 y 90/394, que le suministrase carburantes con un contenido en benceno lo más bajo posible, así como sistemas de recuperación de gases y vapores en el momento de la distribución, para proteger la salud de sus trabajadores.*

18. Italiana petroli consideró que no le era posible acceder a la solicitud de Borsana en razón de las divergencias que presentan las disposiciones del Decreto Legislativo n. 626/94, en particular sus artículos 62 y 63, con las de las Directivas 90/394 y 89/655, en lo relativo a la evaluación del riesgo de exposición a los agentes carcinógenos, así como a los plazos concedidos a los empresarios para la adaptación de los equipos de trabajo. *Italiana petroli puso, asimismo, en duda la compatibilidad de la Directiva 90/394 y del Decreto Legislativo n. 626/94 con los artículos 30, 36 y 100 A del Tratado CE, en la medida en que las citadas disposiciones imponen a los empresarios una obligación adicional de reducir, en función de las posibilidades ofrecidas por la evolución técnica, la exposición a los agentes carcinógenos y, por consiguiente, al benceno que contienen los carburantes por debajo del límite fijado por la Directiva 85/210 e incluso por debajo de los límites, inferiores aún, fijados por el Decreto-ley n. 294/96.*

19. *En estas circunstancias, el 25 de junio de 1996, Italiana petroli demandó a Borsana ante el Tribunale di Genova con el fin de que se declara-*

ra que la primera no estaba obligada a suministrar a Borsana carburantes con un contenido en benceno inferior a los fijados por la Directiva 85/210 y por el Decreto-ley n. 294/96, ni tampoco a facilitarle, antes de la expiración de los plazos señalados por la Directiva 89/655 y por el Decreto-ley n. 294/96, sistemas de recuperación de gases y vapores.

20. En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional comienza por recordar que, en el sistema de distribución italiano, el gestor o bien su personal realizan todas las operaciones relativas al suministro de carburantes y de servicios a los automovilistas, los cuales sólo pueden acceder directamente a los surtidores a través de sistemas de pago automático en un número muy limitado de estaciones de servicio y la mayoría de las veces durante los días festivos o las horas en que están cerradas las estaciones. La consecuencia de esta situación es que el trabajador se halla más expuesto a los gases y a los vapores de los carburantes.

21. Por lo que se refiere a la cuestión del carácter previo de la evaluación del riesgo de exposición a los agentes carcinógenos en relación con la obligación de reducción y de sustitución de dichos agentes que recae sobre el empresario, el órgano jurisdiccional remitente observa después que el Decreto Legislativo n. 626/94 parece haber sido concebido en sentido «inverso» a la Directiva 90/394, a la cual adapta el Derecho italiano. En efecto, el artículo 62 del referido Decreto establece la obligación del empresario de evitar, sustituir o reducir la utilización de los agentes carcinógenos y reducir la exposición de los trabajadores a dichos agentes «a un valor tan bajo como sea técnicamente posible», mientras que el artículo 63 del mismo Decreto obliga al empresario «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 62», a evaluar el riesgo de exposición a los agentes carcinógenos y a adoptar las medidas de prevención y de protección a la vista de los resultados de dicha evaluación. Por consiguiente, el empresario debe observar la obligación de reducir la exposición de los trabajadores a los agentes carcinógenos «a un valor tan bajo como sea técnicamente posible», prevista en el artículo 62 del citado Decreto, con independencia de la evaluación del riesgo, siendo así que la Directiva 90/394 supedita al resultado de una evaluación de esta índole la obligación de evitar o de reducir la exposición de los trabajadores a los agentes carcinógenos.

22. Por lo que se refiere a la adaptación de los equipos de trabajo, el órgano jurisdiccional remitente señala que el apartado 8 del artículo 36 del Decreto Legislativo n. 626/94 prevé, a diferencia del período transitorio de cuatro años previsto en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 89/655, que las disposiciones relativas a los equipos de trabajo entrarán en vigor tres meses después de la publicación del Decreto en

la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*. El órgano jurisdiccional remitente opina que no es razonable ni proporcionado obligar al empresario a adaptarse a la nueva normativa en un plazo de tres meses, conminándole incluso con sanciones penales que pueden llevar hasta una privación de libertad de tres a seis meses.

23. En lo relativo a la reducción del contenido en benceno de los carburantes por debajo de los valores límites previstos en la Directiva 85/210 y en el Decreto-ley n. 294/96, el órgano jurisdiccional remitente subraya que el Gobierno italiano fijó, en dicho Decreto-ley, unos porcentajes inferiores a los establecidos por la Directiva antes citada. Para ello, el Gobierno italiano recurrió al mecanismo previsto por el apartado 4 del artículo 100 A del Tratado y, por consiguiente, notificó dicho Decreto-ley a la Comisión. El órgano jurisdiccional remitente observa además que el apartado 1 del artículo 6 del Decreto Legislativo n. 626/94 impone «las personas que proyecten los lugares o puestos de trabajo y las instalaciones», por lo que se refiere a su concepción, las obligaciones que, conforme a la Directiva 90/394, incumben a los empresarios. Según el órgano jurisdiccional remitente, una ampliación de esta índole por parte del Derecho nacional de las obligaciones establecidas por la Directiva 90/394 resulta compatible con el Derecho comunitario por ser una medida de mayor protección de las condiciones de trabajo. *No obstante, el Tribunale di Genova alberga dudas en lo relativo a si la Directiva 90/394, que establece la obligación de adoptar las medidas de reducción del riesgo técnicamente posibles, exige disminuir el contenido en benceno de los carburantes a un nivel inferior a los previstos en la Directiva 85/210 y en el Decreto n. 294/96.*

24. *En estas circunstancias, el Tribunale di Genova decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones siguientes:*

«1) ¿Debe interpretarse lo dispuesto en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 90/394, de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los *riesgos* relacionados con la exposición a los agentes carcinógenos durante el trabajo (Sexta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) en el sentido de que supeditan al resultado de la “evaluación del riesgo”, a la que se refiere el artículo 3, la obligación de aplicar las medidas de reducción y de sustitución del riesgo, así como las medidas destinadas a evitar o a reducir la exposición al agente carcinógeno?

En caso de respuesta afirmativa, ¿es contraria a la Directiva una normativa nacional de aplicación que obliga al empresario a intervenir para sustituir o reducir, dentro de los límites considerados “técnicamente posibles”, la utilización del agente carcinógeno y/o para reducir el nivel de exposición de los trabajadores “a un valor tan bajo como

sea técnicamente posible”, con independencia de la evaluación previa y concreta del riesgo y de las verificaciones contempladas en el artículo 3 de la Directiva, sancionando el incumplimiento de dichas obligaciones con sanciones penales, incluso de privación de libertad, no diferenciadas, en cuanto a su forma legal, de las previstas para el caso de que el empresario, después de evaluar y determinar concretamente la existencia y la cuantía del riesgo, no actúe en el sentido indicado por la Ley?

2) ¿Es contraria a la normativa comunitaria contenida en el artículo 4 de la Directiva 89/655 (en el pasaje que distingue, en cuanto a los plazos para la adaptación de los equipos de trabajo, entre los equipos puestos ya a disposición de los trabajadores el 31 de diciembre de 1992 y los puestos a disposición de los trabajadores después de tal fecha) una norma nacional de aplicación la cual, contraviniendo eventualmente los principios de límite razonable y de proporcionalidad, no establece distinción alguna y fija de manera uniforme un plazo de tres meses para su entrada en vigor a todos los efectos (con un sistema de graves sanciones penales contra el empresario)?

3) ¿Deben interpretarse los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 90/394 (y los artículos concordantes del Decreto Legislativo n. 626/94, que da cumplimiento a la primera, en el sentido de que imponen a los empresarios y a las demás personas contempladas en el artículo 6 del Decreto Legislativo n. 626/94 obligaciones y responsabilidades adicionales e indeterminadas, en materia de reducción del contenido en benceno de la gasolina, respecto a los límites fijados por la Directiva 85/210 y a aquellos otros límites, inferiores aún, establecidos por el Decreto-ley n. 294/96?»

25. Con carácter preliminar, procede recordar que, con arreglo a jurisprudencia reiterada a partir de la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 48, una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular, en el presente caso un empresario privado, y, por consiguiente, no puede ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona.

26. Sin embargo, según una jurisprudencia asimismo reiterada a partir de la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por ésta, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales, en el ámbito de sus competencias. Como se desprende de las sentencias del Tribu-

nal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. 4135), apartado 8, y de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartado 20, al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones promulgadas especialmente para ejecutar una Directiva o no, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacerlo, en toda la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la citada Directiva para alcanzar el resultado a que se refiere el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado.

27. Hechas estas observaciones, procede responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente.

EN LO RELATIVO A LA PRIMERA CUESTIÓN

28. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende en sustancia que se dilucide

- si los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 90/394 deben interpretarse en el sentido de que las obligaciones del empresario de reducir o de sustituir el agente carcinógeno, así como de evitar o reducir la exposición al referido agente están supeditadas al resultado de la evaluación del riesgo, a la que se refiere el artículo 3 de la citada Directiva,
- y, en caso afirmativo, si es contraria a la citada Directiva una normativa nacional que obliga al empresario a reducir o a sustituir el agente carcinógeno y/o a evitar o reducir la exposición de los trabajadores al citado agente, con independencia de la evaluación del riesgo.

29. *Hay que recordar que el artículo 3 de la Directiva 90/394 obliga a determinar, en toda actividad que pueda suponer un riesgo de exposición a agentes carcinógenos, la índole, el grado y la duración de la exposición de los trabajadores, para poder evaluar los riesgos que corren su seguridad o su salud y poder determinar las medidas que proceda adoptar.*

30. *Cuando se ha identificado un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores con arreglo al artículo 3, el artículo 5 de la Directiva 90/394 obliga al empresario a evitar la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno o a reducir el nivel de exposición a un valor tan bajo como sea técnicamente posible.*

31. *Debe subrayarse que la obligación, establecida en el artículo 5 de la citada Directiva, de evitar o de reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno está expresamente supeditada a los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo 3.*

32. *Por el contrario, no ocurre así con la obligación establecida en el artículo 4 de la Directiva 90/394. Efectivamente, esta disposición obliga al empresario a reducir la utilización del agente carcinógeno en el lugar de trabajo o bien a sustituirlo por un agente que no sea peligroso o lo sea en menor grado, en la medida que ello sea técnicamente posible, sin vincular una obligación de esta índole a los resultados de la evaluación contemplada en el artículo 3.*

33. *Por lo tanto, del tenor literal de los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 90/394 se desprende que, a diferencia de la obligación que recae sobre el empresario de reducir o de sustituir el agente carcinógeno, prevista en el artículo 4, la obligación, establecida en el artículo 5, de evitar o de reducir la exposición a un agente de esta índole está supeditada al resultado de la evaluación del riesgo, a la que se refiere el artículo 3.*

34. Pues bien, según la resolución de remisión el artículo 62 del Decreto legislativo n. 626/94 obliga al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno «a un valor tan bajo como sea técnicamente posible» en cualquier circunstancia y con independencia de la evaluación del riesgo. Por consiguiente, una disposición de este tenor impone al empresario una obligación más rigurosa que la prevista en el artículo 5 de la Directiva 90/394, ya que tal disposición no supedita expresamente al resultado de la evaluación del riesgo la obligación de evitar o de reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno.

35. A este respecto, debe destacarse que la Directiva 90/394 fue adoptada sobre la base del artículo 118 A del Tratado, y que establece las «disposiciones mínimas» en el ámbito de la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo. Como señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo (C-84/94, Rec. p. I-5755), apartado 17, la expresión «disposiciones mínimas» que figura en el artículo 118 A del Tratado y que se reproduce en el artículo 1 de la Directiva 90/394 significa que los Estados miembros están autorizados para adoptar normas más severas que las que constituyen el objeto de la intervención comunitaria. Por otra parte, el artículo 118 A del Tratado confirma en su apartado 3 que, cuando se dicten tales disposiciones en virtud de dicho artículo, los Estados miembros quedarán en libertad para adoptar medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo.

36. *Por ello, hay que examinar si una disposición nacional, como el artículo 62 del Decreto Legislativo n. 626/94, que obliga al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno con independencia de la evaluación del riesgo, constituye una medida de mayor*

protección de las condiciones de trabajo autorizada tanto por el apartado 3 del artículo 118 A del Tratado como por la Directiva 90/394.

37. *Sobre este particular, procede destacar, de una parte, que la obligación del empresario de reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno, con independencia de la evaluación del riesgo, incrementa la protección de la salud y de la seguridad de éstos. Además, una obligación de esta índole se limita a reforzar la obligación prevista en el artículo 5 de la Directiva 90/394. Por lo tanto, no resulta contraria a la coherencia de la intervención comunitaria en el ámbito de la protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores.*

38. *De otra parte, debe subrayarse que una disposición nacional que refuerza la obligación prevista en el artículo 5 de la Directiva 90/394 obligando al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno, con independencia de la evaluación del riesgo, se aplica de forma no discriminatoria y no supone un obstáculo para el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.*

39. *Por ello, procede observar que una disposición nacional, como el artículo 62 del Decreto Legislativo n. 626/94, que obliga al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno con independencia de la evaluación del riesgo constituye una medida de mayor protección de las condiciones de trabajo autorizada tanto por el apartado 3 del artículo 118 A del Tratado como por la Directiva 90/394.*

40. *Al tratarse de una medida de mayor protección de las condiciones de trabajo compatible con el Tratado y, por consiguiente, del ejercicio por parte de un Estado miembro de las competencias que le confiere el apartado 3 del artículo 118 A del Tratado, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la compatibilidad de una normativa de esta índole, así como de las sanciones previstas en ella, con el principio de proporcionalidad.*

41. *Procede, pues, responder a la primera cuestión que:*

—el artículo 4 de la Directiva 90/394 debe interpretarse en el sentido de que la obligación del empresario de reducir o sustituir el agente carcinógeno no está supeditada al resultado de la evaluación del riesgo, a la que se refiere el artículo 3 de la citada Directiva;

—el artículo 5 de la Directiva 90/394 debe interpretarse en el sentido de que la obligación del empresario de evitar o reducir la exposición al agente carcinógeno está supeditada al resultado de la evaluación del riesgo, a la que se refiere el artículo 3 de la citada Directiva;

—una disposición nacional que obliga al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno con independencia de la evaluación del riesgo no es contraria a la mencionada Directiva, ya que constituye una medida de mayor protección de las condiciones de trabajo autorizada por el apartado 3 del artículo 118 A del Tratado y por la Directiva 90/394.

EN LO RELATIVO A LA SEGUNDA CUESTIÓN

42. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende en sustancia que se dilucide si el principio de proporcionalidad y el artículo 4 de la Directiva 89/655 prohíben a un Estado miembro fijar un plazo de tres meses para la adaptación de los equipos de trabajo existentes y establecer sanciones penales que pueden llegar hasta una privación de libertad de tres a seis meses para el empresario que no respete el referido plazo.

43. Debe recordarse, en primer lugar, que el plazo concedido a los Estados miembros para adaptar sus Derechos internos a la Directiva 89/655 expiró el 31 de diciembre de 1992, conforme al artículo 10 de la citada Directiva.

44. Por consiguiente, una adaptación del Derecho interno a la Directiva después de la citada fecha, como la efectuada por el Decreto Legislativo n. 626/94, de 19 de septiembre de 1994, resulta extemporánea.

45. Hay que destacar después que, a tenor de la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 89/655, los equipos de trabajo puestos ya a disposición de los trabajadores el 31 de diciembre de 1992 satisfarán a más tardar cuatro años después de esta fecha las disposiciones mínimas que la Directiva establece en su Anexo.

46. Por lo tanto, la fijación de un plazo que expira antes del 31 de diciembre de 1996, para la adaptación de los equipos de trabajo existentes, respeta al contenido de las obligaciones establecidas en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 89/655.

47. En efecto, el plazo de cuatro años fijado por la disposición antes citada constituye un plazo máximo. Nada impide a los Estados miembros anticipar el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva para los equipos de trabajo existentes.

48. Sin embargo, cuando adoptan todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de una Directiva, con arreglo al artículo 5 del Tratado, los Estados miembros están obligados a respetar los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad (véase, en este sentido,

la sentencia de 10 de julio de 1990, Hansen, C-362/88, Rec. p. I-2911, apartados 17 a 19).

49. Sobre este particular, debe destacarse que al adoptar medidas como la fijación de un plazo para la adaptación de los equipos de trabajo existentes, medidas que requieren la apreciación de circunstancias económicas y técnicas complejas, los Estados miembros disfrutaban de una amplia facultad de apreciación (véase, en este sentido, en particular, la sentencia de 14 de julio de 1983, Sandoz, 174/82, Rec. p. 2445, apartado 19).

50. Por lo tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si, habida cuenta del citado margen de apreciación y, en particular, de las características del sistema italiano de distribución de carburantes, un plazo de tres meses para la adaptación de los equipos de trabajo existentes es compatible con el principio de proporcionalidad en el sentido de que permite a los empresarios efectuar tal adaptación sin suponer, para estos mismos empresarios, un coste manifiestamente excesivo en relación con el que habrían soportado de haber sido más largo el citado plazo.

51. Por lo que se refiere a si las sanciones penales previstas para el supuesto de que no se observara el citado plazo respetan el principio de proporcionalidad, procede destacar que el litigio principal, de índole civil, versa sobre una demanda de Borsana tendente a que Italiana petroli le suministre carburantes con un contenido en benceno lo más reducido posible, así como sistemas de recuperación de gases y vapores en el momento de la distribución, con el fin de proteger la salud de sus trabajadores.

52. En estas circunstancias, es patente que, en cualquier caso, una respuesta a esta cuestión no puede ser de utilidad al órgano jurisdiccional nacional para dictar su fallo.

53. *Procede, pues, responder a la segunda cuestión que el artículo 4 de la Directiva 89/655 no prohíbe a un Estado miembro fijar un plazo para la adaptación de los equipos de trabajo existentes que expire antes del 31 de diciembre de 1996 siempre que dicho plazo no sea tan breve que impida a los empresarios efectuar tal adaptación ni suponga, para los citados empresarios, un coste manifiestamente excesivo en comparación con el que habrían soportado de haber sido más largo el citado plazo.*

(...)

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Tribunale di Genova mediante resolución de 14 de diciembre de 1996, declara:

1) *El artículo 4 de la Directiva 90/394/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los ries-*

gos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo (Sexta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que la obligación del empresario de reducir o sustituir el agente carcinógeno no está supeditada al resultado de la evaluación del riesgo, a la que se refiere el artículo 3 de la citada Directiva. El artículo 5 de la Directiva 90/394 debe interpretarse en el sentido de que la obligación del empresario de evitar o de reducir la exposición al agente carcinógeno está supeditada al resultado de la evaluación del riesgo, a la que se refiere el artículo 3 de la mencionada Directiva. Una disposición nacional que obliga al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente carcinógeno con independencia de la evaluación del riesgo no es contraria a la mencionada Directiva, ya que constituye una medida de mayor protección de las condiciones de trabajo autorizada por el apartado 3 del artículo 118 A del Tratado CE y por la Directiva 90/394.

2) El artículo 4 de la Directiva 89/655/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo (Segunda Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), no prohíbe a un Estado miembro fijar un plazo para la adaptación de los equipos de trabajo existentes, que expire antes del 31 de diciembre de 1996, siempre que dicho plazo no sea tan breve que impida a los empresarios efectuar tal adaptación ni suponga, para los citados empresarios, un coste manifiestamente excesivo en comparación con el que habrían soportado de haber sido más largo el citado plazo.

c) *STJCE Sala 4.ª de 29 enero 2004*

El asunto C-218/02, tiene por objeto que se declare que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 96/29/Euratom del Consejo, de 13 de mayo de 1996, por la que se establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de los trabajadores y de la población contra los riesgos que resultan de las radiaciones ionizantes (DO L 159, p.1), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva en todo su territorio o, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión.

1. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 12 de junio de 2002, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso, con arreglo al artículo 141 EA, párrafo segundo, con objeto de que se declare que el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 96/29/Euratom del Consejo, de 13 de marzo de 1996, por la que se establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de los trabajadores y de la población contra los riesgos que resultan de las radiaciones ionizantes (*DO L 159*, p.1; en lo sucesivo, «Directiva»), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la citada Directiva en todo su territorio o, en cualquier caso, al no haberle comunicado tales disposiciones.

7. Adoptada sobre la base de los artículos 31 y 32 del Tratado CEEA, *la Directiva tiene por objeto revisar las normas básicas existentes teniendo en cuenta el desarrollo de los conocimientos científicos en materia de radioprotección. Según se desprende de los propios términos de su noveno considerando, esta Directiva prevé en particular la obligación de los Estados miembros de someter a un régimen de declaración y autorización previa determinadas prácticas que impliquen riesgos derivados de las radiaciones ionizantes, o bien de prohibir ciertas prácticas. A tenor del decimocuarto considerando de la Directiva, los Estados miembros deberían estar preparados para cualquier posible emergencia radiológica que pueda darse en sus respectivos territorios y cooperar con otros Estados miembros y con países terceros para facilitar los preparativos y la gestión de este tipo de situaciones.*

8. Por lo que atañe a la aplicación de la Directiva en la legislación de los Estados miembros, el artículo 55 de la referida Directiva dispone:

«1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva antes del 13 de mayo de 2000.

Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

(...) 2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.»

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO

9. *Mediante escritos fechados los días 20 de diciembre de 1999 y 17 de mayo de 2000, las autoridades británicas comunicaron a la Comisión tres normas encaminadas a adaptar el Derecho interno a la Directiva, a saber, los Ionizing Radiations Regulations 1999 (England & Wales),*

Radioactive Substances (Basic Safety Standards) (Scotland) Regulations 2000 y Radioactive Substances (Basic Safety Standards) (Scotland) Direction 2000.

10. No obstante, al considerar, luego de analizar dichas normas, que el Derecho interno no se había adaptado plenamente a la Directiva dentro del plazo señalado, en la medida en que, por un lado, las medidas de adaptación comunicadas no cubrían la totalidad de las disposiciones de la Directiva, en particular el artículo 38 de la Directiva, relativo, entre otros aspectos, a la homologación de los servicios de dosimetría, el artículo 42, relativo a la protección del personal que tripula los aviones, y los artículos 48 a 53, relativos a las intervenciones en caso de emergencia radiológica o de exposición duradera, y en que, por otro lado, las citadas medidas no eran aplicables a Irlanda del Norte y a Gibraltar, la Comisión dio comienzo al procedimiento regulado en el artículo 141 EA. Después de haber requerido al Reino Unido para que presentara sus observaciones, la Comisión emitió un dictamen motivado, el 9 de febrero de 2001, en el cual instaba al citado Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para atenerse al mismo en un plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

11. En el transcurso del procedimiento administrativo previo, las autoridades británicas comunicaron a la Comisión varias medidas complementarias de adaptación del Derecho interno a la Directiva, entre las cuales figuraban, en particular, las medidas referentes a la protección del personal que tripula los aviones y a los casos de emergencia radiológica así como las que versan sobre la adaptación del Derecho interno a la Directiva en Irlanda del Norte, pero ninguna de ellas garantizaba una adaptación del Derecho interno a la citada Directiva en Gibraltar. En junio de 2002, la Comisión únicamente disponía, en esta materia, de dos proyectos de normas, notificados por las autoridades británicas el 30 de abril de 2001, a saber, por un lado, el proyecto de *Ionizing Radiation Regulations (2001)* y, por otro lado, el proyecto de *Radiation (Emergency Preparedness and Public Information Regulations (2001))*.

12. Al estimar que, en estas circunstancias, tales medidas llevaban a cabo tan sólo una adaptación parcial del Derecho interno a la Directiva ya que no eran aplicables en todo el territorio del Reino Unido, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

SOBRE EL INCUMPLIMIENTO

13. Basta con observar que el Reino Unido no niega que, al expirar el plazo señalado en el dictamen motivado, aún no había adoptado las

medidas necesarias para adaptar su Derecho interno a la Directiva en Gibraltar.

14. Puesto que, con arreglo a una reiterada jurisprudencia, dicho plazo tiene un carácter determinante para acreditar la existencia de un incumplimiento (véanse, en particular, las sentencias de 4 de julio de 2002, Comisión/Grecia, C-173/01, Rec. p. I-6129, apartado 7, y de 15 de mayo de 2003, Comisión/Francia, C-483/01, Rec. p. I-4961, apartado 22), debe considerarse fundado el recurso interpuesto por la Comisión.

15. Procede, pues, declarar que el Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la propia Directiva en todo su territorio.

d) *STJCE Sala 3.ª de 27 noviembre 2003*

Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 14 de febrero de 2003, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso, con arreglo al artículo 226 CE, con objeto de que se declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no haber adoptado y/o al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2000/39 de la Comisión, de 8 de junio de 2000, por la que se establece una primera lista de valores límite de exposición profesional indicativos en aplicación de la Directiva 98/24/CE del Consejo, relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (DO L 142, p. 47).

2. La Directiva 2000/39 tiene por objeto el establecimiento de valores límite de exposición profesional indicativos respecto de los agentes químicos enumerados en su anexo. En su artículo 3, apartado 1, establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la misma a más tardar el 31 de diciembre de 2001 y que informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

(...)

10. *El referido Gobierno destaca más en particular que en Francia existen circulares ministeriales que establecen valores límite indicativos para la mayoría de los agentes químicos enumerados en el anexo de la Directiva 2000/39. Sin embargo, según reconoce el propio Gobier-*

no francés, tales valores límite deben revisarse a la luz de la Directiva 2000/39 y no figuran en normas reglamentarias. Ahora bien, si es cierto que el Derecho interno faculta a las autoridades nacionales para establecer valores límite vinculantes, ninguna disposición reglamentaria faculta por el momento a éstas para establecer valores límite indicativos. Por otra parte, fue indispensable crear varios grupos de expertos y proceder a efectuar numerosas consultas antes de adaptar el Derecho interno a la Directiva 2000/39.

(...)

12. *De la misma forma, a tenor de una reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva (véase, en particular, la sentencia de 13 de junio de 2002, Comisión/Francia, C-286/01, Rec. p. I-5463, apartado 13).*

13. *Procede, pues, declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2000/39, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva.*

e) *STJCE Sala 5.ª de 12 junio 2003*

Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 26 de octubre de 2001, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 226 CE, *un recurso que tiene por objeto que se declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 4 y 10 a 12 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183, p. 1).*

5. *El artículo 11 de la Directiva 89/391, titulado «Consulta y participación de los trabajadores», dispone lo siguiente:*

«1. Los empresarios consultarán a los trabajadores y/o a sus representantes y permitirán su participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo.

Ello implica:

- la consulta de los trabajadores;*
- el derecho de los trabajadores y/o de sus representantes a formular propuestas;*

—la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales.

2. Los trabajadores o los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores participarán de forma equilibrada, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, o serán consultados previamente y a su debido tiempo por el empresario sobre:

- a) cualquier acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud;
- b) la designación de los trabajadores prevista en el apartado 1 del artículo 7 y en el apartado 2 del artículo 8, así como sobre las actividades previstas en el apartado 1 del artículo 7;
- c) las informaciones previstas en el apartado 1 del artículo 9 y en el artículo 10;
- d) el recurso, previsto en el apartado 3 del artículo 7, en su caso, a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa y/o al establecimiento;
- e) la concepción y la organización de la formación prevista en el artículo 12.

3. Los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores tendrán derecho a solicitar del empresario que tome las medidas adecuadas y a presentarle propuestas en ese sentido para paliar cualquier riesgo para los trabajadores y/o eliminar las fuentes de riesgo.

4. Los trabajadores a que se hace referencia en el apartado 2 y los representantes de los trabajadores contemplados en los apartados 2 y 3 no podrán sufrir perjuicios a causa de sus respectivas actividades contempladas en los apartados 2 y 3.

5. El empresario tendrá que conceder a los representantes de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores una dispensa laboral suficiente sin pérdida de salario y poner a su disposición los medios necesarios para que dichos representantes puedan ejercer los derechos y las funciones resultantes de la presente Directiva.

6. Los trabajadores y/o sus representantes tendrán el derecho de recurrir, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, a la autoridad competente en materia de seguridad y de salud en el trabajo, si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo.

Los representantes de los trabajadores deberán tener la posibilidad de presentar sus observaciones durante las visitas y verificaciones efectuadas por la autoridad competente».

6. *El artículo 12, apartado 3, de la Directiva 89/391 dispone que los representantes de los trabajadores que tengan una función específica en la protección de la seguridad y de la salud de éstos tendrán derecho a una formación adecuada.*

(...)

La Comisión criticó la falta de una normativa relativa al procedimiento de elección de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo y a su régimen de protección.

13. El 4 de abril de 2000, las autoridades portuguesas declararon, en respuesta al escrito de requerimiento, que el hecho de que no exista normativa alguna no significa que sea imposible celebrar elecciones ni que las que se celebren no se desarrollen democráticamente. Además, las autoridades portuguesas alegaron que, en determinadas empresas, los trabajadores habían elegido a sus representantes en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. Afirmaron, además, que la preparación de la normativa nacional relativa a la elección de los representantes de los trabajadores en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo se había iniciado, pero aún no se había finalizado.

(...)

19. Con carácter preliminar, es necesario recordar que en virtud del artículo 3, letra c), de dicha Directiva, se entiende por «representante de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores» cualquier persona elegida, nombrada o designada, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, como delegado de los trabajadores para los problemas de la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

20. De esta disposición se desprende que la Directiva 89/391 no impone a los Estados miembros la obligación de prever un procedimiento de elección de los representantes de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, sino que contempla igualmente otras posibilidades para nombrar o designar a dichos representantes.

21. Además, en el caso de que un Estado miembro haya optado por el procedimiento de elección, la Directiva 89/391 no impone expresamente que la normativa nacional precise detalladamente todas las disposiciones aplicables a este procedimiento.

22. Sin embargo, cuando un Estado miembro prevé que los representantes de los trabajadores con tal función deben ser elegidos, este Estado miembro está obligado a garantizar que los trabajadores puedan llevar a cabo la elección de sus representantes de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales.

(...)

25. De todo lo que precede se desprende que la legislación portuguesa cumple las obligaciones derivadas de la Directiva 89/391 al regular las cuestiones esenciales relativas a las elecciones de los representantes de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud, permitiendo por tanto a los trabajadores elegir a sus representantes, y al prever disposiciones dirigidas a proteger a éstos en el ejercicio de sus funciones.

29. Por consiguiente, debe desestimarse el recurso.

f) *STJCE Pleno de 3 octubre 2000*

Se solicita al Tribunal una decisión prejudicial sobre la interpretación de las Directivas 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo y 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Respondiendo a las numerosas cuestiones planteadas, el Tribunal señala en primer lugar que la actividad del personal de los Equipos de Atención Primaria está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 y de la Directiva 93/104. Por otra parte, se afirma que el tiempo dedicado a atención continuada prestado por los médicos de los Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que se refiere a la prestación de servicios de atención continuada en régimen de localización sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria. Respecto a la posibilidad de considerar a estos trabajadores como nocturnos en el sentido de la Directiva el Tribunal señala que, dadas las condiciones exigidas por la normativa comunitaria y las características del trabajo nocturno prestado por los médicos de Equipos de Atención Primaria, éstos no pueden considerarse trabajadores nocturnos con arreglo a la legislación comunitaria. Sin embargo, la actividad de dichos trabajadores durante el tiempo dedicado a la atención continuada sí constituye un trabajo a turnos y dichos médicos son trabajadores a turnos conforme al derecho comunitario. Finalmente, señala también el Tribunal que, dada la falta de normas nacionales, el artículo 17 de la Directiva 93/104 tiene efecto directo de modo que los particulares tienen derecho a que el período de referencia para establecer la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses.

(...)

41. *En tales circunstancias, procede responder a las cuestiones 1a), 1c) y 1d) que una actividad como la de los médicos de Equipos de Atención Primaria está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de base y de la Directiva 93/104.*

Sobre la aplicación del artículo 17 de la Directiva 93/104 [cuestión 1b)]

42. *Mediante su cuestión 1b), el órgano jurisdiccional remitente pretende básicamente que se dilucide si el tribunal nacional puede, a falta de medidas expresas de adaptación a lo dispuesto en la Directiva 93/104, aplicar su Derecho interno en la medida en que, habida cuenta de las características de la actividad de los médicos de Equipos de Atención Primaria, sus disposiciones quedan comprendidas entre las excepciones mencionadas en el artículo 17 de la citada Directiva.*

43. *Hay que señalar a este respecto que el artículo 17 de la Directiva 93/104 permite establecer excepciones a lo dispuesto en sus artículos 3, 4, 5, 6, 8 y 16 por vía legal, reglamentaria y administrativa, o incluso mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos. Por lo que respecta a las excepciones previstas en el artículo 17, apartado 1, únicamente se admiten las medidas legales, reglamentarias o administrativas.*

44. *Por consiguiente, toda vez que, aun a falta de medidas expresas de adaptación a lo dispuesto en la Directiva 93/104, el Derecho nacional aplicable a una actividad determinada cumple los requisitos mencionados en el artículo 17 de ésta, dicho Derecho es conforme a la Directiva y nada impide que los órganos jurisdiccionales nacionales lo apliquen.*

45. *Procede, pues, responder a la cuestión 1b) que el órgano jurisdiccional nacional puede, a falta de medidas expresas de adaptación a lo dispuesto en la Directiva 93/104, aplicar su Derecho interno en la medida en que, habida cuenta de las características de la actividad de los médicos de Equipos de Atención Primaria, éste cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 de la citada Directiva.*

(...)

56. *Ahora bien, al no haber adoptado el Reino de España ninguna medida, conforme al artículo 2, punto 4, letra b), de la Directiva 93/104, por lo que respecta a los trabajadores sujetos a una relación de Derecho público, los médicos de Equipos de Atención Primaria que prestan cíclicamente sus servicios en turnos de atención continuada durante la noche no pueden considerarse trabajadores nocturnos con arreglo únicamente a esta disposición.*

57. *Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, de conformidad con las normas del Derecho interno, resolver la cuestión de si la normativa nacional sobre el trabajo nocturno de los trabajadores sujetos a una*

relación de Derecho privado puede aplicarse a los médicos de Equipos de Atención Primaria, que están sujetos a una relación de Derecho público, a efectos de la elección prevista en el artículo 2, punto 4, letra b), inciso i), de la citada Directiva.

(...)

70. En consecuencia, procede responder a la cuestión 3c) que, a falta de normas nacionales que adapten el Derecho interno a lo dispuesto en el artículo 16, punto 2, de la Directiva 93/104 o, en su caso, que adopten expresamente alguna de las excepciones previstas en el artículo 17, apartados 2, 3 y 4, de la referida Directiva, dichas normas pueden interpretarse en el sentido de que tienen efecto directo y, por tanto, confieren a los particulares un derecho a que el período de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses.

(...)

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana mediante auto de 10 de julio de 1998, declara:

1) *Una actividad como la de los médicos de Equipos de Atención Primaria está comprendida dentro del ámbito de aplicación de las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.*

2) *El órgano jurisdiccional nacional puede, a falta de medidas expresas de adaptación a lo dispuesto en la Directiva 93/104, aplicar su Derecho interno en la medida en que, habida cuenta de las características de la actividad de los médicos de Equipos de Atención Primaria, éste cumple los requisitos establecidos en el artículo 17 de la citada Directiva.*

3) *El tiempo dedicado a atención continuada prestado por médicos de Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria.*

4) *Los médicos de Equipos de Atención Primaria que prestan cíclicamente sus servicios en turnos de atención continuada durante la noche no pueden considerarse trabajadores nocturnos con arreglo únicamente al artículo 2, punto 4, letra b), de la Directiva 93/104. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional, de conformidad con el Derecho interno, resolver la cuestión de si la normativa nacional sobre trabajo nocturno de los trabajadores sujetos a una relación de Derecho privado puede aplicarse a los médicos de Equipos de Atención Primaria, que están sujetos a una relación de Derecho público.*

5) *El trabajo realizado por los médicos de Equipos de Atención Primaria durante el tiempo dedicado a atención continuada constituye un trabajo por turnos y dichos médicos son trabajadores por turnos en el sentido del artículo 2, puntos 5 y 6, de la Directiva 93/104.*

6) *A falta de normas nacionales que adapten el Derecho interno a lo dispuesto en el artículo 16, punto 2, de la Directiva 93/104 o, en su caso, que adopten expresamente alguna de las excepciones previstas en el artículo 17, apartados 2, 3 y 4, de la referida Directiva, dichas normas pueden interpretarse en el sentido de que tienen efecto directo y, por tanto, confieren a los particulares un derecho a que el periodo de referencia para el establecimiento de la duración máxima de su tiempo de trabajo semanal no exceda de doce meses.*

7) *El consentimiento expresado por los interlocutores sindicales en un convenio o acuerdo colectivo no equivale al dado por el propio trabajador, previsto en el artículo 18, apartado 1, letra b), inciso i), primer guión, de la Directiva 93/104.*

g) *STJCE Pleno de 23 noviembre 1999*

Se solicita al Tribunal una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 59 y 60 del Tratado. Se trata, en particular, de determinar si estos preceptos se oponen a que un Estado exija el cumplimiento de determinadas obligaciones, dirigidas a la protección de los trabajadores, a una empresa —establecida en otro Estado— que realiza temporalmente obras en su territorio. El Tribunal señala que el derecho comunitario no impide que se exija que la empresa pague a sus trabajadores desplazados el salario mínimo aplicable en el Estado donde se desarrollan las obras. Tampoco impide que se obligue a la empresa a tener disponibles los documentos previstos por la legislación social con la finalidad de asegurar que se cumple la normativa sobre protección social de los trabajadores. Por el contrario, el derecho comunitario se opone a que se exija a la empresa a cotizar por los trabajadores despla-

zados cuando la empresa ya cumple esa obligación en el Estado donde tiene su establecimiento. **Igualmente, no se puede imponer a la empresa la obligación de elaborar y conservar ciertos documentos durante un plazo de cinco años con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores si la protección ya se garantiza suficientemente en el Estado donde la empresa tiene su establecimiento.**

En los asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96,

33. *Según jurisprudencia reiterada, el artículo 59 del Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos (véanse las sentencias de 25 de julio de 1991, S,ger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 12; de 9 de agosto de 1994, Vander Elst, C-43/93, Rec. p. I-3803, apartado 14; de 28 de marzo de 1996, Guiot, C-272/94, Rec. p. I-1905, apartado 10; de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro Broede, C-3/95, Rec. p. I-6511, apartado 25, y de 9 de julio de 1997, Parodi, C-222/95, Rec. p. I-3899, apartado 18).*

34. *Aun a falta de armonización en la materia, la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido (véanse, en particular, las sentencias de 17 de diciembre de 1981, Webb, 279/80, Rec. p. 3305, apartado 17; de 26 de febrero de 1991, Comisión/Italia, C-180/89, Rec. p. I-709, apartado 17; Comisión/Grecia, C-198/89, Rec. p. I-727, apartado 18; S,ger, antes citada, apartado 15; Vander Elst, antes citada, apartado 16, y Guiot, antes citada, apartado 11).*

35. *La aplicación de las normas nacionales de un Estado miembro a los prestadores establecidos en otros Estados miembros debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse, en particular, las sentencias S,ger, antes citada, apartado 15; de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y Guiot, antes citada, apartados 11 y 13).*

36. Entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el Tribunal de Justicia figura la protección de los trabajadores (véanse las sentencias Webb, antes citada, apartado 19; de 3 de febrero de 1982, Seco y Desquenue & Giral, asuntos acumulados 62/81 y 63/81, Rec. p. 223, apartado 14, y de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, Rec. p. I-1417, apartado 18), en particular, la protección social de los trabajadores del sector de la construcción (sentencia Guiot, antes citada, apartado 16).

37. *En cambio, consideraciones de orden meramente administrativo no pueden justificar que un Estado miembro establezca excepciones a las normas de Derecho comunitario, máxime cuando la referida excepción equivalga a excluir o restringir el ejercicio de una de las libertades fundamentales del Derecho comunitario (véase, en particular, la sentencia de 26 de enero de 1999, Terhoeve, C-18/95, Rec. p. I-345, apartado 45).*

38. **No obstante, las razones imperiosas de interés general que justifican las disposiciones sustantivas de una normativa pueden también justificar las medidas de inspección necesarias para garantizar su cumplimiento (véase, en este sentido, la sentencia Rush Portuguesa, antes citada, apartado 18).**

39. *Por consiguiente, procede examinar sucesivamente si las exigencias impuestas por una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal producen efectos restrictivos sobre la libre prestación de servicios y, en su caso, si, en el ámbito de la actividad considerada, razones imperiosas relacionadas con el interés general justifican tales restricciones a la libre prestación de servicios. En caso afirmativo deberá, además, verificarse si dicho interés ya está garantizado por las normas del Estado en el que el prestador de servicios se halla establecido y si puede obtenerse el mismo resultado mediante normas menos gravosas (véanse, en particular, las sentencias S,ger, antes citada, apartado 15; Kraus, antes citada, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37; Guiot, antes citada, apartado 13, y Reisebüro Broede, antes citada, apartado 28).*

51. **Debe admitirse que el interés general vinculado a la protección social de los trabajadores del sector de la construcción y al control de su observancia, a causa de circunstancias específicas de este sector, puede constituir una razón imperiosa que justifique la imposición a un empresario establecido en otro Estado miembro, que preste servicios en el Estado miembro de acogida, obligaciones que pueden constituir restricciones a la libre prestación de servicios. Sin embargo, no es éste el caso si los trabajadores del referido empresario, que realizan obras temporalmente en el Estado miembro de acogida disfrutan de la misma protección, o de una protección esencialmente similar, en virtud de obligaciones a las que ya está sujeto el**

empresario en su Estado miembro de establecimiento (véase, en este sentido, la sentencia Guiot, antes citada, apartados 16 y 17).

(...)

61. *La protección eficaz de los trabajadores del sector de la construcción, en particular, en materia de seguridad y de salud, así como en materia de jornada laboral, puede exigir que se tengan determinados documentos a pie de obra o, como mínimo, en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida a disposición de las autoridades de ese Estado competentes para realizar la labor inspectora, a falta de un sistema organizado de cooperación o intercambio de información entre Estados miembros, como el que prevé el artículo 4 de la Directiva 96/71.*

62. *Además, a falta de un sistema organizado de cooperación o intercambio de información como el mencionado en el apartado anterior, la obligación de elaborar y tener a pie de obra o, como mínimo, en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida algunos de los documentos exigidos por la normativa de ese Estado puede constituir la única medida de control adecuada atendido el objetivo que persigue dicha normativa.*

63. *En efecto, los datos exigidos respectivamente por la normativa del Estado miembro de establecimiento y la del Estado miembro de acogida relativos, en particular, al empresario, al trabajador, a las condiciones de trabajo y a la retribución pueden diferir hasta tal punto que no puedan efectuarse las inspecciones exigidas por la normativa del Estado miembro de acogida sobre la base de documentos llevados con arreglo a la normativa del Estado miembro de establecimiento.*

(...).

65. *Por consiguiente, es preciso que las autoridades y, en su caso, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida comprueben sucesivamente, antes de exigir que se elaboren y se lleven en su territorio los documentos previstos en su propia legislación social o laboral, que la protección social de los trabajadores que puede justificar tales exigencias queda ya suficientemente salvaguardada mediante la presentación, en un plazo razonable, de los documentos que se llevan en el Estado miembro de establecimiento o de sus copias, de no disponerse de dichos documentos o de sus copias a pie de obra o en un lugar accesible y claramente identificado del territorio del Estado miembro de acogida.*

(...)

69. *En segundo lugar, la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO L 183, p. 1) dispone, concretamente en su artículo 10, que los tra-*

bajadores deben recibir todas las informaciones correspondientes a riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

70. A efectos de dicha comprobación, las autoridades nacionales del Estado miembro de acogida, en la medida en que no dispongan de ellos podrán, además, pedir en todo momento al prestador de servicios que les informe de los datos que tenga en su poder relativos a las obligaciones a que está sometido en el Estado miembro en el que se halle establecido.

4) Los artículos 59 y 60 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realice temporalmente obras en el primer Estado a tener disponibles, durante el período de actividad en el territorio del primer Estado miembro, los documentos previstos en las legislaciones social y laboral a pie de obra o en otro lugar accesible y claramente identificado del territorio de ese Estado, siempre que tal medida sea necesaria para permitirle comprobar el cumplimiento efectivo de su normativa justificada por la salvaguardia de la protección social de los trabajadores.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

4) Los artículos 59 y 60 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realice temporalmente obras en el primer Estado a tener disponibles, durante el período de actividad en el territorio del primer Estado miembro, los documentos previstos en las legislaciones social y laboral a pie de obra o en otro lugar accesible y claramente identificado del territorio de ese Estado, siempre que tal medida sea necesaria para permitirle comprobar el cumplimiento efectivo de su normativa justificada por la salvaguardia de la protección social de los trabajadores.

h) STJCE Sala 1.ª de 9 septiembre 2004

En los asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02, el Reino de España (C-184/02) solicita la anulación de la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera (DO L 80, p. 35; en lo sucesivo, «Directiva impugnada»). Dicha demanda fue objeto de una corrección el 3 de junio de 2002. Por su parte, la República de Finlandia (C-223/02) solicita la anulación de la Directiva impugnada en la medida en que ésta se refiere a los conductores autónomos.

3. Mediante autos del Presidente del Tribunal de Justicia de fechas 4 de octubre y 7 de noviembre de 2002, respectivamente, se admitió la intervención de la Comisión de las Comunidades Europeas en apoyo de las pretensiones del Parlamento y del Consejo.

4. Dada la conexión entre los dos asuntos, el Presidente de la Sala Primera del Tribunal de Justicia, mediante auto de 7 de enero de 2004, decidió acumular los asuntos C-184/02 y C-223/02 a efectos de la fase oral y de la sentencia, con arreglo al artículo 43 del Reglamento de Procedimiento.

MARCO JURÍDICO

5. El 20 de diciembre de 1985, el Consejo adoptó el Reglamento (CEE) núm. 3820/85, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera (DO L 370, p. 1; EE 07/04, p. 21). *Este Reglamento, aplicable a los conductores por cuenta ajena y a los conductores autónomos, regula fundamentalmente los tiempos de conducción y de descanso en el transporte por carretera.*

6. *El 23 de noviembre de 1993, el Consejo adoptó la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 307, p. 18). Ésta regula los períodos mínimos de descanso diario y semanal, las vacaciones anuales, la pausa de descanso y la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, así como determinados aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo.*

(...)

8. En 2002 fue adoptada la Directiva impugnada. A tenor de su artículo 1, ésta tiene por objeto «(...) establecer prescripciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo para mejorar la protección de la seguridad y la salud de las personas que realicen actividades móviles de transporte por carretera, así como mejorar la seguridad vial y aproximar en mayor grado las condiciones de competencia».

24. **La República de Finlandia afirma que ni el artículo 71 CE ni el artículo 137 CE, apartado 2, confieren a la Comunidad competencia para regular el tiempo de trabajo de los conductores autónomos.**

25. *Por lo que respecta al artículo 71 CE, alega que la Directiva impugnada regula el empleo del tiempo de los conductores autónomos de una manera que va mucho más allá de los objetivos de seguridad vial y de aproximación de las condiciones de competencia amparados por dicho artículo. En relación con el objetivo de la seguridad vial, alega que la Directiva impugnada no regula solamente el tiempo de conducción,*

sino también el tiempo de trabajo total del conductor autónomo, pese a que no se ha demostrado en modo alguno que las actividades, distintas de la conducción, relacionadas con el transporte constituyan factores de riesgo para la seguridad vial. En cuanto al objetivo referente a la aproximación de las condiciones de competencia, afirma que éste no puede justificar tampoco la inclusión de los conductores autónomos en el ámbito de aplicación de la Directiva impugnada dado que, por un lado, los considerandos de ésta no permiten cuantificar sus efectos reales sobre las condiciones de competencia y, por otro lado, sus disposiciones contribuyen más bien a incrementar las distorsiones de competencia, al perjudicar a las pequeñas y medianas empresas.

26. *Por lo que se refiere al artículo 137 CE, apartado 2, la República de Finlandia sostiene que esta disposición no autoriza a la Comunidad a adoptar medidas relativas al tiempo de trabajo de los conductores autónomos.*

27. *Hay que señalar que la Directiva impugnada se basa en los artículos 71 CE y 137 CE, apartado 2.*

28. *Del artículo 71 CE, apartado 1, se desprende que, para la aplicación de una política común de transportes, y teniendo en cuenta las peculiaridades de estos últimos, el Consejo, con arreglo al procedimiento de codecisión previsto en el artículo 251 CE, tiene competencia para establecer, en particular, «medidas que permitan mejorar la seguridad en los transportes» (letra c) y «cualesquiera otras disposiciones oportunas» (letra d)).*

29. *Es jurisprudencia reiterada que, al confiar al Consejo la tarea de establecer una política común de transportes, el Tratado le confiere una amplia facultad normativa por lo que respecta a la adopción de las correspondientes normas comunes (sentencias de 28 de noviembre de 1978, Schumalla, 97/78, Rec. p. 2311, apartado 4, y de 17 de julio de 1997, SAM Schiffahrt y Stapf, asuntos acumulados C-248/95 y C-249/95, Rec. p. I-4475, apartado 23).*

30. *Del inequívoco tenor literal del artículo 71 CE, apartado 1, letra c), y de las precisiones facilitadas por el Tribunal de Justicia sobre el concepto de «otras disposiciones oportunas» al que se refiere el artículo 71 CE, apartado 1, letra d), se desprende asimismo (sentencia Schumalla, antes citada, apartado 6) que, con arreglo al artículo 71 CE, el legislador comunitario está facultado para adoptar disposiciones comunes dirigidas a mejorar la seguridad vial y a eliminar las disparidades nacionales que pueden falsear considerablemente las condiciones de competencia en el sector de los transportes, cosa que, por otra parte, admite la República de Finlandia.*

(...)

34. *Las medidas expuestas en el apartado anterior tienen por objeto mantener dentro de límites razonables la cadencia semanal de trabajo del conductor autónomo, cuando se trata de actividades que puedan influir en su conducción por sus efectos sobre su estado de fatiga, e imponerle unos períodos mínimos de recuperación. Por tanto, van dirigidas, innegablemente, a mejorar la seguridad vial, que puede ponerse en peligro, en contra de lo que alega la República de Finlandia, no sólo por períodos de conducción demasiados largos, sino también por una acumulación excesiva de actividades distintas de la conducción, como las enumeradas en el artículo 3, letra a), punto 1, primer guión, incisos ii) a v), de la Directiva impugnada, que están directamente relacionadas con una operación de transporte por carretera (véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de junio de 1994, Michielsen y GTS, C-394/92, Rec. p. I-2497, apartado 14, y de 18 de enero de 2001, Skills Motor Coaches y otros, C-297/99, Rec. p. I-573, apartados 24 y 25).*

35. *La Directiva impugnada prevé igualmente en su artículo 7 la sujeción de los conductores autónomos a las limitaciones que establece en materia de duración del trabajo nocturno. Habida cuenta de la particular influencia que puede tener el trabajo nocturno en el organismo humano, en el estado de fatiga del transportista por carretera y, por consiguiente, en su conducción, tal medida tiene por objeto también incrementar la seguridad vial.*

36. *Hay que considerar, por tanto, que la regulación del tiempo de trabajo de los conductores autónomos prevista por la Directiva impugnada persigue un objetivo de seguridad vial. Como subrayan acertadamente el Parlamento y la Comisión, dicha regulación viene a completar adecuadamente las disposiciones del Reglamento núm. 3820/85, las cuales se refieren solamente a uno de los factores que ponen en peligro la seguridad vial, a saber, que el transportista por carretera realice períodos de conducción demasiado largos.*

37. *El análisis precedente no puede quedar desvirtuado por la circunstancia, alegada por el Reino de España, de que el artículo 2, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva impugnada prevea que, para la fijación del estatuto definitivo de los conductores autónomos a la luz de la citada Directiva, la Comisión presente al Parlamento y al Consejo, a más tardar el 23 de marzo de 2007, un informe relativo, en particular, a las consecuencias de la exclusión actual de los conductores autónomos del ámbito de aplicación de dicha Directiva sobre seguridad vial.*

38. *Como ha expuesto el Parlamento en sus escritos y ha sido confirmado en la vista por las diferentes instituciones, dicha disposición es resultado de un compromiso alcanzado en el Consejo sobre la propuesta de la Comisión que preveía la sujeción inmediata de dichos conductores a*

la Directiva impugnada «por razones vinculadas principalmente a la seguridad vial» (véanse los puntos 4 y 5 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de junio de 2000, titulada «Hacia un transporte por carretera de calidad más seguro y más competitivo en la Comunidad», COM(2000) 364 final). La mencionada disposición no puede desvirtuar el fundamento de las consideraciones relativas a los efectos de la realización de períodos de actividad de transporte por carretera demasiado largos, así como del trabajo nocturno, sobre el estado de fatiga del conductor y, por ende, sobre la conducción que éste lleve a cabo. No puede invalidar, por consiguiente, la conclusión de que el objetivo de seguridad vial justifica plenamente la regulación del tiempo de trabajo de los conductores autónomos prevista por la Directiva impugnada.

39. *Por lo que respecta, en segundo lugar, al objetivo de aproximación de las condiciones de competencia, las disposiciones de la Directiva impugnada citadas en los apartados 33 y 35 de la presente sentencia, van dirigidas a coordinar las legislaciones nacionales en aspectos esenciales del tiempo dedicado por los conductores autónomos a sus actividades de transporte por carretera. Contribuyen, en este sentido, a la eliminación, por lo que atañe a dichos aspectos, de las disparidades entre los Estados miembros que puedan falsear la competencia en la profesión de transportista autónomo por carretera.*

40. *Por lo demás, se ha declarado que aquellas disposiciones comunes que, como las expuestas en los apartados 33 y 35 de la presente sentencia, tienen por objeto mejorar la seguridad vial, no pueden sino contribuir a la eliminación de las disparidades que pueden falsear considerablemente las condiciones de competencia en el sector del transporte, resultando así «oportunas», en el sentido del artículo 71 CE, apartado 1, letra d), para el establecimiento de una política común de transportes (véase la sentencia Schumalla, antes citada, apartado 6).*

41. *Habida cuenta de lo antedicho, hay que concluir que la regulación del tiempo de trabajo de los conductores autónomos prevista por la Directiva impugnada puede contribuir a la consecución de los objetivos de seguridad vial y de aproximación de las condiciones de competencia establecidos en el artículo 1 de la citada Directiva. De ello se deduce que el artículo 71 CE ofrece una base jurídica adecuada y suficiente a efectos de la aplicación de la Directiva impugnada a dicha categoría de transportistas por carretera.*

42. *En relación con el artículo 137 CE, apartado 2, hay que señalar que el procedimiento legislativo previsto por esta disposición para la adopción de medidas dirigidas a la mejora del entorno de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, es idéntico al establecido en el artículo 71 CE.*

43. Por consiguiente, la utilización del artículo 137 CE, apartado 2, como fundamento jurídico secundario de la Directiva impugnada no ha influido, en cualquier caso, en el procedimiento seguido para la adopción de ésta.

44. En estas circunstancias, no es necesario pronunciarse sobre el extremo de si el artículo 137 CE, apartado 2, proporciona también un fundamento jurídico adecuado para las medidas previstas por la Directiva impugnada con respecto a los conductores autónomos (véase también la sentencia de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, Rec. p. I-11453, apartado 98, y, a contrario, la sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión/Consejo*, denominada «Dióxido de titanio», C-300/89, Rec. p. I-2867, apartados 18 a 21).

45. A la luz de todas las consideraciones anteriores, debe desestimarse el motivo examinado.

SOBRE LOS MOTIVOS BASADOS EN LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL LIBRE EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL Y A LA LIBERTAD DE EMPRESA, EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EN QUE LA DIRECTIVA IMPUGNADA NO TIENE POR OBJETO LA SEGURIDAD VIAL

(...)

51. *El libre ejercicio de una actividad profesional forma parte de los principios generales del Derecho comunitario (sentencias de 10 de enero de 1992, *Kühn*, C-177/90, Rec. p. I-35, apartado 16; de 5 de octubre de 1994, *Alemania/Consejo*, C-280/93, Rec. p. I-4973, apartado 78, así como *SAM Schiffahrt y Stapf*, antes citada, apartado 72). Lo mismo puede decirse de la libertad de empresa, que se confunde con el libre ejercicio de una actividad profesional (sentencia de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Zuckerfabrik Soest*, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, Rec. p. I-415, apartados 72 a 77).*

52. *No obstante, estas libertades no constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponérselas restricciones, siempre y cuando éstas respondan a objetivos de interés general y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de las libertades así garantizadas (véase, en particular, la sentencia de 28 de abril de 1998, *Metronome Musik*, C-200/96, Rec. p. I-1953, apartado 21).*

53. *En el caso de autos, hay que constatar que la regulación del tiempo de trabajo de los conductores autónomos prevista por la Directiva impugnada tiene por objeto mejorar la seguridad vial (véanse los apartados 33 a 36 de la presente sentencia) y responde, por consiguiente, a un objetivo*

de interés general (véanse las sentencias de 5 de octubre de 1994, *Van Schaik*, C-55/93, Rec. p. I-4837, apartado 19, y de 12 de octubre de 2000, *Snellers*, C-314/98, Rec. p. I-8633, apartado 55).

54. Como señala la Abogado General en los puntos 112 a 116 de sus conclusiones, si bien es cierto que la referida regulación interfiere en las modalidades de ejercicio de la actividad profesional de conductor autónomo, no afecta, sin embargo, a la propia existencia de la libertad de ejercer dicha actividad.

55. Además, como subrayan el Parlamento y la Comisión, la Directiva impugnada hace una clara distinción, por lo que respecta a los conductores autónomos, entre las actividades directamente vinculadas al transporte por carretera, por un lado, como las enumeradas en el artículo 3, letra a), punto 1, de dicha Directiva, que son objeto de medidas de ordenación del tiempo de trabajo establecidas por ésta y, por otro lado, las «labores generales de tipo administrativo que no están directamente vinculadas a una operación de transporte específica en marcha» que figuran en el punto 2 de la misma disposición, a las que no se refiere la mencionada Directiva.

56. Habida cuenta de la amplia facultad de apreciación de que dispone para adoptar las medidas oportunas con vistas a una política común de transportes (véase la sentencia *SAM Schiffahrt y Stapf*, antes citada, apartados 23 a 25), el legislador comunitario pudo considerar que medidas encaminadas a regular el tiempo dedicado a las actividades directamente vinculadas al transporte por carretera, sin mermar la libertad del conductor que ha optado por el estatuto de autónomo para organizar como considere conveniente las labores generales inherentes a dicho estatuto, constituyen medidas adecuadas y razonables con respecto al objetivo de la seguridad vial.

57. Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, dicho principio, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que las medidas de que se trate no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de optar entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa (véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1999, *UDL*, C-101/98, Rec. p. I-8841, apartado 30, y de 12 de marzo de 2002, *Omega Air* y otros, asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, Rec. p. I-2569, apartado 62).

58. En el caso de autos, las consideraciones expuestas en los apartados 54 a 56 de la presente sentencia llevan a constatar que no vulneran el principio de proporcionalidad las disposiciones de la Directiva im-

pugnada relativas a los conductores autónomos, que pretenden evitar, sin menoscabar su libertad para organizar sus labores generales de tipo administrativo de la forma que consideren más adecuada para sus intereses, que éstos sigan un ritmo de trabajo, por lo que a las actividades vinculadas directamente con el transporte por carretera se refiere, que pueda poner en peligro la seguridad vial.

(...)

60. *Habida cuenta de lo antedicho, la regulación del tiempo de trabajo de los conductores autónomos, prevista en la Directiva impugnada, no puede considerarse una intervención desproporcionada e intolerable que menoscabe la propia esencia de los derechos al libre ejercicio de una actividad profesional y a la libertad de empresa, ni una violación del principio de proporcionalidad.*

61. De ello se deduce que deben desestimarse en su totalidad los motivos examinados.

SOBRE EL MOTIVO BASADO EN LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y EN LA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 74 CE

(...)

64. Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el principio de no discriminación exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que tal diferenciación esté objetivamente justificada (véanse, en particular, las sentencias Omega Air y otros, antes citada, apartado 79, y de 9 de septiembre de 2003, Milk Marque y National Farmers' Union, C-137/00, Rec. p. I-7975, apartado 126).

65. En el caso de autos, hay que señalar que, por lo que respecta a la ordenación de su tiempo de trabajo, sobre la cual versa la Directiva impugnada, los conductores autónomos y los conductores por cuenta ajena no están en la misma situación. En efecto, los primeros deben asumir, además de las actividades vinculadas directamente al transporte por carretera, labores generales de tipo administrativo que no son propias de los segundos.

i) *STJCE Sala 4.^a de 16 diciembre 2004*

En el asunto C-358/03, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 9 de la Directiva 90/269/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, sobre las

disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores (Cuarta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 156, p. 9), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en la citada Directiva o, en cualquier caso, al no haber informado a la Comisión sobre las referidas disposiciones.

(...)

12. En este contexto, *el Gobierno austriaco pone de manifiesto que el Derecho constitucional austriaco prohíbe al Estado federal adoptar unas medidas de adaptación del Derecho interno en lugar de un Land y que únicamente una sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia permite afirmar la competencia del Estado federal para llevar a cabo la adaptación del Derecho interno.*

13. *Sobre este particular, debe recordarse que, en virtud de una reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno, ni siquiera las que derivan de su organización federal, para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva (véase, en particular, la sentencia de 11 de octubre de 2001, Comisión/Austria, C-111/00, Rec. p. I-7555, apartado 12). Efectivamente, si bien, en el orden interno, cada Estado miembro goza de libertad para atribuir, como considere oportuno, las competencias normativas, no es menos cierto que, en virtud del artículo 226 CE, es el único responsable, frente a la Comunidad, del cumplimiento de las obligaciones que resultan del Derecho comunitario (sentencia de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, C-87/02, Rec. p. I-0000, apartado 38).*

14. *Por lo tanto, debe considerarse fundado el recurso de la Comisión por lo que atañe al Land de Carintia.*

Siniestralidad laboral: aproximación al fenómeno desde una perspectiva autocrítica de la respuesta jurisdiccional. Estudio del Consejo General del Poder Judicial

Celima Gallego Alonso

Magistrada-Jefa del Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial
del Consejo General del Poder Judicial

1. Introducción

Vivimos un siglo **xxi** en el que nuestras sociedades están instaladas en un estado global del bienestar que ficticiamente extiende «a todos» los beneficios del progreso y donde los avances tecnológicos parecen haber reforzado el atávico afán humano en encontrar espacios de seguridad: espacios en los que estar «a salvo» viviendo de forma razonablemente libre. Pues bien, resulta que pese a todo, el escenario mundial padece ahora un brutal desequilibrio económico y el primer mundo privilegiado sufre de inseguridad. Tanto es así que este sentimiento ha acabado siendo uno de los factores políticos decisivos. Estamos ante *la sociedad del riesgo* en la expresión acuñada por Ulrich Beck: se trata de una sociedad amenazada por un potencial de «males» muy superior al de otros momentos históricos. Ya no son las plagas o epidemias mortales o las catástrofes naturales los peligros que atentan a los habitantes de las sociedades modernas. Somos nosotros mismos los que con los avances tecnológicos, la división del trabajo, los modernos métodos de producción y las nuevas formas de explotación de los recursos económicos, quienes ponemos en peligro las fuentes del bienestar del planeta y la vida y la salud de sus habitantes. La energía nuclear, el uso de productos químicos, el impacto ecológico de la intervención en el medio natural, la tecnología genética y las manipulaciones alimenticias: todo ello encierra una capacidad letal de proporciones incalculables. A ello se añade la enorme dificultad para delimitar las responsabilidades en un contexto de una creciente y alarmante cultura de la impunidad: son los efectos colaterales del progreso.

En este escenario general enmarcamos el fenómeno de la siniestralidad en el trabajo como una expresión más de los crueles efectos del

desarrollo económico y tecnológico de las sociedades avanzadas o del primer mundo.

2. Proyecto de estudio de la respuesta judicial al fenómeno de la siniestralidad laboral

2.1. Origen de la iniciativa

La aportación del Consejo, el órgano de gobierno de los Jueces, modesta en sus pretensiones y autocrítica en su intención, trata de aportar una pequeña contribución de estudio y análisis de la respuesta judicial al lacerante fenómeno de la siniestralidad en el mundo laboral en nuestro país, que viene cobrándose más de 1.500 víctimas mortales al año.

Para situar temporalmente la iniciativa, nos remontamos a finales del año 2003, momento en el que se difunden en los medios de comunicación varias noticias sobre resoluciones judiciales que se pronunciaban sobre accidentes de trabajo y, especialmente, dicho sea sin ánimo de señalar, una de ellas, suscitó una perplejidad y una indignación en el mundo de los agentes sociales, sindicatos y opinión pública en general, muy llamativa, con una importante repercusión mediática.

Los términos de esta resolución dictada en un asunto penal por alguna Audiencia Provincial, que revocaba, además la sentencia de la primera instancia, eran tan explícitos, que fueron calificados de ofensivos, o cuando menos cuestionables desde el punto de vista de la ponderación, la prudencia o la sensibilidad que ha de presidir una resolución judicial, pues llegaba casi a afirmarse, para argumentar la culpa exclusiva de la víctima, que la situación en la que se encontraba el trabajador, se debía a su propia impericia o torpeza en el manejo de los mecanismos causantes del daño.

Como ha destacado el profesor BAYLOS GRAU («Sentencias alarman-tes: un fenómeno de inaplicación del derecho», en *Por experiencia*), en los últimos meses *«se han hecho públicas a través de la prensa varias sentencias de distintos órdenes jurisdiccionales en las que se exige de responsabilidad —penal, civil, laboral, según los casos— al empresario que ha incumplido las medidas de seguridad, sobre la base de que el trabajador actuó imprudentemente...*

Culpabilizar al trabajador de la falta de medidas de seguridad, exigirle una conducta decidida en el rechazo de las órdenes de capataces y contratistas, equiparar al trabajador con la empresa en la responsabilidad en el cumplimiento de las medidas de seguridad, son todas ellas afirmaciones que se desprenden de las decisiones judiciales que se han

conocido en el mes de noviembre, que implican la subversión del principio de responsabilidad objetiva del empresario en materia de seguridad que establece nuestro sistema legal».

Reflexiona el autor que no hay lagunas legales que cubra la jurisprudencia, ni defectos en la regulación normativa. Entiende que hay preceptos claros del Código Penal, tipificación de sanciones en la norma administrativa, regulación de responsabilidad en la norma laboral y civil. *«Lo que sucede en estas sentencias es un fenómeno de inaplicación del derecho vigente en función de un tipo de pensamiento que, consciente o inconscientemente, ignora la realidad del trabajo y del poder en la empresa, y entiende que la figura del empresario es inmune a cualquier responsabilidad que no sea la derivada del riesgo en el negocio.»*

Se ha hablado tanto de la cultura de la prevención que se ha olvidado que existe en paralelo otra cultura que desarrollar, la de la vigilancia y el castigo de las conductas de especial desvalor social, que ponen en peligro la vida y la salud de los trabajadores.

Mientras los empresarios sepan que no serán incriminados penalmente por incumplir medidas de seguridad, y que frente a la muerte del trabajador y su incapacidad definitiva sólo deban reaccionar con el lamento y la limosna, no nos habremos distanciado demasiado del panorama del siglo XIX cuando el trabajo era siempre inseguro y la vida del obrero no tenía más valor que el que incorporaba al proceso de producción de mercancías».

Se multiplicaron las declaraciones institucionales de los sindicatos, demás agentes sociales, los artículos en la prensa e incluso se formuló denuncia contra el autor de la sentencia para revisar disciplinariamente su actuación.

La resolución se estudió por los servicios técnicos del Consejo, se concluyó que era formalmente correcta, que estaba suficientemente motivada de acuerdo con los estándares constitucionales y que las desafortunadas expresiones se insertaban en una argumentación intelectual que apoyaba la conclusión del fallo, por lo que quedaban desprovistas de significación ofensiva intencionada.

Es decir, no existió ninguna consecuencia disciplinaria pues se calificó de cuestión jurisdiccional enmarcable en el espacio de la independencia judicial y la libertad de criterio que el Consejo no puede entrar a revisar.

Sin embargo, la reflexión a propósito de este hecho, suscitó la necesidad de que el Consejo profundizara en el conocimiento y análisis de la o las respuestas judiciales al fenómeno de la siniestralidad laboral y, si se ajustan a la demanda social, es decir a lo que la sociedad racionalmente espera de los jueces en esta materia.

2.2. Descripción del Proyecto

Así el Pleno del CGPJ en su sesión del día 28 de enero de 2004 aprobó la elaboración del informe sobre siniestralidad laboral a llevar a cabo por el Servicio de Análisis y Planificación de la Actividad Judicial. El Proyecto se delimitó, sin interferir en la esfera de independencia de la labor jurisdiccional, a estudiar las Sentencias dictadas desde el año 2003 sobre accidentes de trabajo, cuantitativamente y a su análisis cualitativo en los distintos órdenes jurisdiccionales en que se ventilan las manifestaciones del fenómeno de la siniestralidad: tiempos de respuesta, cuantía de las indemnizaciones, aplicación de las herramientas coercitivas de prevención, uso de los tipos penales de riesgo, participación de los sindicatos en los procesos, etc.

Se elaboró un plan de trabajo tras recopilar y estudiar toda la información que pudiera ser de interés para desarrollar un trabajo de calidad. En este sentido ha sido el principal referente la Comisión especial para la prevención de los riesgos laborales que se desarrolló a lo largo de la última legislatura en el Senado. También han sido de interés y analizados los datos de la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

El plan de trabajo se ha venido desarrollando a través de las siguientes fases:

- 1.º Informe interno: consulta a los Jueces y Magistrados.
- 2.º Demanda externa: consulta a los agentes sociales.
- 3.º Análisis del contenido de las resoluciones judiciales.
- 4.º Informe jurídico.

1.º INFORME INTERNO: CONSULTA A LOS JUECES Y MAGISTRADOS

Se realizó una consulta a una muestra representativa de Jueces y Magistrados de diversos órdenes jurisdiccionales, algunos de ellos participantes en estas jornadas, con los que se mantuvo una primera sesión de trabajo con el objetivo de determinar cuáles son los puntos más problemáticos de la intervención judicial en las cuestiones de siniestralidad laboral.

2.º DEMANDA EXTERNA: CONSULTA A LOS AGENTES SOCIALES

A partir de los resultados de la consulta se convocó una sesión de trabajo con representantes de los principales agentes sociales (Sindicatos, Inspección de Trabajo, Mutuas de Accidentes, Fiscalía,) a fin de que

expusieran todos los elementos de la actividad judicial que les preocupan en los asuntos de siniestralidad laboral.

3.º SEGUNDA FASE: INFORME INTERNO

Tras ordenar las conclusiones de las anteriores sesiones de trabajo, en una segunda sesión con los Jueces y Magistrados que colaboran en el Proyecto se les plantearon las principales cuestiones expuestas por los agentes sociales.

La culminación de estas tres primeras fases se concreta en una serie de *conclusiones* consensuadas por los grupos de trabajo:

1. **Pluralidad normativa:** Existe acuerdo en que la propuesta de *una ley integral de siniestralidad no constituye una solución mágica*, el problema radica, más bien, en la voluntad de aplicación, en cerrar los caminos que propician la trampa de la ley, es decir, con la normativa existente, superar los obstáculos que dificultan su aplicación, es suficiente.

La cuestión no es codificar el Derecho de la Prevención, sino regular los problemas inherentes a su aplicación judicial. Por tanto el calificativo de «integral» de la Ley no se refiere a la pretensión de que la ley regule todo, sino de que complementa lo que ya hay mediante un enfoque integral de la prevención, abordando esas otras cuestiones relativas a la aplicación judicial de las normas.

2. **La necesidad de reunificación jurisdiccional:** Hay coincidencia absoluta en que excepto en el orden penal, toda la materia derivada de accidentes de trabajo debería verse en la jurisdicción social, el tiempo de respuesta de este orden jurisdiccional es mucho más satisfactorio, las respuestas judiciales serían más coherentes y unificadas y además sería más sencillo formar a los jueces de un colectivo más pequeño, por otra parte más y mejor adiestrado para comprender la realidad inherente al mundo del trabajo.

3. **Estandarizar objetivamente la clasificación de las lesiones derivadas de accidentes de trabajo,** *de suerte que la calificación del accidente a partir de las lesiones resultantes para el trabajador no dependa exclusivamente del criterio de los servicios médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, como sucede en la actualidad.*

La normalización de los criterios debe ir acompañada del establecimiento de mecanismos de control sobre su aplicación. Si los criterios de calificación los seguimos basando en una previsión sobre las consecuencias que el médico cree que va a tener el accidente, deberían comunicarse también las desviaciones sobre tal previsión, de forma que si el número de días de baja supera un determinado número o si el tra-

bajador que ha sufrido un accidente leve sufre una determinada pérdida corporal (por ejemplo una amputación) o si el trabajador al cabo de los días fallece, tales circunstancias sean comunicadas.

Otra alternativa es la informatización del sistema, de manera que automáticamente saltase una alarma si habiendo sido cursada una baja por accidente de trabajo no apareciese el alta médica por curación al cabo de x días.

4. Establecer baremos de indemnización actualizados de carácter orientativo, para unificar el tratamiento de la reparación económica de los siniestros laborales en la línea de los accidentes de tráfico.

De lo que se trataría es de que un accidente de trabajo no esté menos valorado que un accidente de tráfico, por lo que puede seguirse el mismo criterio: si no se prueba que el daño es distinto (en más o en menos), se aplicará el baremo en los pleitos de indemnización por responsabilidad civil.

A ello habría de añadirse, como también se aplica en los accidentes de tráfico, que no se descuenten las prestaciones de la Seguridad Social, pues la naturaleza de unas y otras percepciones es evidentemente diversa.

Se sopesa, no obstante, que los baremos generalmente van asociados a una aplicación de mecanismos automáticos derivados de la responsabilidad objetiva y que esto puede ser un elemento perturbador, ya que las empresas pueden hacer los cálculos de su incumplimiento y constatar qué le resultaría más económico: invertir en prevención o indemnizar después.

5. Se destaca la necesaria reforma del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales para la clarificación de la responsabilidad de cada una de las empresas cuya actividad concurre en un centro de trabajo.

Los grupos de trabajo llegaron a sugerir una propuesta alternativa de redacción del artículo 24 de la LPRL en los siguientes términos:

«1. El titular del centro de trabajo como empresa principal y titular del proceso productivo organizará la actividad preventiva en el ámbito del centro de trabajo en el que operan aquellas empresas que han sido contratadas y subcontratadas para realizar parte de la actividad de aquél.

2. A tal fin, 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 la evaluación de los riesgos existentes en el centro de trabajo, con las medidas de protección y prevención correspondientes, y con los medios de coordinación ne-

cesarios, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

Las empresas contratadas y subcontratadas que concurren con trabajadores deberán adaptar su actividad preventiva a los riesgos existentes en el centro de trabajo, y deberán cumplir las instrucciones de la empresa titular del centro de trabajo, cooperando en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, mediante el cumplimiento de las instrucciones de dicho titular, e informándole de las incidencias que se produzcan y que afecten a los riesgos laborales y a las medidas preventivas.

3. La empresa titular del centro de trabajo, como empresa principal de las empresas que concurren en la actividad en el centro de trabajo de aquélla, deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales».

6. Solventar el problema de las empresas pequeñas —*muy numerosas en España— que carecen de representación sindical de los trabajadores, de Servicios de Prevención y que generalmente actúan en centros de trabajo ajenos, mediante la figura de los Delegados Territoriales (pactada en los Convenios Colectivos, por ejemplo) y/o asumiéndolo la representación de la empresa principal o titular del centro de trabajo.*

7. Mejorar la formación de los Servicios de Prevención de las empresas, de suerte que sea más exigente su cualificación técnica y reforzar su objetividad introduciendo criterios colegiados en su composición —*incluyendo, por ejemplo, representación de los trabajadores—.*

8. En el espacio de las sanciones administrativas por incumplimientos de deberes de prevención, la eficacia es limitada, ya que las empresas que más inciden en incumplimientos y desatienden sus obligaciones preventivas, por lo general, son sociedades con poco patrimonio económico, inmersas muchas de ellas en una economía irregular, así, las sanciones resultan incobrables en vía ejecutiva. Sería necesario en estos supuestos implementar mecanismos de proyección hacia la responsabilidad patrimonial personal de los administradores.

9. Aunque excede de las pretensiones del Grupo de Trabajo, se coincide en la necesidad de trasladar a los poderes públicos la conveniencia de que la Inspección de Trabajo cuente con más medios, reorganizando y optimizando los recursos humanos de que se disponen.

10. Destacar la excepcional importancia del momento inicial del accidente y, propiciar la coordinación de todos los intervinientes en el diagnóstico e investigación mediante la utilización de instrumentos que pautan la intervención coordinada de todos los agentes (Servicios Sanitarios, Policía Judicial, Inspección de Trabajo, Fiscalía, Juz-

gado) como es el caso del llamado *Protocolo para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores* suscrito para el ámbito del Principado de Asturias.

12. **La actuación de la Inspección de Trabajo en el accidente de trabajo tiene que expresarse en un informe obligatorio e inmediato, que debe obedecer a un modelo —protocolo—.**

Este informe debería tener, además de la garantía de la actuación coordinada con el Ministerio Fiscal, la garantía jurídica del Inspector y la técnica del Técnico de la Comunidad Autónoma. En él debe recogerse como contenido mínimo:

- el papel del titular del centro de trabajo,
- el papel del Servicio de Prevención,
- el papel del empresario directo del trabajador si es empresa contratista,
- el papel del encargado.

13. **Extender el mecanismo de los Convenios como instrumento de comunicación e interacción bidireccional entre la Inspección de Trabajo y la Fiscalía** (*se manejó como ejemplo el firmado en Andalucía que pauta un intercambio recíproco de información y formación entre ambas instancias*).

14. **Creación de Unidades activas de Policía preventiva**, especializada en la investigación científica de los accidentes de trabajo.

15. **Extender la especialización de la Fiscalía en materia de siniestralidad creando Secciones Especializadas o responsables en cada Fiscalía continuando la línea emprendida por la Fiscalía General del Estado.**

16. **Puesta en marcha de un sistema de registro de siniestros laborales.** Se trataría de un registro de procedimientos abiertos sobre siniestros laborales, no un registro de accidentes, residenciado en los Tribunales Superiores de Justicia. Lógicamente el sistema de registro debería ir acompañado de una información a cada órgano judicial que tramite un procedimiento, de que existen otros procedimientos abiertos sobre el mismo accidente.

17. **Fomentar la formación de los jueces sobre la materia**, con independencia del eterno debate sobre el carácter obligatorio o voluntario de la formación, deben suministrarse a los jueces herramientas intelectuales, técnicas y culturales para comprender la realidad económica y social en que se inscriben los fenómenos productivos, las relaciones de trabajo, desde ópticas multidisciplinares. No puede soslayarse tampoco el esfuerzo en orientar a los operadores jurídicos hacia una mayor sensibilidad en el uso del lenguaje en las sentencias.

4.º ANÁLISIS DE CONTENIDO: ESTUDIO DE LOS ASUNTOS JUDICIALES QUE TRATAN SINIESTRALIDAD LABORAL

En paralelo a la actuación anterior, y una vez establecidos los principales puntos de fricción entre la demanda social y la actividad de los Tribunales de Justicia en relación a la siniestralidad laboral, este proyecto trata de aplicar a la siniestralidad laboral el diseño de investigación adoptado por el Observatorio de la Violencia Doméstica.

Consiste, en definitiva, en analizar una muestra representativa de expedientes judiciales en los que el asunto nuclear sea la siniestralidad laboral. Y recoger de cada uno de ellos datos descriptivos sobre las partes y el recorrido judicial del asunto.

Para ello la previsión contenida en el proyecto consistía en solicitar al CENDOJ una recopilación de sentencias en cada uno de los órdenes jurisdiccionales.

Finalmente esta fase se está canalizando a través de la herramienta de los Convenios con varias Universidades, así todos los aspectos de la respuesta penal se están analizando en el marco de un Convenio implementado con la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz que cuenta con un Grupo de Investigación sobre esta misma materia y que se extiende también a aspectos de política criminal. De otra parte la colaboración con la Universidad de Castilla La Mancha, a través de su Cátedra de Derecho del Trabajo se está ocupando de la búsqueda y selección de Sentencias de los restantes órdenes jurisdiccionales.

Los criterios de búsqueda de resoluciones judiciales o «*suscriptores*» sobre aspectos problemáticos de la siniestralidad laboral y sobre la respuesta judicial al fenómeno, que han de ser tenidos en cuenta para la selección de sentencias que se incorporarán al trabajo y sobre las que se elaborará el Informe Final, son los siguientes:

- **En el orden penal:** Además de cuantificar las sentencias dictadas sobre esta materia desde el año 2003 hasta nuestros días, determinar el tiempo medio de respuesta y el índice de participación de los sindicatos en los procesos. Actualmente se están analizando las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales relativas a la aplicación de los *artículos 316 y 317 del Código Penal*, que son los que se refieren al tipo de riesgo discriminando y ponderando el porcentaje de absolutorias y condenatorias.

El estudio también aborda el análisis de las sentencias de Audiencias Provinciales dictadas en supuestos de *delito o falta imprudente con resultado de muerte o lesiones graves en el ámbito laboral significando* los supuestos de absolución por falta de prueba de

cargo suficiente o deficiente aseguramiento de la prueba en el momento inicial del siniestro.

- **En los órdenes civil y social:** búsqueda comparativa de sentencias sobre *indemnización por accidentes de trabajo* con especial estudio de los tiempos de respuesta en ambos órdenes y de las divergencias indemnizatorias cuantitativas (sentencias de las Audiencias Provinciales, de la Sala Primera del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, Salas de lo Social), así como determinación de los supuestos en que se descuenta del resultado indemnizatorio final las prestaciones de Seguridad Social percibidas por el trabajador.

También se extiende el estudio en los órdenes civil y social: aplicación de *mecanismos de extensión de la responsabilidad patrimonial personal de los administradores de empresas con forma societaria en accidentes de trabajo* a través del análisis de las Sentencias de las Audiencias Provinciales, de la Sala Primera del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, Salas de lo Social.

En el *orden social* el proyecto se centrará también en el estudio de las sentencias sobre *recargos de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad por el empresario*, cuantificando las dictadas desde 2003 y señalando el porcentaje de estimatorias y desestimatorias (sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Salas de lo Social).

También el Grupo de Investigación está analizando las sentencias dictadas en el orden social sobre *calificación del origen profesional de enfermedades* (sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Salas de lo Social).

- **En el orden Contencioso-Administrativo** nos interesan las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, Salas de lo Contencioso Administrativo en las que se recurren *sanciones impuestas por la autoridad administrativa en materia de prevención de riesgos laborales*, con especial atención a la identidad de la parte recurrente y la de las partes personadas.

5.º INFORME JURÍDICO

Finalmente, el Consejo redactará un Informe Jurídico en el que se describiría en qué supuestos interviene cada jurisdicción, el tipo de implicados, la procedencia y una cuantificación del tipo de resoluciones que se han dictado sobre siniestralidad en cada jurisdicción desde el año 2003 hasta nuestros días.

También se expondrán las principales líneas jurisprudenciales sobre siniestralidad en los ámbitos jurisdiccionales implicados y se dará respuesta a las demandas sociales que sobre este tema recaen en los Tribunales de Justicia españoles.

2.3. *Objetivos del proyecto*

Todo este material previamente seleccionado y tratado tenemos la pretensión de incorporarlo a un foro con vocación permanente mediante la implantación de una *comunidad virtual* que en el ámbito de la extranet de la web del Consejo www.poderjudicial.es deberá constituirse como espacio interactivo útil para los jueces y magistrados que desarrollan su actividad en litigios sobre siniestralidad en el trabajo.

De esta forma se trata de propiciar la creación de grupos de especialistas, que puedan trabajar en entornos descentralizados y de fácil acceso, utilizando para ello las nuevas tecnologías.

El marco de colaboración de nuestros Grupos de Investigación y el CENDOJ asegura el suministro de la jurisprudencia existente sobre esta materia jurídica, así como su actualización periódica y un apoyo a las necesidades de documentación judicial de la comunidad virtual, además de facilitar el tratamiento y la divulgación de los productos de análisis que la actividad de ésta origine.

La triple finalidad perseguida es:

1. Ofrecer a los jueces y magistrados que se ocupan de materias de siniestralidad laboral, servicios de documentación judicial debidamente actualizados.
2. Integrar los criterios judiciales utilizados en la resolución de litigios relativos a accidentes laborales, promoviendo la especialización de los miembros de la comunidad virtual.
3. Establecer un foro estable de diálogo y reflexión en torno a la tutela judicial de la prevención y la razonable respuesta a los accidentes en el ámbito laboral.

En un momento posterior trataríamos de abrir las ventajas de la comunidad virtual a los demás operadores jurídicos e instancias interesadas en el fenómeno, relacionando así la labor de los tribunales con la percepción social —fundamentalmente de los sectores empresariales y sindicales directamente afectados— de sus decisiones. Además se daría difusión de otros datos relevantes, por ejemplo, decisiones de las Consejerías de Empleo, circulares de la Fiscalía General del Estado, documentos de los Consejos Económicos y Sociales, documentos de los

Defensores del Pueblo, etc., que se relacionen de modo inmediato con la problemática jurídico-penal de la siniestralidad laboral; siempre aceptando que no se trata de crear una nueva base de datos indiscriminados, sino de depurar los materiales existentes a fin de acercarnos mejor a los objetivos fundamentales.

3. Conclusiones

La generación de esta cultura de conciencia y sensibilidad hacia la tutela de la seguridad en el trabajo debe apostar, desde luego, por un esfuerzo en soluciones normativas estructurales —unificación jurisdiccional—, sustantivas —desde diversas instancias se invoca una Ley Integral en materia de siniestralidad laboral—, procedimentales —protocolos de actuación ante los accidentes de trabajo—.

Pero también debe intensificarse la formación de los agentes responsables en el fenómeno de la siniestralidad, especialmente desde el espacio público o institucional y, cómo no, la de los encargados de la respuesta jurisdiccional.

Debe comprometerse desde perspectivas concretas y multidisciplinarias: prevención de riesgos laborales (principios, normas sobre lugares y equipos de trabajo, gestión de la prevención, agentes químicos, obligaciones de empresarios y trabajadores en cuanto a comprobaciones, vigilancia de la salud, etc.), la organización de las actividades productivas y de la tecnología empleada en los procesos de trabajo, las cuestiones de salud laboral y enfermedades derivadas del trabajo, estadísticas, consecuencias y causas de los accidentes, precariedad laboral, subcontratación, empresas de trabajo temporal, inmigración y trabajo marginal, el denominado trabajo autónomo, igualdad y desigualdad en las relaciones laborales, papel de los sindicatos y comités de empresa y de seguridad, labor y funciones de la inspección de trabajo, los delitos contra la salud y la seguridad en el trabajo y el papel del Ministerio Fiscal en la protección penal de los trabajadores y de los agentes sociales (sindicatos y asociaciones empresariales).

El ejemplo de que el clamor social, la sensibilización institucional, y la repercusión mediática han contribuido a una firme decisión colectiva de acabar con la violencia de género, con sus luces y sus sombras, debe servirnos de referente y estímulo en nuestra aportación al empeño en hacer frente a este otro lacerante fenómeno.

Sobre el cálculo en el orden social de la indemnización por responsabilidad civil derivada de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Rafael Antonio López Parada

Magistrado. Sala de lo Social de Valladolid
del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

I. La importancia de fijar criterios de cuantificación de las indemnizaciones por responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el orden jurisdiccional social

La cuestión relativa al cálculo de la indemnización que ha de reconocerse a las víctimas de accidentes de trabajo por causa de responsabilidad civil del empresario, o de cualquier otro sujeto obligado, por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, se ha convertido en un elemento central en los litigios sobre aplicación de esta normativa, en un motivo de fuerte polémica doctrinal y, además, en uno de los hitos relevantes que marcan las discrepancias entre las Salas primera y cuarta del Tribunal Supremo en relación con el tratamiento judicial de la siniestralidad laboral.

El elemento sobre el que convergen todas estas discusiones es el criterio sentado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, según la cual es preciso detraer del importe reconocido de la indemnización de responsabilidad civil el importe de las prestaciones pecuniarias de Seguridad Social reconocidas como consecuencia del mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional. Lo que resulta paradójico, como han subrayado numerosas voces, es que se hayan establecido criterios sobre la cuantía que ha de restarse del principal, pero no sobre el cálculo de ese mismo principal, lo que pone en cuestión en definitiva todo el sistema. De cara a la cifra indemnizatoria final es ineludible conocer cuál es la forma de calcular el importe del daño principal, antes de fijar los criterios sobre qué conceptos deben detraerse del mismo.

Debo destacar que el ámbito competencial del orden jurisdiccional social para establecer indemnizaciones de responsabilidad civil deriva-

das de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ha consolidado un amplio espectro en base a la doctrina dimanante de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que en sentencia de 22 de junio de 2005 (recurso 786/2004), ha dicho lo siguiente:

«Tres son las clases de responsabilidad generada por un accidente laboral, la contractual del artículo 1101 del Código Civil, la extracontractual del artículo 1902 del mismo cuerpo legal y la derivada de un ilícito penal; prescindiendo de esta última, el deslinde de competencia entre los órganos judiciales civil y laboral a la hora de asumir el conocimiento de los otros tipos o clases de responsabilidad patrimonial derivada de accidente de trabajo presenta dificultades, y es materia de controversia tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia de la Sala Primera y Cuarta del Tribunal Supremo, pues cada una de ellas viene proclamando su competencia para conocer de los procesos en los que se reclame la pertinente indemnización de daños y perjuicios derivados de esa responsabilidad patrimonial; a estos efectos conviene señalar, que la Sala de lo Social, ha proclamado su competencia para el conocimiento de las acciones de responsabilidad patrimonial, en varias sentencias; así en la sentencia de 24 de mayo de 1994 (Recurso 2249/93), entendió cómo la infracción de una norma estatal o colectiva o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre (artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores), cuya producción origina un daño constitutivo de un ilícito laboral la responsabilidad, ya no es civil sino laboral estando comprendida en el apartado a (del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral), que atribuye al orden social las cuestiones litigiosas que se promueven entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, siendo irrelevante que la responsabilidad controvertida pueda calificarse como extracontractual, cuando el acto causante se presenta con entera abstracción de la obligación preexistente, o como contractual; lo decisivo es que el daño se impute a un incumplimiento laboral y no civil. En igual sentido se pronuncia la sentencia de 2 de febrero de 1998 y las que allí se citan. Por último, en la sentencia de 1 de diciembre de 2003 (Recurso 239/2003) se contienen las siguientes afirmaciones:

1) El empleador asume la obligación en el contrato de trabajo de “garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales), deber de seguridad en el trabajo que es calificado de básico en los artículos 4.2.d) y 19.1 del Estatuto de los Trabajadores. Esta obligación, impuesta *ex lege*, debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo, por el empleador, constituye un incumplimiento del contrato de trabajo, contrato que constituye el parámetro esencial para

determinar y delimitar la competencia del orden jurisdiccional laboral, conforme prescriben los artículos 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Así pues, si el incumplimiento de la norma de seguridad se produce en la esfera de influencia del contrato de trabajo, en cuyo campo el empleador es deudor de tal seguridad, no parece aventurado concluir que el conocimiento de las consecuencias, que derivan de aquel incumplimiento, debe corresponder al orden social, reservándose al orden jurisdiccional civil aquellos otros supuestos que se produzcan fuera del campo delimitado por el contrato de trabajo.

De acuerdo con dicha doctrina, y en relación al problema planteado de determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de las acciones de la responsabilidad civil o patrimonial derivada de un accidente de trabajo, tendente a obtener la indemnización de daños y perjuicios causada por culpa de una negligencia, debe tenerse en cuenta lo complejo de este tipo de accidente, que acoge e incluye toda la materia amplísima de la prevención de riesgos laborales como su muy extensa normativa tanto nacional como comunitaria e internacional, materia que encaja, sin discusión, en la rama social del derecho, siendo manifiestamente ajena al derecho civil lo que conduce, a que si cualquier persona causa por acción y omisión interviniendo culpa o negligencia, que a su vez produce lesiones o daños a uno o varios trabajadores, la responsabilidad se inserta en el campo propio del derecho laboral, aunque no exista vinculación contractual alguna entre el responsable y el trabajador, de forma que esta especial responsabilidad extracontractual queda englobada e inmersa en la extensa y compleja materia de la prevención de riesgos laborales en el trabajo y de la seguridad en el mismo.

Todo lo dicho lleva en el caso de autos a declarar que el órgano jurisdiccional social es el competente para el conocimiento íntegro de la demanda inclusive... en el extremo de la misma en cuanto va dirigida contra el Promotor y Directores Técnicos de la obra en la que el actor sufrió un accidente de trabajo imputándose la falta de adopción de las necesarias medidas de seguridad en prevención de riesgos laborales, causa de los daños sufridos por el trabajador; en estos supuestos estamos ante una demanda de responsabilidad contra varios demandados en donde puede entrar en juego tanto la responsabilidad derivada de las previsiones contenidas en el artículo 1101 del Código Civil como de las establecidas en el artículo 1902 del mismo cuerpo legal; en suma se trata de casos de compleja autoría con independencia de quien sean los agentes, para cuyo conocimiento, pese a tratarse en el caso de los Promotores y Directores Técnicos de supuestos de culpa extracontractual, es competente, como ya hemos dicho el Órgano Jurisdiccional Social, siempre y cuando lo que se reproche a éstos sea un ilícito laboral por la causa ya dicha».

De lo anterior se desprende que la competencia para conocer de la pretensión resarcitoria del trabajador, dirigida no solamente contra su empleador, sino también contra otros sujetos incumplidores de las obligaciones impuestas por la normativa de prevención de riesgos laborales, corresponde al orden jurisdiccional social. En base a ello las indemnizaciones por responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo o enfermedades profesionales impuestas por los órganos del orden social ya no solamente pueden alcanzar al empleador directo o al contratista principal de aquél, sino a un amplio abanico de sujetos que incluye a directores técnicos de las obras, coordinadores de seguridad, servicios de prevención, suministradores de productos, equipos y sustancias, empresarios concurrentes en el mismo lugar de trabajo, etc. Esto es, a todos aquellos a quienes la normativa de prevención de riesgos laborales (concepto definido en el artículo 1 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales) impone obligaciones de cuyo incumplimiento puede derivarse responsabilidad indemnizatoria.

Esto significa que los criterios que utilicen los órganos judiciales sociales para cuantificar las indemnizaciones han incrementado su importancia en relación con los aspectos económicos de la prevención de riesgos laborales, esto es, su incidencia a medio o largo plazo en el nivel de siniestralidad español. Me ha parecido por ello conveniente hacer un inventario de los criterios que pueden entenderse aplicables en el orden jurisdiccional social, al menos con el objeto de poner orden en la discusión. Señalo como elemento referencial que este inventario se ajusta al que se resume en la sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de noviembre de 2005 (recurso de suplicación número 1576/2005).

II. ¿Cuestión de hecho o de Derecho?

La primera dificultad teórica que ha de superarse para afrontar el problema consiste en decidir si la valoración de los daños es una cuestión de hecho o de Derecho. Ello tiene una evidente importancia práctica en el seno del proceso. Mientras que los hechos están sujetos a las exigencias de alegación y a su fijación por el Magistrado mediante la valoración de la prueba practicada, aplicándose además las normas sobre carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Derecho ha de ser aplicado por el órgano judicial de instancia conforme al principio *iura novit curia*.

Por otra parte la revisión mediante recurso de suplicación de los hechos declarados probados es muy limitada. Esa revisión sólo puede

acordarse por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia si lo pide el recurrente mediante un motivo amparado en la letra b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, porque en otro caso, si no se pide la revisión de hechos probados, la Sala habrá de resolver el recurso en base a los declarados probados en la sentencia de instancia. Además la posibilidad de revisión fáctica al amparo del apartado b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral es limitada, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación y el principio de instancia única. De acuerdo con una conocida y reiterada doctrina jurisprudencial, proveniente de la establecida por el Tribunal Supremo en el supuesto análogo de la casación, para que dicha revisión pueda prosperar es preciso que el motivo de recurso amparado en la letra b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral cumpla los siguientes requisitos formales:

- a) Debe concretar exactamente el ordinal de la relación fáctica de instancia que haya de ser objeto de revisión.
- b) Debe señalar el sentido en que ha de ser revisado, es decir, si hay que adicionar, suprimir o modificar algo; y
- c) Debe proponer, mediante un texto alternativo al contenido en la sentencia de instancia, la nueva redacción que debe darse al hecho probado, salvo se pida la supresión total del correspondiente ordinal del relato fáctico.

El incumplimiento de estos requisitos determina el fracaso del motivo de revisión fáctica, sin necesidad de entrar en su análisis. Si tales requisitos se cumpliesen, la revisión podría prosperar siempre y cuando:

- a) Se apoye la pretensión en prueba documental o pericial.
- b) Dicha prueba obre en autos o haya sido aportada en trámite de suplicación válidamente conforme al artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral.
- c) Se concrete con exactitud el documento o pericia en el que se funda la revisión fáctica pretendida.
- d) Se evidencie el error del Juzgador de instancia de la prueba documental o pericial señalada por el recurrente y no se limite a conjeturas o hipótesis realizados a partir de la misma; y
- e) La revisión tenga trascendencia para provocar la anulación de la sentencia o la revocación del fallo mediante la estimación del recurso de suplicación.

Lo que en ningún caso puede pretenderse en suplicación es una nueva valoración por parte del Tribunal Superior del conjunto de la prueba practicada en instancia, ni la práctica de nuevas pruebas (con la ex-

cepción en este caso de lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral).

Por el contrario, si entendemos que se trata de una cuestión de Derecho, las posibilidades de revisión de la sentencia de instancia por la vía del recurso de suplicación son mucho más amplias, mediante motivos de fondo amparados en la letra c del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. Además se haría posible la casación para la unificación de doctrina en relación con la interpretación del Derecho, lo que no es posible si de lo que se trata es exclusivamente de fijar los hechos probados.

Pues bien, en rigor el proceso de valoración del daño conlleva dos partes separadas:

En primer lugar han de fijarse cuáles son esos daños, sean de la naturaleza que sean (físicos, morales, lucro cesante). Ésta es claramente una cuestión de hecho, sujeta a los requisitos y condicionantes propios de tal tipo de cuestiones.

Sin embargo existe una segunda parte, que es la conversión de esos daños a una cantidad de dinero, que en puridad ya no es una cuestión de hecho. ¿Por qué se dice que la pérdida de una pierna por una persona concreta en un accidente concreto vale x euros? ¿Realmente estamos ante un hecho susceptible de prueba cuando se hace esa valoración? Lo cierto es que no es así, sino que se trata siempre de aplicar unos determinados criterios que van más allá de los hechos y exceden a la mera relación de los mismos, aunque tales criterios se apoyen en último extremo en consideraciones fácticas, como pudiera ser el trabajo que realizaba la víctima, si ha quedado incapacitado temporal o permanentemente para el mismo y el salario que percibía por su desempeño, la edad de la víctima, el número de días que estuvo hospitalizado, el dolor que sufrió, etc.

El problema en esta segunda fase no es determinar si estamos ante una cuestión de hecho o de Derecho, sino descubrir si existen normas o criterios jurisprudenciales aplicables a dicha operación de conversión que hayan de ser respetadas por el órgano judicial, o, por el contrario, esa transformación de los daños personales en dinero se ha de basar en los criterios que libremente fije el propio órgano judicial. En todo caso es por tanto una cuestión de Derecho, aún cuando pudiéramos llegar a concluir que el órgano judicial, a la hora de fijar y aplicar unos criterios, lo puede hacer sin vinculación a ningún tipo de norma o de criterio previo, según su propio y personalísimo saber y entender. Como veremos la situación jurídica a la que nos enfrentamos es que el órgano judicial de instancia tiene un amplio margen para establecer con libertad cuáles son los criterios aplicables, pero su decisión no puede ser arbitraria. No debemos olvidar que la arbitrariedad de los poderes públicos, lo que inclu-

ye al poder judicial, está proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución Española. Una situación de pura arbitrariedad sería, por consiguiente, inconstitucional.

III. La limitación de la arbitrariedad por la necesidad de motivación de la decisión del juez

El primer límite a la arbitrariedad del órgano judicial es la obligatoriedad de que éste motive siempre su decisión respecto a la valoración de los daños y perjuicios (artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), puesto que la eventual falta de motivación constituiría un motivo de nulidad de la sentencia, por infracción de las normas que regulan la misma, si bien dicha nulidad, de conformidad con el artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede ser decretada de oficio por la Sala de lo Social con ocasión de un recurso de suplicación, sin que haya sido solicitada por las partes.

En relación con el derecho fundamental a la efectividad de la tutela judicial en su concreta vertiente de la motivación de las resoluciones, el Tribunal Constitucional, en las sentencias 196/2005, de 18 de julio, y 269/2005, de 24 de octubre, ha recordado que la motivación de las sentencias, en tanto que elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución y expresión de la *auctoritas* que debe presidir la labor de los órganos judiciales en el ejercicio de su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 de la Constitución), consiste en «una exteriorización del razonamiento que conduce desde los hechos probados y las correspondientes consideraciones jurídicas al fallo, en los términos adecuados a la naturaleza y circunstancias concurrentes» (sentencia del Tribunal Constitucional 123/1997, de 1 de julio). La existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores y de, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (sentencias del Tribunal Constitucional 209/1993, de 28 de junio y 35/2002, de 11 de febrero) y, por otro lado, y trascendiendo desde la esfera individual a la colectiva, «la exigencia de motivación de las sentencias está directamente relacionada con los

principios de un Estado de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (artículo 117 de la Constitución, párrafos 1 y 3)» (sentencias del Tribunal Constitucional 24/1990, de 15 de febrero, 35/2002, de 11 de febrero y 119/2003, de 16 de junio).

La motivación, por tanto, no es una operación puramente formal, de manera que con un texto cualquiera pueda quedar explicada la forma en la que el juez de instancia llega a su decisión valorativa. Por el contrario esa motivación ha de cumplir un requisito material, además de otro formal. El requisito formal es que la motivación sea suficiente, esto es, que en los Fundamentos de Derecho quede explicado con las debidas precisiones el cauce del razonamiento que lleva a una determinada valoración pecuniaria de los daños. El requisito material es que la motivación sea razonable, esto es, que el criterio lógico que apoya la valoración se ajuste a una razonabilidad media y no sea absurdo o incoherente.

En definitiva, si la decisión ha de ser motivada, ello exige que el Juez de lo Social aplique algún tipo de criterio de conversión y, además, que lo explique en los fundamentos de Derecho de su sentencia. Esto es importante, porque al fijar un determinado criterio como motivo de su decisión, ese criterio sirve para revisar en su caso sus conclusiones. Como señala el Tribunal Constitucional (sentencia 196/2005, de 18 de julio), la motivación de la sentencia tiene el objeto «de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores y de, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan». Por tanto, la motivación de la sentencia ha de trascender al sistema de recursos. La valoración de los daños y perjuicios realizada en instancia podrá ser objeto de revisión en suplicación cuando el Magistrado se aparte de los criterios que motivan su decisión o los aplique de forma incorrecta, arbitraria o desproporcionada. Como señala la jurisprudencia civil para el caso análogo de la casación (por ejemplo en sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2005 —recurso 4539/1998—), la cuantía de la indemnización fijada es recurrible en casación para fijar otra distinta cuando sus razones para fijarlo no se presentan dotadas de consistencia fáctica y jurídica y adolecen de desajustes acusados a una racionalidad media. Ello implica, lógicamente, que un recurso de suplicación habrá de tener éxito si la conclusión a la que finalmente llega el juzgador de instancia se aparta de aquélla a la que habría de llegar normalmente siguiendo el curso del razonamiento en base a los criterios adoptados por él mismo.

IV. **¿Es aplicable el baremo de indemnización de las víctimas de accidentes de circulación?**

El sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación contenido actualmente en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y anteriormente en el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor aprobada por Decreto 632/1968, de 21 marzo 1968, a partir de la reforma introducida en la misma por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Pero ese sistema de valoración no es una norma jurídica que sea aplicable fuera del ámbito de los accidentes de tráfico y, por tanto, el órgano judicial social no está obligado a aplicar el indicado sistema, ni infringe norma alguna cuando no lo hace.

Pero, aunque no esté obligado a ello, si el juez de instancia es libre para adoptar los criterios que desee, siempre y cuando se ajusten a esos requisitos de razonabilidad, nada impide que opte por aplicar el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. A falta de un sistema de valoración de daños que el órgano judicial esté obligado a aplicar, éste puede optar por cualquiera que esté suficientemente fundamentado y, en este sentido, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación puede ser utilizado como criterio técnico para la valoración de los daños y perjuicios, aunque no sea obligatorio usar el mismo (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1999, recurso 2085/1998).

Ahora bien, tal aplicación no puede ser inconsistente. Hay que tener en cuenta que el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación no sólo constituye un sistema de valoración, sino que también incorpora en su seno la fijación de los daños morales y del lucro cesante. Si el Magistrado considera probado que existen unos determinados daños morales o un determinado lucro cesante superiores a los que resultan del baremo, o daños distintos a los que son valorados expresamente por el baremo aplicable a los accidentes de tráfico, no puede dejar después de indemnizar los mismos por el mero hecho de optar por la aplicación de ese baremo propio de los accidentes de tráfico. Una aplicación del baremo de tal tipo sería notoriamente inconsistente. Si el juez estima probados daños que no queden valorados e indemnizados aplicando ese baremo propio de los accidentes de tráfico, debe añadir una indemnización adicional para restituir a la víctima en su integridad el daño sufrido.

En este sentido hay que tener en cuenta también la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional a partir de su sentencia 181/2000, de 29 de junio, según la cual es contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución el aplicar el baremo de accidentes de tráfico de manera que el mismo suponga una limitación legal a la indemnización reconocida por debajo de los daños reales que se acrediten, siempre y cuando no estemos en un supuesto de responsabilidad objetiva. Debemos recordar que en materia de accidentes de trabajo la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha establecido que no rige la responsabilidad objetiva, sino un principio tradicional de responsabilidad por culpa. La doctrina unificada al respecto parte de la citada sentencia de 30 de septiembre de 1997 y es reiterada posteriormente por sentencias como las de 2 de febrero de 1998 (recurso 124/1997), 22 de enero de 2002 (recurso 471/2001) o 7 de febrero de 2003 (recurso 1663/2002). De acuerdo con dicha doctrina «en materia de accidentes de trabajo la ley ha delimitado el ámbito de la responsabilidad objetiva a la reparación del daño que se cubre a través de las prestaciones de la Seguridad Social, las cuales se derivan, a su vez, de un aseguramiento de este tipo de responsabilidad empresarial, y, en consecuencia, si lo que se reclama es una responsabilidad adicional, por la diferencia entre el total del daño causado por el accidente y la parte cubierta por las prestaciones de la Seguridad Social, tal reclamación no podrá fundarse en criterios cuasi-objetivos en la imputación de la responsabilidad, sino que ha de hacerlo en los criterios culpabilísticos tradicionales».

Por consiguiente no estamos en un sistema de responsabilidad objetiva, sino por culpa, y el baremo de los accidentes de tráfico no podrá utilizarse como mecanismo limitador, de manera que impida el reconocimiento y valoración íntegros de los daños, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional iniciada por su sentencia 181/2000, de 29 de junio.

Por otro lado, según lo dicho anteriormente, en vía de recurso de suplicación puede revisarse la cuantía de la indemnización fijada si para ello el Magistrado de instancia se ha apartado en el curso del razonamiento de los criterios de valoración que él mismo ha expresado. Ello supone que cuando el Magistrado de instancia opte por la aplicación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, su valoración puede ser revisada en suplicación con arreglo a los parámetros del mismo, salvo que el apartamiento de tales parámetros se justifique razonablemente para el caso concreto y así se explique en los fundamentos de Derecho, conforme a los requisitos de motivación antes expresados.

V. **La limitación por motivos de protección constitucional de los derechos fundamentales afectados por la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales**

De acuerdo con el criterio sentado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/2001, de 17 de septiembre, la falta o insuficiencia de motivación de una resolución judicial relativa a un derecho fundamental sustantivo se convierte en lesión de ese mismo derecho. En concreto la falta de motivación relativa a la fijación de la cuantía indemnizatoria por lesión de un derecho fundamental, de manera que se fije una cuantía desproporcionada e irrazonablemente baja como valoración del daño, implica una vulneración del derecho fundamental sustantivo. Esto implica, ni más ni menos, que una resolución judicial que de forma inmotivada, o de forma ilógica e irrazonable, fije una indemnización desproporcionadamente baja de la lesión sufrida por el trabajador en su vida, integridad física o psíquica, puede entenderse vulneradora del derecho fundamental recogido en el artículo 15 de la Constitución. La alegación en la vía judicial previa de este derecho puede ser fundamental posteriormente, de cara al planteamiento de un eventual recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Esto tiene especial incidencia en este ámbito por los efectos que puede tener la detracción del montante global de la indemnización de las prestaciones pecuniarias de la Seguridad Social, a la que a continuación nos referiremos. Al practicar tal operación de descuento es fácil que la indemnización finalmente fijada quede reducida a cuantías mínimas o incluso que desaparezca. En la medida en que, según veremos, la prestación de Seguridad Social compensa la pérdida de ganancia salarial y esa pérdida, por definición, no es la única sufrida por el accidentado, resulta que se dejaría indebidamente de indemnizar el dolor, el sufrimiento y la propia pérdida de la integridad física. Quedaría entonces irremisiblemente afectada la tutela judicial del derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución. Para que ello no suceda es preciso fijar un mínimo indemnizatorio no afectable por descuentos de prestaciones, mínimo que debe ser proporcionado y suficiente para indemnizar ese tipo de daños que exceden de la mera pérdida de la capacidad de ganancia.

Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 181/2000, de 29 de junio, en los supuestos en los que estamos ante daños para la vida, la integridad física o la salud a cuya indemnización se condena en base a la tradicional responsabilidad por culpa (y no a una responsabilidad objetiva, no culposa), los bienes lesionados por el acto antijurídico son del máximo rango constitucional (ex artículo 15 de la Constitución), y una limitación indemnizatoria comporta, correlativamente, una desprotección de los aludidos bienes de la personalidad.

Estamos, por tanto, en un terreno en el que queda afectado un derecho fundamental de máximo rango y prioridad, en relación con el derecho a su tutela judicial efectiva. La conclusión ha de ser clara: las empresas no pueden disponer libremente de la vida y salud de sus trabajadores, sometiendo a estos a riesgos antijurídicos. Cuando así suceda y el accidente o enfermedad tengan como causa un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, estarán obligadas a reparar íntegramente el daño, de manera que si el legislador o el órgano judicial deniegan de forma desproporcionada, arbitraria o irrazonable esa reparación, estaremos ante una vulneración del derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución. La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre el descuento de prestaciones puede llevar a este tipo de situaciones límites y por ello es preciso volver sobre la misma para someterla a revisión.

VI. El problema del descuento de las prestaciones de Seguridad Social del montante global de la indemnización resultante de la valoración del daño

Cuando el Magistrado de instancia aplique un sistema de valoración que fije una cuantía de los daños y perjuicios en la cual no se tomen en consideración la existencia de otras compensaciones económicas, como las prestaciones de Seguridad Social, a la hora de fijar el importe de la indemnización procederá el descuento de tales prestaciones del total de los daños (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1999 —recurso 2085/1998—).

Los fundamentos teóricos de este criterio jurisprudencial resultan muy discutibles, porque parten de una diferencia de naturaleza jurídica de las prestaciones de Seguridad Social por contingencias comunes y por accidentes de trabajo que no está prevista en la propia legislación vigente desde 1 de enero de 1967. La creación del sistema de Seguridad Social en 1966 tenía como uno de sus objetivos, precisamente, superar tal diferencia de naturaleza jurídica, propia del sistema anterior de Seguros Sociales. El descuento de las prestaciones económicas no es en ningún caso aplicable respecto de prestaciones de seguros de vida voluntarios suscritos por el trabajador, como tampoco respecto de las prestaciones por contingencias comunes, porque las mismas son claramente herederas de un seguro de personas (el SOVI). Es sabido que en los seguros de personas la cantidad asegurada no puede ser descontada de las indemnizaciones, siendo ese derecho indemnizatorio siempre de la víctima, sin posibilidad de subrogación del asegurador, salvo en lo relativo a los cos-

tes de asistencia sanitaria. La vida, la salud y la integridad física no tienen valor de mercado y, por tanto, cuando del aseguramiento de las mismas se trata, en ningún caso existe el sobreseguero, de manera que la prohibición del enriquecimiento injusto del artículo 26 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro, sólo es aplicable a los seguros de daños, siendo imposible hablar de enriquecimiento injusto en el caso de los daños para la vida y la salud, al tratarse de cosas fuera del comercio de los hombres y, por tanto, no sustituibles por dinero. Así lo dispone el artículo 82 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro, cuyo contenido se aplica en materia de Seguridad Social en virtud del segundo párrafo del artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social. Curiosamente en ese artículo 127.3, que traslada a la Seguridad Social la lógica del artículo 82 de la Ley de Contrato de Seguro, no se distingue en modo alguno en función del carácter común o profesional de la contingencia determinante de la prestación.

Para separarse de esa lógica, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo considera que las prestaciones de accidentes de trabajo no tienen la naturaleza de seguro de personas, sino que mantiene la idea de un seguro empresarial de responsabilidad civil. Con ello se viene a negar de facto la cobertura de tales contingencias por los mecanismos ordinarios del sistema de Seguridad Social, construyendo un subsistema residual para los accidentes de trabajo como un arcaico seguro de responsabilidad civil empresarial, establecido entonces en beneficio del empresario responsable y no del sujeto protegido.

En todo caso y mientras este criterio no se modifique por el propio Tribunal Supremo o por el legislador, los órganos judiciales del orden social respetarán habitualmente la doctrina unificada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo respecto al descuento de prestaciones. Sin embargo, aún respetando la misma, existen importantes matices.

En primer lugar hay recordar que el descuento no debe comprender el recargo de prestaciones del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, 14 de febrero y 9 de octubre de 2001 ó 21 de febrero de 2002, en los recursos de casación para la unificación de doctrina números 2393/1999, 130/2000, 159/2001 y 2239/2001), puesto que la Ley declara expresamente su compatibilidad con todo tipo de responsabilidades de todos los órdenes (artículo 123.3 de la Ley General de la Seguridad Social).

Además hemos de plantearnos otros problemas conexos que requieren de consideraciones adicionales. La debilidad lógica de la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre el descuento de prestaciones es que opera sobre la idea de que el Magistrado de

instancia, a la hora de cuantificar el daño total, no ha tomado en consideración la existencia de prestaciones de Seguridad Social a favor de la víctima o sus causahabientes. De ahí que se puedan restar *a posteriori* esas prestaciones. Sin embargo, dado que no existe un sistema normativo de valoración del daño que sea preceptivo, esta premisa puede ser falsa. El sistema de valoración de daños utilizado por el órgano judicial puede haber tomado en consideración la existencia de compensaciones económicas de la víctima distintas a la responsabilidad civil, como son las prestaciones de la Seguridad Social. En esos casos, cuando el Magistrado de instancia aplique un sistema de cálculo del daño que integre en su seno y tome en consideración la existencia de compensaciones económicas a la víctima, como son las prestaciones de Seguridad Social, no procedería aplicar el descuento de tales prestaciones, porque ello supondría minorar dos veces la indemnización de la víctima por idéntica causa, afectando entonces a la tutela judicial efectiva de su derecho (artículo 24.1 de la Constitución).

Por otra parte, hay que asentar la idea de que existe un suelo mínimo indemnizatorio, esto es, un límite para el descuento de prestaciones. Pensemos que si no aplicamos ningún límite, en función de cuál sea la valoración del daño que haya hecho el órgano judicial, el descuento de las prestaciones económicas de la Seguridad Social podría llegar a reducir la indemnización a cero e incluso a valores negativos. Incluso si partimos de la suposición de que el único daño producido a la víctima es la pérdida del ingreso salarial, la indemnización no puede quedar nunca por debajo de cero, esto es, no puede dar lugar a que el trabajador, «enriquecido injustamente» por el accidente (según la lógica de la doctrina jurisprudencial vigente), haya de entregar dinero al sujeto declarado responsable del accidente, puesto que, por definición, la prestación no es nunca superior al salario perdido.

Pero también hay que considerar que la prestación de Seguridad Social sólo restituye a la víctima una parte de la pérdida económica sufrida, puesto que lo que pretende es garantizar un ingreso sustitutivo del salario perdido e incluso ese ingreso sustitutivo no alcanza siempre hasta la cuantía del ingreso real perdido. Es cierto que teóricamente la indemnización por accidentes de trabajo regulada por la Ley de 30 de enero de 1900 y hoy integrada en el sistema de Seguridad Social tiene por objeto la indemnización global de todo tipo de daños resultantes del accidente, pero de hecho, debido a su sistema de cálculo como un porcentaje del salario del trabajador, lo que realmente compensa es la pérdida de salario. Es más, esa compensación no siempre es completa, porque la tasa de sustitución no siempre es del 100%. Pero incluso si suponemos que la compensación de la pérdida salarial es completa, sigue siendo ina-

ceptable que la indemnización que compete al responsable civil pueda quedar reducida a cero, puesto que ello supondría admitir que no hay otro daño derivado del accidente o enfermedad que el puramente económico, mientras que el daño moral, el dolor y el sufrimiento humano, carecerían de todo valor compensable.

Desde el punto de vista constitucional, sin embargo, es imposible considerar que el único daño indemnizable del trabajador víctima de un accidente de trabajo sea la pérdida, temporal o definitiva, de su capacidad de ganar un salario. Ello significaría «reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción», y «una tal concepción, según la cual (...) la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el artículo 10.1 de la Constitución Española (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho». Cito literalmente, aplicándolos a nuestro tema, los términos en los que se expresa la sentencia 192/2003, del Tribunal Constitucional, de 27 de octubre de 2003. Por consiguiente siempre habrá un daño indemnizable más allá de la pérdida salarial compensada por el sistema de Seguridad Social mediante su conjunto de prestaciones económicas. El dolor, la angustia, la pérdida de la integridad física o psíquica o de la salud, son bienes que exceden de la mera pérdida salarial y que han de ser compensados por vía indemnizatoria. La negativa del órgano judicial a otorgar esta compensación vulneraría los artículos 10.2, 15 y 24.1 de la Constitución. Por tanto es constitucionalmente imposible que la prestación de Seguridad Social reduzca la indemnización a cero y, por el contrario, ha de pensarse necesariamente que siempre habrá un núcleo irreductible o incompensable con la prestación de Seguridad Social.

Se deduce, por tanto, que debe existir un suelo mínimo indemnizatorio, por debajo del cual no opera el descuento. En el estado actual de la cuestión resultaría obligatorio para el órgano judicial fijar ese límite antes de aplicar el descuento de prestaciones, de manera que éste en ningún caso pueda reducir la indemnización más allá de aquél. El problema es que para fijar dicho límite la ausencia de criterios normativos y jurisprudenciales es, cuando menos, tan grande como la que se refiere a los criterios de valoración pecuniaria de los daños irrogados por el accidente.

En esta fase inicial del desarrollo de la doctrina judicial respecto a la existencia de ese suelo mínimo, me permito hacer una aportación, que ha trascendido al ámbito de la doctrina judicial en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 21 de febrero de 2003 (recurso 799/2002) y de la Sala de lo Social de Valladolid del

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de noviembre de 2005 (recurso 1576/2005) y 24 de marzo de 2006 (recurso 388/2006). Cuando el criterio técnico aplicado por el Magistrado de instancia para valorar los daños sea el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, la indemnización fijada, después de descontar las prestaciones de Seguridad Social y otras compensaciones económicas, no debe ser inferior en ningún caso a la que resultaría de aplicar tal sistema a una persona que, por no llevar a cabo actividades económicas que den lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social, no lucrarse prestación económica alguna de este sistema como consecuencia del accidente, esto es, la que es calculada en función del número de días de baja, considerados como no impeditivos, y de la valoración del daño corporal sin factores de corrección de índole económica. Llevar la indemnización por debajo de tal límite mínimo en el sistema baremado de los accidentes de tráfico, como consecuencia del descuento de las prestaciones de Seguridad Social, supondría hacer de peor condición a los trabajadores que al resto de los ciudadanos. Al aplicar este límite mínimo se toma en consideración dentro del cálculo del valor de los daños y perjuicios la existencia de otras compensaciones de otros daños, como son la pérdida de los ingresos derivados del trabajo, entendiendo que toda esa pérdida es la que compensa el sistema de Seguridad Social (lo que ni siquiera es cierto, porque la compensación no es total) y, por tanto, se indemnizan sólo los restantes daños distintos a dicha pérdida de ingresos laborales, que se indemnizan a todo ciudadano, aunque el mismo no tuviese previamente ingresos derivados del trabajo por cuenta propia o ajena susceptibles de compensación. No deben descontarse por tanto de la indemnización las prestaciones de Seguridad Social por debajo de ese límite, puesto que ello implicaría una vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva de la víctima y a la vida y a la integridad física, de acuerdo con lo que ya hemos dicho.

VII. La deuda indemnizatoria como deuda de valor

La deuda indemnizatoria por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es una deuda de valor, por lo que, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial del orden civil, deben aplicarse los criterios valorativos vigentes en el momento de pronunciarse la condena en instancia y no en el momento de consolidarse los efectos del accidente o enfermedad, ni los vigentes en el momento de pronunciarse sentencia en el recurso de suplicación. En definitiva la víctima no debe verse perju-

dicada doblemente, en primer lugar por el daño en sí y en segundo lugar por el transcurso del tiempo y la pérdida económica que ello implicaría si la indemnización se fijase con arreglo a los parámetros de tiempos pretéritos (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2004, recurso 4058/1998). No existen motivos para dejar de aplicar este criterio a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, si bien no ha sido adoptado expresamente por la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el orden social. Si la Sala Cuarta rechazase el mismo, aquí se suscitaría una nueva discrepancia entre la doctrina jurisprudencial del orden civil y la del orden social, teniendo una vez más un sentido más beneficioso para las víctimas la doctrina civil que la social, por paradójico que ello parezca.

VIII. **Consecuencias en relación con el recurso de suplicación**

De acuerdo con lo señalado anteriormente, creo importante destacar algunas conclusiones prácticas en relación con el recurso de suplicación:

- a) La fijación en la sentencia de instancia del inventario de daños indemnizables se puede combatir en suplicación por vía de revisión de hechos, al amparo de la letra b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. Se puede pretender que se supriman daños declarados probados, que se modifiquen estos o que se añadan otros que no figuran. Por supuesto el motivo de revisión fáctica no puede plantearse aisladamente en el recurso. A continuación del mismo será preciso introducir un motivo de fondo, amparado en la letra c del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se plantee la incorrecta fijación de la indemnización y se pida que ésta se incremente o se reduzca en coherencia con la modificación de hechos probados que se haya pedido.
- b) Los demás elementos fácticos que se hayan tomado en consideración en la sentencia de instancia para aplicar un determinado baremo o criterio de valoración de los daños también pueden combatirse en suplicación por vía de revisión de hechos, al amparo de la letra b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. Se puede pretender que se supriman hechos declarados probados, que se modifique la redacción de estos o que se añadan otros que no figuran. De la misma manera que ya dijimos anteriormente, a continuación de este motivo será preciso introducir un motivo de fondo en el que se plantee la incorrecta fijación de la indemnización y se pida que ésta se incremente o se

- reduzca en coherencia con la modificación de hechos probados que se haya pedido.
- c) La cuantificación de la indemnización a partir de los hechos declarados probados puede combatirse en suplicación, con objeto de fijar otra distinta de mayor o menor importe, mediante motivos de recurso amparados en la letra c del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. Para que triunfe un motivo de fondo dirigido a variar el importe de la indemnización es preciso que el mismo se apoye en los hechos probados de la sentencia de instancia, lo que puede exigir la previa modificación de los mismos mediante otros motivos de suplicación de los que hemos analizado en los dos puntos anteriores, con objeto de suprimir declaraciones de hecho, modificar estos o añadir otros. Al no existir unos criterios normativos vinculantes, salvo el jurisprudencial relativo al descuento del importe de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por la contingencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional (con las limitaciones y matizaciones antes expresadas), muchas veces el problema será justificar cuál es la norma o jurisprudencia infringida por la sentencia de instancia. Lo aconsejable será citar siempre los artículos 1101 y/o 1902 del Código Civil en relación con el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (y, en su caso, con las normas referentes a las obligaciones preventivas del concreto sujeto al que se impute responsabilidad). A continuación podrá plantearse el problema del cálculo del importe de la indemnización, proponiendo la alteración de la cuantía fijada. Para ello podrá discutirse dicha indemnización en términos de razonabilidad y proporcionalidad a los daños que se consideren probados. Lo esencial será tomar en consideración cuáles son los criterios que el propio juez de instancia haya declarado como rectores de su decisión en los fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida. Si esos criterios no se expresan, o se hacen en términos demasiado vagos y genéricos, o son irrazonables o absurdos, podrá pedirse, como veremos, la nulidad de la sentencia recurrida. Pero si esos criterios están suficientemente explicados, lo que podrá hacerse será discutir su aplicación, para razonar que el resultado de aplicar esos criterios correctamente sería una cuantificación distinta de la indemnización. En particular, si el juez de instancia ha seguido el sistema de valoración de daños propio de los accidentes de tráfico, ese mismo sistema puede servir como parámetro de la corrección de su decisión, salvo en aquellos puntos en los que motivadamente se aparte del mismo, en los cuales se podrá discutir la razonabilidad o no de tal apartamiento.

- d) Cuando el trabajador entienda que el daño producido (que debe constar en la relación de hechos probados de la sentencia de instancia, en su caso modificada mediante el correspondiente motivo de suplicación amparado en la letra b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral) ha quedado sin indemnizar o indemnizado en una cuantía excesivamente baja, existiendo una notoria e irrazonable desproporción entre los daños declarados probados y su cuantificación, podrá plantear por la misma vía anterior (motivo de recurso amparado en la letra c del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral) la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) y del derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 de la Constitución, en el sentido que ya hemos visto anteriormente. Esta alegación le abriría posteriormente la puerta al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, una vez agotada la vía judicial previa.
- e) La falta de motivación suficiente en la sentencia de instancia de la fijación de la indemnización, o la aplicación de criterios totalmente irrazonables o extravagantes, es causa de nulidad de la sentencia de instancia, la cual puede pedirse por la vía de un motivo de suplicación al amparo de la letra a del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando la vulneración de los artículos 24 de la Constitución, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Si el motivo es apreciado ello daría lugar a la anulación de la sentencia de instancia, ordenando al juez que dicte una nueva sentencia en la que razone y motive adecuadamente la cuantificación de la indemnización que establezca. Si las partes no piden esa nulidad en el trámite de recurso la Sala no la puede acordar de oficio (artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). También es posible que la parte recurrente pida a la Sala que, en lugar de declarar la nulidad, fije otra indemnización distinta en base a otros criterios que sean razonables, instrumentando un motivo de fondo jurídico al amparo de la letra c del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. La parte recurrente puede optar por no pedir la nulidad y articular solamente el motivo de fondo o por articular conjuntamente este motivo de fondo con una petición de nulidad al amparo de la letra a del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, situando el motivo de nulidad como principal y el de fondo como subsidiario o viceversa. Parece conveniente que el motivo de nulidad se articule conjuntamente con el motivo de fondo jurídico, para evitar que el fracaso de este último condene al recurso al fracaso y lleve a la confirmación de la sentencia de instancia.

En todo caso, no hay que olvidar que la viabilidad del recurso de suplicación para obtener la revocación del fallo de instancia o la nulidad de actuaciones está muy condicionada por las actuaciones procesales de las partes. En particular no hay que olvidar que en suplicación la modificación de hechos probados es excepcional y sólo puede fundamentarse en la prueba documental o pericial obrante en autos, que la nulidad sólo puede invocarse si se ha hecho protesta en el momento de producirse la causa que da lugar a la misma, si ello fue posible, y que en cuanto a los motivos de fondo en la fase de suplicación no pueden plantearse cuestiones nuevas, que no se suscitaban en el juicio de instancia. En este sentido es habitual que en los litigios por accidentes de trabajo los esfuerzos procesales de las partes se centren en discutir la responsabilidad de los demandados y las infracciones preventivas que les podrían ser imputables y dejen en un segundo plano lo relativo a la fijación de la cuantía indemnizatoria, para el caso de que se acordase la procedencia de una indemnización. Así resulta que cuando en instancia se fija una indemnización, no es infrecuente esas mismas partes se vean desprovistas de material fáctico y de argumentaciones jurídicas para intentar modificar la cuantía indemnizatoria mediante el recurso de suplicación.

IX. Un conflicto anunciado

La operatoria normal del proceso social en relación con los problemas de reclamación de indemnizaciones por responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ha eludido teorizar el cálculo de la indemnización y, por el contrario, se ha centrado en discutir otros problemas como la competencia del orden jurisdiccional o los criterios de imputación de responsabilidad. Lo tradicional es que la demanda del trabajador o sus causahabientes pidiera una determinada cantidad en base a criterios no referenciados a baremo de cálculo alguno, con la idea de que la sentencia del Juzgado de lo Social, para el caso de estimar la responsabilidad civil del demandado, rebajaría dicha cantidad, sin excesiva motivación y como mucho con una referencia puramente formal a algunas de las circunstancias concurrentes. Esta indemnización fijada por el Juzgado de lo Social sólo podría ser modificada en vía de recurso de suplicación si la Sala la entendiese desproporcionada, por ser demasiado alta o demasiado baja. Pero tampoco existen criterios que establezcan cuáles son los cálculos para determinar la proporción que debe respetar. En definitiva, todo el sistema se guía por el arbitrio judicial, lo que resulta poco compatible con la seguridad jurídica. En función del reparto del litigio a uno u otro Juzgado, ese arbitrio conduce

a soluciones distintas e incluso la sensibilidad de las Salas tampoco es siempre la misma a la hora de considerar qué es proporcionado y qué no. El resultado, sin embargo, ha venido siendo considerado generalmente cicatero puesto que, como norma general, las indemnizaciones fijadas en vía jurisdiccional civil han sido superiores que las fijadas en vía jurisdiccional social. La víctima del accidente de trabajo ha venido siendo por lo general más «barata» que la víctima de otro tipo de sucesos y muy en particular que las producidas en accidentes de tráfico.

Esta situación está en fase de cambio. La mayor parte de las resoluciones judiciales que siguen ese esquema tradicional deberían ser muy vulnerables frente a la alegación de falta de motivación. Pero esta vulnerabilidad no se manifiesta en la doctrina judicial de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, que son claramente conservadoras en este aspecto y suelen transigir con motivaciones puramente abstractas, no fundadas en baremo alguno de cálculo. La vulnerabilidad se pondrá de manifiesto en el futuro cuando el Tribunal Constitucional haya de pronunciarse sobre el tema en base a un recurso de amparo.

En el orden jurisdiccional civil la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido muy polémica. La consecuencia de las resoluciones del Tribunal Constitucional que hemos citado en el presente estudio, es, casi sistemáticamente, la elevación de las cuantías indemnizatorias. Lo que el Tribunal ha razonado generalmente es que, cuando el origen del daño está en un acto doloso o negligente y la consiguiente responsabilidad indemnizatoria se basa en la culpa, la falta de una compensación pecuniaria plena, proporcionada y suficiente, supone de hecho la vulneración en sede judicial del propio derecho lesionado (sea la vida o la integridad física en unos casos, o el honor y la intimidad personal en otros). Y hay que reconocer que en España la cuantificación de los daños no patrimoniales en sede judicial en concepto de responsabilidad civil ha sido siempre baja en el panorama comparado con otros países de nuestro entorno. La ruptura de esa tendencia por la doctrina del Tribunal Constitucional está siendo trabajosa y se ha encontrado con notables resistencias de los órganos judiciales. La sentencia del Tribunal Constitucional 186/2001 obtuvo una virulenta contestación por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en términos que revelaban un conflicto de poderes exacerbado entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2001 (recurso de casación 2827/1993), esta Sala formuló una severa crítica de la doctrina constitucional respecto al cálculo de la indemnización de daños. Para ello vino a comparar la indemnización fijada por vulneración del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar en el caso

resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional 186/2001 (diez millones de pesetas), con las indemnizaciones habitualmente reconocidas en sede judicial, por distintas sentencias de las diversas Salas del Tribunal Supremo, por supuestos de lesiones permanentes graves y muerte, que en muchos casos eran sustancialmente inferiores a esas cantidades. La sentencia del Tribunal Supremo toma esas otras indemnizaciones referenciadas como soporte para defender la «proporcionalidad lógica, y además social», de la cuantía de la indemnización que él había fijado como daño al honor y a la intimidad. A mí me parece, por el contrario, que la falta de proporcionalidad lógica y social de la que habla el Tribunal Supremo afecta a la cuantificación de las indemnizaciones por daños personales que se citan como referencias en dicha sentencia, salvo que queramos admitir acriticamente que en la sociedad en la que vivimos la vida de una persona valga muchísimo menos que, por ejemplo, una vivienda. Es posible que la lógica de los poderes económicos quieran conducirnos a esa conclusión, pero me resulta imposible aceptar que esa misma solución sea correcta en el ámbito de la Justicia y del Derecho.

Ese conflicto entre justicia constitucional y ordinaria no ha llegado a producirse todavía en relación con la cuantía indemnizatoria de los accidentes de trabajo. Estamos tolerando una situación en la que cada uno de los cientos de Juzgados de lo Social de España aplica unos criterios distintos, sin que su decisión cuantificadora sea susceptible de revisión con base en unos fundamentos más o menos lógicos y cognoscibles. A esta inseguridad jurídica se añade una tendencia hacia una cuantificación del daño inferior a la habitual en el orden civil. En la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2001 que acabo de citar, se referencian dos sentencias distintas sobre muerte por imprudencia de un obrero de la construcción. No es cierto que en esas dos sentencias sea el Tribunal Supremo el que cuantifique la indemnización, puesto que en ambos casos lo que viene a hacer es confirmar la cuantía fijada en las sentencias recurridas, pero esa cuantificación nos sirve como referencia de lo que ha venido sucediendo. Una de esas sentencias (de 1 de junio de 2001, recurso 3546/1999) procede de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y fija la indemnización en treinta millones de pesetas. La otra es de la Sala Cuarta (10 de diciembre de 1998, recurso 4078/1997) y fija la indemnización en diez millones de pesetas. Es conveniente leer ambas para comparar los dos supuestos de hecho. Yo no encuentro diferencias sustanciales que justifiquen tan extraordinaria diferencia en la cuantificación indemnizatoria. Es cierto que el fallecido en el accidente sobre el que resuelve la sentencia dictada por la Sala Segunda tenía 30 años en el momento del accidente, diez menos que el fallecido en el accidente objeto de la sentencia de la Sala

Cuarta. Pero también hay que considerar que este segundo dejaba, ni más ni menos, viuda y cuatro hijos menores de edad, según los hechos probados de la sentencia de instancia. A mi juicio el que la muerte por negligencia en el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales de un obrero de cuarenta años con viuda y cuatro hijos menores se salde con una indemnización de diez millones de pesetas es lo que debe movernos a reflexión. Desde luego difícilmente se puede poner como referencia de lo que debe ser la «proporcionalidad lógica y social», como vino a hacer la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de noviembre de 2001.

Es pertinente observar que la cuantía indemnizatoria fijada en la sentencia de la Sala Cuarta de 10 de diciembre de 1998 no lleva descuento alguno de prestaciones de la Seguridad Social, puesto que todavía no se había establecido esa doctrina por la Sala Cuarta. Precisamente esa sentencia de 10 de diciembre de 1998 es la que inaugura el razonamiento sobre el «*quantum* indemnizatorio único» que llevará a la doctrina del descuento de prestaciones, si bien lo hace para resolver sobre el problema del *dies a quo* de la prescripción de la acción cuando ha existido un previo proceso penal en el que se discutió la indemnización. Si se hubiera aplicado en aquel supuesto la doctrina del descuento de prestaciones, es muy posible que la indemnización hubiera quedado reducida a cero, o incluso a términos negativos. En esta situación, si tomamos como referencia la doctrina citada del Tribunal Constitucional, me parece obvia la vulneración de derechos fundamentales, hasta el punto de que no es difícil anunciar que, en cuanto la defensa jurídica de una parte acierte con el planteamiento adecuado, la confrontación del orden social con el Tribunal Constitucional, a imagen de lo ocurrido con el orden civil, es un suceso predecible y casi anunciado.

Por razones de respeto de derechos fundamentales tan básicos como los de la vida y la integridad física, así como de seguridad jurídica, me parece necesario y urgente reconducir esta situación. Es cierto que esta reconducción exige una mejora de las demandas y de la actuación de las partes en el proceso, puesto que sólo a partir de un planteamiento litigioso correcto puede producirse una buena sentencia. Lo deseable es que la indemnización se sujete a un baremo o sistema de cuantificación, puesto que sólo así podrá entenderse plenamente motivada la resolución judicial. Además la elección de un baremo permite la revisión en vía de recurso de las cuantías fijadas por referencia a ese mismo baremo elegido. Para que esto sea así, lo mejor es que sea el propio demandante el que reclame una cuantía ajustada a un determinado baremo. La elección de ese baremo por el demandante y por el propio órgano judicial está muy condicionada, porque el baremo hoy disponible y de uso generali-

zado en el ámbito judicial es el propio de los accidentes de tráfico. Si se adopta éste como referencia, habrá que tener la precaución de justificar cuándo los daños no quedan correctamente valorados por el mismo, a efectos de motivar cualquier eventual apartamiento de sus criterios.

Por consiguiente, puede decirse que la decisión judicial basada en el baremo de accidentes de tráfico (aplicando las cuantías vigentes en el momento de dictar resolución y no las vigentes en el momento del accidente, de acuerdo con la doctrina de la deuda de valor), con las matizaciones que requieran en cada caso las posibles excepciones que se justifiquen, constituye una decisión motivada y ajustada a parámetros de constitucionalidad. Lo que no significa que una decisión no ajustada al baremo de accidentes de tráfico sea ilícita o inconstitucional, pero sí que será más difícil motivar la misma, puesto que habrá que buscar un sistema de cálculo alternativo y razonable, y además será una resolución más expuesta a riesgo de inconstitucionalidad, si la indemnización fijada finalmente (tras el descuento de prestaciones en su caso) es demasiado baja. El juez por tanto se obliga a buscar por sí mismo un límite mínimo para evitar los efectos del descuento, si quiere respetar simultáneamente los términos de la doctrina constitucional y la de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. El mensaje, por tanto, es que si el órgano judicial social no sigue el baremo propio de los accidentes de tráfico, el blindaje frente al amparo constitucional de la decisión judicial requiere fijar una indemnización de cuantía sustancialmente elevada y motivar suficientemente la misma, de manera que siempre se respete un mínimo indemnizatorio suficiente tras el descuento de las prestaciones de Seguridad Social. Paradójicamente el efecto de la jurisprudencia de la Sala Cuarta sobre el descuento de prestaciones llevaría, por imperativo constitucional, a una elevación sustancial de los parámetros de cálculo de las indemnizaciones, de manera que en parte se neutralizarían los efectos del descuento.

En definitiva la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo relativa al descuento de las prestaciones es causa de muchos problemas teóricos y prácticos. Desde luego es indeseable que en una situación de generalizada aplicación del baremo de accidentes de tráfico en todos los órdenes jurisdiccionales, sea únicamente la jurisdicción social y para el caso de los accidentes de trabajo la que aplique una rebaja por la vía del descuento de prestaciones. No se entiende tampoco que los accidentes de trabajo tengan que ser objeto de rebajas frente a otro tipo de sucesos.

Por otro lado, la aplicación del descuento de las prestaciones exigirá alegación y prueba en el juicio de instancia de la existencia y cuantía de las prestaciones que han de descontarse, lo que corresponde a la parte demandada conforme a los criterios del artículo 217 de la Ley de Enjui-

ciamiento Civil. No puede practicarse descuento alguno si no se alega y prueba en el juicio de instancia la existencia de esas prestaciones.

Pero dicha doctrina jurisprudencial, además, plantea problemas de constitucionalidad si no se establece un límite mínimo de la indemnización, por debajo del cual no opere el descuento. Se trata de un límite y no de una forma de cálculo de la indemnización. Lo correcto entonces sería calcular la indemnización global (conforme al baremo de accidentes de tráfico en su caso), restar las prestaciones pecuniarias que se hayan declarado probadas y establecer como importe de la indemnización, bien el resultado de la resta, bien el límite mínimo si aquel resultado queda por debajo de éste.

Las dificultades para elegir un criterio de fijación del límite mínimo y motivarlo en una sentencia judicial reproducen las que ya existen cuando se trata de cuantificar la indemnización. Si se opta por aplicar el baremo de accidentes de tráfico el límite mínimo aparece con claridad del propio sistema, lo que constituye una motivación suficientemente del mismo: la indemnización que resulte de aplicar el baremo tomando como días no improductivos todos los días de baja médica y aplicando la tabla de lesiones permanentes y de muerte sin factores de corrección económica, salvo que concurran circunstancias especiales que justifiquen un apartamiento motivado del baremo.

Se puede afirmar que el respeto de un límite mínimo es exigible jurídicamente por imperativo constitucional y que sólo una correcta reconsideración de todo el sistema en los términos esbozados permitirá evitar la confrontación entre las prácticas del orden jurisdiccional social y las exigencias constitucionales.

Los sujetos activos en los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo

Eduarne Miranda Herrán

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

1. Introducción

Como bien dice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5-9-2001, «la conciencia social y el disfrute de las comodidades inherentes al desarrollo de los pueblos exigen el que hayan de tolerarse actividades que inevitablemente conlleven determinados riesgos; pero como contrapeso ineludible de tal tolerancia, en cada una de esas actividades hay una serie de normas, escritas o no, que garantizan el que puedan desarrollarse dentro de límites tolerables. El riesgo socialmente permitido ha de ser controlado por la adopción de una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de lo imprescindible. Un mayor desarrollo económico se corresponde con un mayor número de actividades peligrosas y con una más exigente legislación protectora frente a éstas».

No hay duda de que la actividad empresarial genera múltiples riesgos para la vida, la integridad física y la salud de los trabajadores, lo que constituye un grave problema en todos los países industrializados: los accidentes de trabajo. En consecuencia, el legislador debe proporcionar, y así lo ha hecho, una legislación protectora del trabajador muy pormenorizada que reglamente todas las actividades empresariales, estableciendo mandatos y prohibiciones específicos tendentes a reducir al mínimo posible dichos riesgos, legislación ésta que tiene su fundamento constitucional en el artículo 40.2 de la Constitución española, que insta a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo.

El presente trabajo se va a centrar en el estudio del sujeto activo en los delitos contra la vida y salud de los trabajadores. Lo cierto es que esta materia ha sido objeto de un amplio estudio por la doctrina y ello debido precisamente a su complejidad, ya que a menudo resulta muy difícil discriminar todas las actuaciones —acciones u omisiones— de los sujetos intervinientes a fin de atribuir a cada uno de ellos una cuota intransferi-

ble de responsabilidad particular. La dificultad deviene no sólo de la frecuente presencia de múltiples responsables legales de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales, sino porque es inexcusable el estudio en cada caso de si esa responsabilidad legal puede pasar a convertirse en una responsabilidad penal por cumplirse todos los requisitos ineludibles para ello, sin dejarse llevar por un principio de responsabilidad objetiva tan reprochado en los escritos de recursos de los letrados de los imputados en estos procedimientos. En efecto, la experiencia demuestra que el accidente de trabajo suele presentarse como un fenómeno plurisubjetivo cuyo referente es el trabajo en equipo con distribución de funciones y obligaciones. El siniestro laboral a menudo es producto de una conjunción de actuaciones imprudentes, incluida, en su caso, la de la propia víctima cuyo concurso también hay que valorar.

En definitiva, la concreción del grado de implicación de un sujeto en un accidente laboral y la delimitación del número de los criminalmente responsables suele ser una labor complicada y sutil, con un minucioso examen del caso concreto, pero, sea cual sea el parámetro para la imputación, esa tarea debe efectuarse en todo caso conforme a criterios compatibles con el principio de culpabilidad, de manera que las habituales dificultades probatorias no culminen en una acusación colectiva indiscriminada. En consecuencia, como acertadamente expresa el Fiscal Luis Navajas, la acusación pública habrá de perfilarse de manera exquisita, dirigiéndola exclusivamente sobre aquellos sujetos a los que afecte directamente la observancia del deber general de Prevención que se contiene en el artículo 14.2 de la Ley 31/95, de Prevención de Riesgos Laborales, en los que concurra, directamente o por delegación, la efectividad de ejercicio de una cualidad de mando y jerárquica sobre los trabajadores, en los que, además, esté depositada, precisamente por su situación jerárquica en la cadena laboral, una capacidad efectiva de actuar para cambiar o alterar aquellas situaciones o circunstancias que pudieran implicar una situación de riesgo o peligro para la vida, salud o integridad física de los trabajadores y en los que, finalmente, concurran todos los elementos objetivos y, sobre todo, subjetivos del tipo, teniendo en cuenta su cualidad de delito de peligro concreto y la posibilidad de comisión dolosa (dolo de peligro referido a la acción peligrosa en sí y no al posible resultado) o culposa.

Se tratarían en definitiva de aplicar un concepto restrictivo de autor, reservando este calificativo sólo para aquellos sujetos en los que, además de concurrir los requisitos antes indicados, coexista una auténtica capacidad de dominio del hecho entendida, a modo de como lo hace MIR PUIG, como capacidad real de poder interrumpir la realización del tipo.

En este campo, hay que recordar que no sólo actúa la protección propia del Derecho Penal, *ultima ratio*, sino que también los derechos de los trabajadores pueden protegerse a través del Derecho Administrativo, mediante la aplicación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de las correspondientes sanciones recogidas en el Real Decreto 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

2. Los concretos tipos penales

El presente estudio se centra en los delitos contra la vida y salud de los trabajadores, concretados en los tipos previstos en los artículos 316, 317 y 318 del Código Penal, incluidos dentro del Título XV del Libro II del Código Penal que tiene por rúbrica «De los delitos contra los derechos de los trabajadores».

Es necesario precisar que a pesar de que los tipos penales previstos en los artículos 316 y 317 del Código Penal (el artículo 318 como luego veremos es una disposición que no hace referencia a conductas penales sino que se centra directamente en la autoría del hecho y ejerce su acción en todos los delitos previstos en el Título XV) no requieren la producción de un resultado, lo más frecuente es que se revelen como consecuencia de un accidente de trabajo con consecuencias lesivas para la integridad física o vida del trabajador, siendo de aplicación dichos preceptos en concurso ideal bien con un delito de lesiones imprudentes del artículo 152, o bien con un delito de homicidio imprudente del artículo 142 del Código Penal.

Artículo 316: «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».

Artículo 317: «Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado».

Artículo 318: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título 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 hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

Lo primero que salta a la vista de la lectura del artículo 316, es que atribuye la conducta típica a los «legalmente obligados», configurándose de esta forma como una norma penal en blanco y obligando al operador jurídico para determinar la autoría del hecho a acudir a la normativa laboral.

La técnica legislativa de las normas penales en blanco ha sido criticada por diversos sectores doctrinales, pero lo cierto es que según ha declarado el Tribunal Constitucional no atenta a los principios constitucionales con tal de que se cumplan ciertos requisitos que básicamente son los siguientes:

En primer lugar, la remisión en el tipo penal a la norma de complemento debe ser expresa. Así sucede en el artículo 316 cuando recoge la expresión «los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados...».

En segundo lugar, debe aparecer en el tipo penal el núcleo de la conducta típica y la pena. También este elemento está presente en el precepto referido, el cual describe la acción criminalmente reprochable como no facilitar 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.

Por último exige el Tribunal Constitucional que la remisión a la norma extrapenal resulte justificada en atención al bien jurídico protegido. Es evidente que los delitos estudiados tienen como fundamento la seguridad en el trabajo, que se configura como un valor distinto, diferente y autónomo respecto a la vida y salud de las personas, puesto que estamos ante un bien jurídico colectivo y supraindividual y no ante un mero adelanto de la barrera de protección.

Es preciso, para la integración del tipo que, con infracción de aquellas normas de cuidado y la omisión del cumplimiento del deber de facilitar los medios necesarios para el desempeño del trabajo en las debidas condiciones de seguridad e higiene, se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo.

En los procedimientos que tienen por objeto este tipo de delitos, es fundamental la incorporación del Acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Este informe, normalmente muy bien elaborado por el Inspector correspondiente, señala las normas laborales infringidas facilitando la labor del Instructor de forma que no tiene que perderse en la vorágine legislativa que suponen las infracciones de las normas de prevención.

Sin embargo, las actas de infracción administrativas se dirigen contra empresas, personas jurídicas, y no contra las personas concretas causantes del daño o que no han facilitado los medios a los trabajadores. En esta labor, el Juez Instructor y el Ministerio Fiscal deberán deslindar responsabilidades dentro del respeto ineludible al principio de culpabilidad del Derecho Penal. En ello se centra el presente estudio.

3. La configuración del sujeto activo: la posición de garante

La concreción de «quiénes están legalmente obligados» impone un estudio del caso concreto, que debe ser abordado considerando en principio como posibles responsables no sólo al empresario, sino de las personas que trabajen a su servicio, con competencia directa o delegada o como manifestaba el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de marzo de 1980 «todos los que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermediarios o subalternos, incluso de hecho».

En consecuencia, el empresario será en la mayoría de los casos el sujeto activo, sin excluir a otros implicados cuya responsabilidad, como la de aquél, habrá de ser examinada caso por caso: los delegados, los encargados y otros responsables del ejercicio de deberes en materia de seguridad a ciertos grupos de personas, que integran los delegados de prevención (art. 36.d), e) y f), los comités de seguridad y salud (art. 39.b), también a fabricantes, importadores y suministradores (art. 41) e incluso a los propios trabajadores (art. 29).

Sujeto activo puede serlo cualquiera, en principio, si bien y por exigencias del tipo el círculo debe ser concretado alrededor de aquellas personas que en la normativa laboral en materia de riesgos laborales están obligados a actuar en relación a la seguridad de los trabajadores, en definitiva, en torno a quienes vienen legalmente obligados a facilitar «los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas». Por ello, la doctrina cataloga estos tipos entre los delitos especiales al determinar el sujeto activo en su propia redacción legal concretándolo en quienes *ex lege* vienen obligados a cumplir deberes de seguridad y cuidado.

Esta afirmación conduce a determinar el criminalmente responsable de los delitos contra la salud y la integridad física de los trabajadores acudiendo a su posición de garante: Como refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 21 de febrero de 2001: «Hay un sujeto o sujetos que ostenta una posición de garante —por una

obligación legal a tenor del 316— y hay una situación típica, en la que dicho sujeto tiene el deber de controlar una fuente de peligro que opera en su ámbito de dominio (que no es otro que la actividad cuya organización y decisiones principales le han sido encomendadas). El origen del peligro no es por tanto una acción del empresario, sino una fuente de peligro legalmente tolerada cuyo control se le ha encomendado, y el peligro más grave o incluso las lesiones le son imputables aplicando una causalidad hipotética, en el sentido de que pudo y debió realizar una acción destinada a impedir tal resultado, siendo así que en el cumplimiento de sus deberes se mostraron remisos o indolentes y con dicha conducta causan o contribuyen a la causación de un resultado dañoso o una situación de grave peligro». O como se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander de 31 de marzo de 2004: «Los tres, dada su situación en la empresa, uno, el Sr. Pablo, quien organizaba el trabajo desde el inicio al final, (...) coordinador de seguridad el otro, Sr. Ángel Daniel (...), y capataz el otro, Sr. Carlos Daniel (...) gozaban de la capacidad fáctica y jurídica de actuar: quien tiene la posibilidad de evitar la situación de peligro y, estando obligado a ello no lo hace, incurre en responsabilidad penal (SAP Lérida, de 23-3-1999), aunque sea a título de dolo eventual, conociendo como conocían la situación típica, pero manteniendo la decisión de no adoptar medida de seguridad alguna aceptando la aparición o incremento de riesgo efectivo (SAP La Rioja de 21 enero de 2003, Cádiz de 30-5-2000 o Salamanca de 11 de abril de 1997). Y van a responder a título de coautores, aplicando la teoría del dominio del hecho ya que el resultado delictivo depende de la contribución, en este caso de la conducta omisiva, de cada uno de ellos: ya que unos no facilitaron los medios de seguridad y otro no vigiló. Cabría indicar en relación al sujeto activo que la posición de garante no se deriva de una relación jerarquizada entre sujetos sino de su relación objetiva con los hechos: quien tiene posibilidad fáctica de evitar la situación de peligro y estando jurídico-laboralmente obligado a hacerlo, no lo hace, es autor. Efectivamente, los tres acusados actuaron con olvido de las más elementales normas de pericia, previsión y cautela exigibles en relación a la limpieza de ese depósito y qué duda cabe que quien introduce a otro en una actividad que entraña peligro debe tomar las medidas necesarias para neutralizar o reducir los riesgos hasta un mínimo socialmente permitido (STS de 24 de noviembre de 1989)».

Su posición de garante implica que sobre todos los sujetos responsables de la seguridad de los trabajadores recae la observancia de un deber general y objetivo de seguridad y cuidado que se construye, como afirma JESCHECK, en torno a dos parámetros fundamentales:

- El cuidado interno esto es, el deber de advertir previamente el peligro para el bien jurídico protegido y ello, desde la óptica de una persona consciente y cuidadosa en el ámbito del tráfico que concierna al agente.
- El cuidado externo esto es, el deber de adoptar, a partir del momento anterior, un comportamiento adecuado para evitar la producción del resultado típico, lo que necesariamente conlleva, bien el omitir acciones peligrosas bien, caso de que éstas sean socialmente necesarias, el adoptar las medidas de control y supervisión pertinentes para aminorar el riesgo o peligro que pueda nacer de tales acciones peligrosas.

4. La responsabilidad de la persona jurídica: el artículo 318

Normalmente, en el ámbito de los delitos objeto del presente estudio cobra especial relevancia la discusión sobre la exigencia de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Efectivamente, estos tipos penales suelen apuntar en cuanto a la autoría a empresas con modelos de organización, criterios operativos y formas de presentación jurídica, por lo que resulta obligado realizar una labor, a veces francamente dificultosa, de identificación de las personas físicas verdaderamente responsables, ya que, a diferencia del campo de las infracciones administrativas, en el que la sanción se dirige contra las empresas, en el Derecho Penal rige la máxima *Societas delinquere non potest*, por lo que es necesario individualizar la imputación sobre personas físicas.

En este esfuerzo, hay que guiarse por lo dispuesto en los artículos 31.1 del Código penal, que establece la extensión de la imputación sólo a quienes, actuando en lugar del sujeto descrito por la ley, hayan asumido tácticamente, en virtud de una relación de dominio, sus actividades y hayan ejecutado la acción típica.

Conforme establece el artículo 31: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

En consecuencia, por la actuación de la entidad que emplea al trabajador han de responder penalmente sus administradores o representantes, como si dichos cargos instituyeran por sí solos a quienes los ostentan en posiciones de garante. Ahora bien, esa imputación no puede ocultar

en ningún caso una responsabilidad penal objetiva, ya que la aplicación del mencionado precepto debe hacerse siempre, conforme al artículo 5 del Código Penal, previa constatación de la culpabilidad de quienes en él aparecen incluidos. Los administradores y representantes de la empresa empleadora sólo podrán ser declarados responsables penales por un hecho propio realizado culpablemente, aun al amparo de sus funciones representativas o de administración. Es evidente que no cabe establecer ningún tipo de presunción de responsabilidad del administrador o del encargado del servicio porque tal solución contravendría los principios básicos que inspiran a un moderno Derecho Penal y que, en todo caso, no debe olvidarse que la intervención del mismo está limitada por la necesaria concurrencia de dolo o imprudencia.

Ni el Registro Mercantil ni los estatutos sociales son instrumentos que sirvan para asignar responsabilidades penales; tan sólo informan sobre la identidad de quienes asumen determinadas obligaciones. Ni tampoco pueden servir de salvoconducto a quienes, como los administradores de hecho, no constan incorporados a los mismos. Acudir a los registros públicos es una diligencia fundamental para la identificación personal, pero el artículo 31 CP no libera en absoluto de añadir a ella la prueba de la culpabilidad.

Aun así, hay que decir que no siempre se realiza en el período de instrucción la unión a las actuaciones de las correspondientes informaciones registrales, que si bien no delimitan por sí solas la imputación subjetiva, pueden ser importantes para determinar quiénes sean los legalmente obligados, y ello para evitar sorpresas en el acto de la vista oral cuando se ha dirigido la acusación contra una persona en su condición de representante legal de una empresa y no se ha cuidado de averiguar si dicha cualidad está formalmente constituida y el *quantum* de poder fáctico ejercido en ella: en este caso, puede ocurrir que en el acto de la vista se presente prueba documental en el sentido de excluir la representación legal de la empresa infractora la cual se había presumido indebidamente en el período de instrucción únicamente por las declaraciones de las partes.

Tras el análisis del contenido del artículo 31.1, hay que decir que se ha establecido expresamente por el legislador en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores una regla especial de autoría contenida en el artículo 318 CP, según el cual: «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 hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos, la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

Dicho precepto ha sido fuertemente criticado por la Doctrina, y así se tacha tal precepto de excesivamente amplio, contradictorio, superfluo e incompleto, habiéndose de recurrir para corregir sus inadecuadas consecuencias al uso de los artículos generales como son el 31.1, el artículo 11, referido a la comisión por omisión y el artículo 5, que establece el principio de culpabilidad.

Se reprocha en primer lugar al artículo 318 el hecho de atribuir la responsabilidad penal por los hechos delictivos no sólo a administradores y encargados, sino también «a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello». En la literalidad del precepto, pues, se sugiere que el mero conocimiento por parte de extraños los pone en situación de garante, de modo que habrían de responder en comisión por omisión. Tan extensiva interpretación constituiría en responsables a un número excesivamente alto de personas que, por añadidura, no guardan relación alguna con los hechos, más que el conocimiento de la situación de peligro. «Pudiendo remediarlo» debe entenderse, pues, que es posibilidad sólo en manos de quienes, por su situación en la empresa, gozan de la capacidad —fáctica y jurídica— de actuar.

De ese modo el ámbito máximo de aplicación del 318 vendría fijado por el artículo 11. Lo que supone tanto como afirmar su carácter superfluo.

En segundo lugar, el artículo 318, parece contradecir abiertamente lo dispuesto en el artículo 316 que, como ya hemos visto, emplea criterios restrictivos configurando el delito contra la integridad física y vida de los trabajadores como un delito especial al señalar como autores a los sujetos legalmente obligados.

Igualmente, la doctrina en general califica el referido precepto como superfluo, ya que, respecto a lo establecido en el artículo 31, aporta simplemente la posibilidad de extender la exigencia de responsabilidad criminal a «los encargados del servicio». Sin embargo, esta ampliación es más aparente que real ya que, de hecho, los encargados o actúan en representación del empresario, supuesto cubierto por el artículo 31, o serán autores, por obligados directos, del delito descrito en el artículo 316. Así se mantiene que, puesto que lo importante es el dominio real de la decisión, independientemente de la naturaleza jurídica de esa situación de dominio, en el concepto de administradores del artículo 318 del Código Penal deben incluirse a los que lo son de hecho. Es más, la propia expresión «encargado del servicio» tiene más una connotación fáctica que jurídica.

Asimismo, se habla de lo limitado de la aplicación del artículo 318 en cuanto que sólo abarca las actuaciones en nombre de persona jurídica, mientras que el artículo 31 del Código Penal extiende la responsabilidad penal a los que hayan actuado en representación legal o voluntaria de

persona física o de ente sin personalidad. Pues bien, dado que el límite máximo en la interpretación de la norma penal viene conformado por el «sentido literal posible», es a todas luces evidente que para ventilar la actuación en nombre de empresario individual o de empresario sin personalidad, hay que acudir al artículo 31, ya que el artículo 318 se refiere expresamente a la actuación en nombre de persona jurídica; y ello a pesar de que por nadie se discute que, aparentemente, el artículo 318 es ley especial frente al artículo 31.

Como conclusión, hay que decir que puede concluirse con la doctrina mayoritaria afirmándose la innecesariedad de la previsión contenida en el artículo 318 *in fine* del Código Penal dada la existencia de los artículos 11 y 31.1 del Código Penal.

En todo caso, la jurisprudencia es pacífica en el sentido de afirmar como máxima respecto a la responsabilidad de la persona jurídica en estos delitos que lo esencial no es la posición formal del sujeto, sino su real y efectiva vinculación con el poder de decisión dentro de la empresa, lo que supone prescindir también del concreto cargo, función o categoría que se ostente en ella. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1990 afirma que «los procesados actuaban de hecho en una situación de identificación con la persona o ente incorpóreo y por ello el Derecho Penal y el proceso que lo aplica contemplan realidades vivas y no simples apariencias o formalidades».

Por su parte, en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2002 afirma que «los términos representante o administrador que utiliza el artículo 31 son conceptos valorativos, expresando control y dirección de las actividades de una empresa». Por eso, la imputación depende de la constatación de esa situación más fáctica que jurídica, que es independiente de los nombramientos formales en la administración y, por supuesto, de la titularidad del capital social. Otras resoluciones hacen manifestaciones en este mismo sentido: la Sentencia de 10 de abril de 1992: «A la Sala le basta que el procesado dirigiese la empresa “unilateralmente y con amplísimas facultades” para condenarlo conforme al último párrafo del artículo 499 bis del Código Penal, sin detenerse en la posición formal del sujeto en el seno de la empresa». La de 29 de septiembre de 1992: «Con independencia de lo que formalmente reflejara la nómina e impresos de la Seguridad Social, la Sala en su libre y racional apreciación ha obtenido la convicción de que el procesado actuaba como responsable máximo de la sociedad asumiendo la toma de decisiones que afectaban al funcionamiento de la Empresa, sin relación de dependencia funcional en la empresa», de suerte que el procesado “era el auténtico empresario”, siendo formalmente administrador solidario con un 25% de las acciones de la sociedad; la

STS de 2 de junio de 1993: «La exclusión del área de responsabilidad... que se pretende para los acusados... alegando que a sus cargos de Vocal y Secretario del Consejo de Administración no estaban anudadas facultades para el despido, no puede prosperar porque del relato probado... se desprende que los acusados fueron protagonistas en la primitiva sociedad y promotores de la nueva, actuando como gestores de un grupo de personas unidas por vínculos familiares y económicos, sin que puedan eludir responsabilidades pretextando el papel que formalmente les asignaba el contrato social y una ficticia condición de asalariados», de manera que denunciar «la inexistencia en la sentencia dictada [cuya casación se pretende] de referencia alguna a la condición de comerciantes de los acusados,... es insostenible respecto a los que dirigen y se dedican a una industria de fabricación de calzados en los términos indicados..., que no pueden recibir otro título legal que el de comerciantes».

5. Las figuras concretas

a) *El empresario*

Como ya adelantábamos, el empresario, aunque no con carácter exclusivo, es el principal obligado a la protección de sus trabajadores y en principio aparece como el típico sujeto activo en los delitos que estudiamos, consecuencia de su poder de dirección y organización en el ámbito de la prestación laboral: es el titular de los medios de producción y el beneficiario del fruto del trabajo de sus empleados, por lo que la ley le atribuye una responsabilidad prioritaria en cuanto al establecimiento de medidas de protección respecto de los mismos.

Es precisamente en la figura del empresario en la que se observa con mayor claridad su cualidad de garante, puesto que, como indica LASCURAIN SÁNCHEZ, adquiere una posición de garantía en relación con los procesos de riesgo que el mismo desata (injerencia) y respecto a los cursos de peligro que procedan de los animales, objetos, procedimientos o personas sin margen relevante de autonomía que se encuentran dentro de la empresa.

Con ese fundamento, el grueso de la normativa laboral hace recaer sobre el empresario la principal responsabilidad dimanante del incumplimiento de las normas preventivas en materia de seguridad e higiene.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales consagra, «el... deber del empresario de protección de los trabajadores», en cuyo cumplimiento «el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los traba-

jadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (art. 14.1 y 2).

Al concepto de empresario se refiere el artículo 1.º.2 del Estatuto de los Trabajadores: «A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior [los trabajadores], así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas».

Abundando en el concepto, NAVARRO CARDOSO manifiesta que concretándolo en el ámbito punitivo, por empresario, patrono o empleador hay que entender todo aquel que organiza y dirige la prestación de servicios por parte del trabajador, pudiendo ser tanto empresario individual como colectivo, de naturaleza civil o mercantil, de Derecho público o privado, tenga o no personalidad jurídica propia.

El empresario tiene, conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales, un deber de controlar los riesgos que se deriven del conjunto de su actividad y ese deber de control se traduce en una serie de deberes de actuación, normativizados de una forma precisa, en el sentido de que existe una normativa administrativa que precisa las medidas de prevención de los riesgos laborales que debe adoptar para que el peligro genérico no cree situaciones concretas de peligro o se traduzca en lesiones. Entre la no acción y la producción del resultado sólo existe una causalidad hipotética y para poder imputar el resultado de peligro concreto, como si su producción fuera equivalente a una causación directa, es necesario que la obligación incumplida hubiere sido suficiente, en caso de cumplirse, para evitar el resultado.

El deber de cuidado del empresario se desarrolla en dos momentos: previamente, mediante la integración y planificación preventivas, y una vez iniciada la prestación laboral y durante el desarrollo de la misma mediante el cumplimiento de una serie de obligaciones:

- la ineludible obligación del empleador de prestar y ofrecer a los trabajadores la adecuada formación e información.
- la obligación de facilitar a los trabajadores los medios materiales adecuados.
- la obligación de vigilar que los trabajadores hagan uso efectivo y adecuado de los equipos de trabajo.
- la obligación de organizar el centro de trabajo.
- la obligación de cooperación u coordinación preventiva.

Dentro de la empresa responsable, sin embargo, el deber de seguridad no compete sólo al empresario. La Ley de Prevención de Riesgos

Laborales (artículos 30 y siguientes) y la normativa concordante crean todo un entramado de seguridad que, sin eximir de responsabilidad al titular de la empresa, constituye en eventuales garantes también a los escalones más próximos a la ejecución misma de los diferentes trabajos. La fórmula legal es, pues, lo suficientemente amplia como para permitir declarar al Tribunal Supremo que «todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa y, por tanto, sean éstas superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y a hacer cumplir las normas destinadas a que el trabajo se realice con las prescripciones elementales de seguridad».

De hecho, el artículo 2 de la LISOS determina a los sujetos responsables de la infracción haciendo referencia al empresario en la relación laboral, los promotores, los propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia. Y las diferentes infracciones que, en materia de prevención de riesgos laborales, recogen los artículos 11 a 13 LISOS, se imputan tanto a los empresarios como a los otros sujetos responsables.

En todo caso, la presencia de otros responsables no elimina la responsabilidad del empresario, y así el artículo 14.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales viene a recordar que la responsabilidad empresarial no se diluye o desaparece por el hecho de que sean otros sujetos los que protagonicen la conducta infraccional: «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, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar en su caso, contra cualquier otra persona».

Por su parte, el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, norma fundamental en esta materia, establece, en sus números 1 y 2, el deber del empresario en la protección de los trabajadores a su servicio frente a los riesgos laborales, en todos los aspectos relacionados con el trabajo, instándole a que adopte cuantas medidas sean necesarias para la protección de la salud y seguridad de aquéllos. Es más, el citado

precepto obliga al empresario a llevar a cabo «una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes». Y concreta la responsabilidad concurrente del empresario en el número 4 del referido artículo, diciendo que la atribución de funciones en materia de protección y prevención a los trabajadores de la empresa, así como el concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención, no eximen del cumplimiento del deber del empresario en esta materia.

Concretamente, el apartado 2 del artículo 14 tiene la siguiente redacción (conforme a la modificación de la Ley en el año 2003):

«2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley. El empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo».

Igualmente, el artículo 42.1 declara 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». Por ello, al definir las infracciones administrativas el artículo 45.1, establece, en su párrafo 1.º, que «son infracciones a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y de salud laboral sujetas a responsabilidades conforme a la presente ley».

Lo cierto es que lo habitual será hacer recaer la responsabilidad por los delitos previstos en el artículo 316 y 317 del Código Penal no sólo en el empresario sino también en otras personas que ocupan en el caso concreto la posición de garante y de la misma forma que aquél deben responder por la infracción de las medidas de seguridad o la no facilitación de los medios necesarios para la evitación de riesgos laborales, si bien puede ocurrir, aunque ello es excepcional, que dicha responsabilidad recaiga exclusivamente en la persona del empresario, como propietario y usuario único de la fuerza del trabajo. Ello ocurrirá en el único caso en el que la Ley 31/95 permite la asunción personal y exclusiva por el empresario de la tarea de prevención de los riesgos laborales. Así en el artículo 30.5 establece: «En las empresas de menos de seis trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente las funciones señaladas en el apartado 1, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades». En consecuencia se puede hablar de que la Ley 31/95 establece una doble regulación: la aplicable a empresas de menos de seis trabajadores, en donde el empresario puede optar por asumir personalmente la obligación de prevención o utilizar una de alternativas legales de nombramiento de técnicos de prevención, y la aplicable a las empresas con un número de trabajadores a partir de seis en las que el empresario no puede asumir directamente por impedimento legal esa situación.

b) *Los encargados*

Como ya hemos expuesto repetidamente, no es solamente el empresario el único destinatario de los deberes que emanan de la norma de cuidado, ya que en cualquier empresa, sobre todo si alcanzan determinado tamaño, existen personas que desempeñan funciones de dirección análogas o semejantes a las propias del empresario, a las cuales se refiere nuestra jurisprudencia con la denominación de encargados, «...entendiendo que (tal concepto) permite abarcar conceptualmente a las múltiples denominaciones legales, administrativas y profesionales de los sujetos de imputación del deber de seguridad distintos del empresario, ya que en el concepto de encargado cabe la alta dirección, la media y la del simple rector de la ejecución o capataz, es decir, la de cualquier persona a la que se confía la realización de una cosa, con mando sobre otros y con función general de vigilancia y cuidado».

El fundamento material de dicha condición de destinatarios de los deberes de cuidado es el mismo que en el caso del empresario: la po-

testad de dirigir la empresa y de organizar las condiciones en las que debe de prestarse el trabajo o, dicho con otras palabras, la posición de dominio que ostentan en relación con las condiciones en las que debe de desarrollarse el trabajo, en definitiva: su posición de garantes frente a la seguridad del trabajador.

El criterio decisivo para establecer la condición de destinatario del deber de cuidado, entre los distintos «encargados» que puedan desarrollar su actividad en el seno de una misma empresa, es el ámbito de las competencias reales que el mismo ejerza de facto dentro de la empresa y que sea en ese ámbito donde se haya producido la situación de riesgo en concreto que ha concluido produciendo el resultado lesivo para la salud o la vida del trabajador.

A falta de una definición auténtica del concepto de «encargado» habrá de incluirse en el mismo a todos cuantos han asumido un encargo del empresario —una función, una competencia— en un determinado ámbito de la empresa en cuyo dominio ha sucedido el hecho. Con base en el artículo 318 del Código Penal que luego analizaremos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998, consideró responsables dentro de una empresa al «gerente» y al «jefe de taller», posicionándolos dentro del concepto de «encargados» a que se refiere aquel precepto.

Según refiere Luis NAVAJAS, el encargado es un «sujeto integrado en la cadena de mando, con significación preeminente en la jerarquía empresarial y dotado por ello de capacidades de organización y ejecutivas en concurrencia con el propio empresario».

De conformidad con tal concepto y siendo el «encargado» al que se refiere el artículo 318 un sujeto con capacidad de decisión en el ámbito empresarial, hay que descartar como tal a quien es designado por un superior como «jefe» ocasional de un equipo reducido de trabajo, deviniendo tal acepción de su mayor antigüedad o experiencia, pero que no es considerado ni por sí mismo, ni por el empresario, ni por los demás trabajadores como un responsable de la empresa en el sentido de obligado a proporcionarles medidas de protección, sino como un empleado más. En este caso, si dirige una indicación o realiza una acción que ocasiona un daño en la integridad física o en la vida de un compañero, responderá por tal acción como autor de un delito o de una falta de imprudencia, pero no de un delito contra los derechos de los trabajadores.

c) *Los delegados del empresario*

La validez de la delegación de funciones por parte del empresario debe de condicionarse al cumplimiento de determinados requisitos para

impedir que, como manifiesta ARROYO ZAPATERO, «...pueda constituir un expediente a través del cual el empresario pueda eludir en fraude de los principios fundamentales del Derecho penal, aquella responsabilidad en que pueda incurrir por su conducta materialmente contraria al deber de seguridad en el trabajo, impuesto por el ordenamiento jurídico por su condición de empresario...».

Antes de adentrarnos en tales requisitos, procede distinguir las figuras del encargado y del delegado del empresario, íntimamente relacionadas pero diferenciadas entre sí. El delegado se configura en principio como un sustituto del empresario en todas sus responsabilidades, incluidas las referidas a los deberes relacionados con la seguridad de los trabajadores. El encargado, por su parte, concurre con el empresario en el desarrollo de sus funciones y jamás está llamado a sustituirlo.

Entrando ya en el estudio del fenómeno de la delegación, hay que decir que su importancia actual deviene del carácter complejo de las organizaciones empresariales y la presencia de asociaciones de empresas que confluyen en la realización de determinadas tareas coloca en primer plano la institución de la delegación de funciones.

Apunta SUBIJANA ZUNZUNEGUI que el fenómeno de la delegación repercute en el hecho de que, a partir del mismo, la norma o deber de cuidado sufre una transformación para el delegante: no viene obligado ya directamente al control de la fuente de peligro, sino al control de la persona a quien se ha conferido el control de la fuente. Para el delegante, en definitiva, aquél deber pasar a construirse sobre tres premisas:

- 1.º Deber de elección o culpa *in eligendo*.
- 2.º Deber de instrumentalización.
- 3.º Deber de control o culpa *in vigilando*.

Ciertamente, para que efectivamente la delegación de funciones pueda tener un efecto exonerante en el ámbito de la responsabilidad penal para el empresario, debe reunir determinados presupuestos, que, siguiendo a ARROYO ZAPATERO, serían los siguientes:

- 1.º Que la delegación se encuentre justificada objetivamente, bien por la no cualificación profesional del empresario, bien por el hecho de que la empresa supere una cierta dimensión, alcanzando una complejidad en sus estructuras que haga imposible o dificulte que el empresario pueda realizar sobre toda o parte de ella inclusive una mera función de dirección y vigilancia general. En este sentido la delegación de poderes encuentra su marco propio en la empresa de estructura horizontal que agrupa establecimientos ubicados geográficamente en lugares diferentes.

Estas cuestiones aparecen igualmente en los casos de grupos de empresas, es decir, de concurrencia de varios empresarios, generalmente sociedades, para integrar bajo una dirección única una unidad económica sin perder independencia jurídica. Aquí el centro decisor está tan alejado, jurídicamente al menos, de los instrumentos ejecutivos, que la posibilidad misma de identificación de un centro de imputación, objetiva y subjetiva, se complica en extremo.

- 2.º La delegación debe de realizarse de manera expresa, pública y notoria, y debe ser aceptada por el delegado en la misma forma, de forma que sea conocida por quienes intervienen en el proceso de producción.
- 3.º El delegado tiene que estar cualificado para poder llevar a cabo su cometido; así lo exige la propia naturaleza de las cosas y así se desprende del deber de selección adecuada del personal que incumbe directamente al empresario, quien en otro caso incurriría en culpa *in eligendo*.
- 4.º Que la delegación efectuada en tales casos tiene que dejar patente que el delegado actúa en nombre del delegante, y que ejerce en nombre de éste los poderes de dirección, a los que va aneja la responsabilidad, que, por sí sola, no puede ser objeto de delegación, ya que tales pactos habría que considerarlos nulos por haber sido realizados en fraude de ley o de los principios generales del derecho. El delegado debe de poseer poder de decisión, independencia en su gestión, particularmente en lo que respecta a la asignación de recursos financieros que la seguridad en el trabajo pueda requerir y posibilidad de ejercicio del poder disciplinario necesario para sancionar las infracciones a la normativa de seguridad por los directivos a él subordinados y por los trabajadores.

Cumplidos tales requisitos, la delegación produce sus efectos propios, que son, por lo que nos interesa en este tema, los de erigir al delegado en destinatario de los deberes que emanan de la norma de cuidado, exonerando de los mismos al empresario que realiza la delegación.

Ahora bien, ello no quiere decir sin más que, efectuada la delegación en la forma descrita, el empresario quede exento de responsabilidad penal por todo lo que pueda ocurrir en el ámbito de la empresa en la que ha tenido lugar la delegación. Ésta libera al empresario de las responsabilidades que puedan derivar de la actuación del delegado, pero no de las propias del empresario, bien por su propia actuación personal pese a la delegación efectuada, bien porque las mismas tengan su origen en

actuaciones anteriores a la delegación o bien porque se haya seleccionado defectuosamente la persona del delegado.

Así, jurisprudencialmente, el Tribunal Supremo (STS.26.03.1994) ha admitido la exoneración del empresario en supuestos de delegación siempre y cuando haya existido una verdadera transferencia de medios y de poder ejecutivo del delegado y la elección haya recaído sobre persona capacitada, si bien por lo general, dicho Tribunal (STS.30.03.1990) se muestra reacio a permitir que una delegación de funciones pueda eliminar la responsabilidad del delegante. Como en el resto de los casos, habrá que estudiar el supuesto concreto para concretar la imputación sólo en el delegado o también concurriendo con el empresario delegante.

d) *Las empresas de trabajo temporal*

Como señala el artículo 1 de la Ley 14/94, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, «se denomina empresa de trabajo temporal aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley». Tal finalidad se desarrolla mediante lo que se denomina «contrato de puesta a disposición» que, conforme al artículo sexto, se define como «el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél».

El artículo 28 de la Ley 31/95, precepto básico en esta materia, fue desarrollado por el Real Decreto 216/99, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en ámbito de las Empresas de Trabajo Temporal.

El apartado 1 del artículo 28 de la LPRL establece que los trabajadores con relaciones de trabajo temporal o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal, deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que presta sus servicios y que la existencia de una relación de trabajo de las señaladas en el párrafo anterior no justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

Por su parte el apartado 5 dispone que: «En las relaciones de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Corresponderá, además, a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones en materia de información previstas en los apartados 2 y 4 del presente artículo. La empresa de trabajo temporal será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 de este artículo. A tal fin, y sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas. La empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores en la misma de la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal. Dichos trabajadores podrán dirigirse a estos representantes en el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley».

Como refiere NAVARRO, cuando se trata de determinar quién es el que materialmente organiza y dirige la prestación de servicios por parte del trabajador en los casos de empresas de trabajo temporal es necesario introducir una matización, pues en los contratos de puesta a disposición celebrados entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria —artículo 6.º.1 LETT—, la primera de ellas asume «... el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria» —artículo 12.1 LETT—; mientras que la empresa usuaria es la que fija las condiciones de trabajo (jornada de trabajo, horario, medidas de seguridad e higiene) —artículos 15 y 16 LETT—.

De lo dicho se puede inferir que se produce un reparto de responsabilidades entre ambas empresas de acuerdo con sus respectivas obligaciones, con trascendencia en el orden penal, al igual que la tiene en el ámbito laboral ex artículo 18 LETT, que dispone: «Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que en todo caso se aplicará en lo no previsto en la presente Ley, serán responsables de las acciones u omisiones contrarias a esta norma las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias respecto de las obligaciones que para unas y otras se establecen».

Se introduce un nuevo párrafo f) en el apartado 2 del artículo 19 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social que queda redactado de la siguiente forma: «f) Permitir el inicio de la prestación de servicios de los trabajadores puestos a disposición sin tener constancia

documental de que han recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, poseen la formación específica necesaria y cuentan con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar».

En síntesis, la empresa usuaria es responsable de las condiciones de la ejecución, mientras que las obligaciones de información son compartidas; y también las de formación, en cuanto que la empresa de trabajo temporal es responsable de seleccionar al trabajador en misión, de acuerdo con las características del trabajo a desarrollar, mientras que la usuaria debe verificar el cumplimiento de esta obligación.

Pues bien, de dicho precepto y de lo señalado en el artículo 12 de la Ley, que impone también a la empresa de trabajo temporal la obligación de «asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posea la formación técnica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto», se deduce que la responsabilidad por la siniestralidad laboral del trabajador contratado de esta forma para prestar servicios en empresas usuarias, puede ser imputada a la empresa de trabajo temporal cuando incumpla dichas obligaciones específicas que se le imponen en materia de seguridad. Pero, igualmente, la responsabilidad ante el siniestro laboral acaecido deberá ser imputado con carácter exclusivo a la empresa usuaria en caso de que el accidente o la enfermedad profesional ocurra durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y, además, tenga lugar en el centro de trabajo de la misma y traiga causa de la falta de medidas de seguridad e higiene, tal y como establece de manera expresa el artículo 16.2 de la citada Ley. Y por último, puede admitirse la posibilidad de que la responsabilidad penal derivada de la situación de peligro grave causada por la omisión de medidas de seguridad pueda ser exigida de manera conjunta a ambas empresas.

e) *Los servicios de Prevención de la empresa*

Salvo en el caso de las empresas de menos de seis trabajadores, en los que como ya hemos visto el empresario puede constituirse en responsable exclusivo de la obligación de prevención de riesgos, el artículo 30 de la LPRL le obliga a acudir a sistemas de delegación parcial en esta materia. Dicho precepto establece en su apartado 1: «En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá

un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa, y en su artículo 16.1, reformado por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, establece la obligación del empresario de integrar la prevención en el sistema general de gestión de la empresa «en todos los niveles jerárquicos de la misma», compeliéndole a elaborar un plan de prevención que «deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones...».

En definitiva, el empresario como garante de la seguridad de sus trabajadores debe cumplir con la obligación que le impone la legislación de riesgos laborales de organizar la actividad preventiva distribuyendo las responsabilidades entre los distintos sujetos integrantes de la jerarquía empresarial conforme a criterios que deberán quedar explicitados en el plan de prevención, lo que no supondrá eximir de responsabilidad a la cúspide empresarial, pero que también constituye en eventuales responsables de la prevención de riesgos laborales a los escalones más próximos a la ejecución de los diferentes trabajos, como es el caso de los representantes legales de los trabajadores.

Por lo tanto, el empresario debe optar por alguna de las tres alternativas que pasamos a examinar: los delegados de prevención, los servicios de prevención propios y los servicios de prevención externos.

El análisis de la responsabilidad en el ámbito punitivo de los servicios de prevención internos de la empresa y de la figura de los delegados de prevención puede abordarse de forma conjunta. Los primeros asumen el cometido de asesorar y asistir al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados (artículo 31.2 LPRL), y los delegados de prevención son representantes de los trabajadores, con funciones específicas de colaboración, promoción, fomento, consulta, vigilancia y control (artículo 36 LPRL), y el comité de seguridad y salud, es un órgano paritario de participación y consulta (artículo 38.1 LPRL).

Por lo general, se excluye de la imputación penal en los delitos contra la vida y salud de los trabajadores a los delegados de prevención o a los componentes del Comité de Seguridad y Salud, dadas las funciones de colaboración, consulta e información que exclusivamente tienen atribuidas, considerándose que no pueden ser destinatarios de la norma de cuidado penal que prohíbe la realización de conductas imprudentes de las que se deriven lesiones o muerte o daños materiales.

Así, se mantiene que no pueden ser autores del ilícito porque, examinadas las competencias que se les atribuye, las mismas no comprenden poderes de dirección o de organización de la actividad empresarial o del trabajo, sino que se limitan a colaborar con el empresario o a divulgar las medidas de seguridad o a solicitar del empresario o de la Administración

Laboral el cumplimiento de las mismas, pero no pueden imponerlas, salvo en el caso de que haya peligro inminente de que se produzca el accidente, supuesto en el cual, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores, pueden paralizar la actividad con carácter cautelar, ya que tal decisión tiene que ser confirmada o dejada sin efecto por la Autoridad Laboral.

Por tanto, y con independencia de cuál sea el contenido del deber de cuidado que emane de la norma penal en el caso concreto, no es lógico entender que puedan responder de su infracción los órganos de seguridad que estamos examinando, ya que nunca podrán sentirse motivados por la misma, porque en ningún caso tienen la posibilidad de imponer coactivamente el cumplimiento de las medidas de cuidado que emanen de ella, por lo que los resultados lesivos que se produzcan como consecuencia de la falta de adopción de las mismas no les puede ser atribuida. Únicamente cabrá considerarlos responsables de las infracciones administrativas que les sean atribuibles.

Sin embargo, no toda la Doctrina comparte este criterio de exoneración de los delegados de prevención y los miembros del Comité de Seguridad. Así, LOUSADA AROCHENA mantiene que se les puede atribuir la autoría en supuestos culposos, manifestando que desde el punto de vista subjetivo, la imputación a título de imprudencia, como señala LUQUE PARRA, está determinada porque el empresario delega sus poderes directivos y organizativos en otras personas o porque éstas asumen una posición material en el ejercicio de estos poderes igual a la del empresario y ello unido a la infracción del deber de cuidado que, puede venir establecido «en virtud de norma que así lo prescriba o en el cuidado objetivamente debido exigible a toda persona que desarrolla una actividad perteneciente a una profesión» determinarán la imputación de los técnicos de prevención, todo ello por aplicación de los criterios que nuestros Tribunales han venido aplicando de manera reiterada. Con relación al delito doloso, señala el citado autor que «sólo los pueden cometer quienes están legalmente obligados a adoptar las medidas de salud laboral lo que, para la Ley 31/95, acaece con el empresario o con algunos sujetos y, como nada se dice de los técnicos de prevención, difícilmente podrán ser considerados responsables. La limitación de los sujetos obligados a la deuda de seguridad obedece a la configuración del tipo penal, que es de actividad y no de resultado, y, en consecuencia, sólo esa limitación justifica el anticipar la consumación del ilícito sin violentar el principio de intervención mínima».

Entrando en la regulación legal de la figura de los Delegados de Prevención, el concepto ofrecido por la LPRL en su artículo 35 es que son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo.

Sus competencias y facultades se recogen en el artículo 36, que relaciona las siguientes:

- a) Colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva.
- b) Promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
- c) Ser consultados por el empresario, con carácter previo a su ejecución, acerca de las decisiones a que se refiere el artículo 33 de la presente Ley.
- d) Ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

2. En el ejercicio de las competencias atribuidas a los Delegados de Prevención, estos estarán facultados para:

- a) Acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo, así como, en los términos previstos en el artículo 40 de esta Ley, a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas y verificaciones que realicen en los centros de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, pudiendo formular ante ellos las observaciones que estimen oportunas.
- b) 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 y, en particular, a la prevista en los artículos 18 y 23 de esta Ley. Cuando la información esté sujeta a las limitaciones reseñadas, sólo podrá ser suministrada de manera que se garantice el respeto de la confidencialidad.
- c) Ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél hubiese tenido conocimiento de ellos, pudiendo presentarse, aun fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos.
- d) Recibir del empresario las informaciones obtenidas por éste procedentes de las personas u órganos encargados de las actividades de protección y prevención en la empresa, así como de los organismos competentes para la seguridad y la salud de los trabajadores, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 de esta Ley en materia de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- e) Realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo, pu-

diendo, a tal fin, acceder a cualquier zona de los mismos y comunicarse durante la jornada con los trabajadores, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo.

- f) Recabar del empresario la adopción de medidas de carácter preventivo y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, pudiendo a tal fin efectuar propuestas al empresario, así como al Comité de Seguridad y Salud para su discusión en el mismo.
- g) Proponer al órgano de representación de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización de actividades a que se refiere el apartado 3 del artículo 21.

Conforme se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005, la ocasional pretensión del Ministerio Fiscal de incriminar a los Delegados de Prevención, ha chocado siempre con las recomendaciones de los responsables laborales y representantes de los trabajadores en el sentido de que, a pesar del tenor literal de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la atribución a dichos Delegados de responsabilidades en el campo de la prevención de riesgos laborales es puramente nominativa y sin ninguna aplicación práctica en el campo práctico.

Frecuentemente, la delegación parcial de funciones, que no exonera de responsabilidad al empresario, lo es a favor de servicios de prevención externos. Se trata de una de las modalidades de organización de recursos para las actividades preventivas, previstas en el artículo 10 del RD 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de servicios de prevención de riesgos laborales. Incluso su artículo 16 fija los supuestos en los que el empresario deberá recurrir a estos servicios.

Aunque las diversas modalidades que pueden revestir los servicios externos generan obligaciones distintas, y, en consecuencia, también responsabilidades diferentes en caso de incumplimiento, hay que tener en cuenta que el artículo 19 del citado RD 39/1997, establece que «las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención, deberán asumir directamente el desarrollo de las funciones señaladas en el apartado 3 del artículo 31 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». Y éste dispone que «Los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes y en lo referente a: a) El diseño, aplicación y coordinación de los planes y programas de actuación preventiva. b) La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores... c) La determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas

adecuadas y la vigilancia de sus efectos. d) La información y formación de los trabajadores. e) La prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia. f) La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo».

En definitiva, los servicios externos asumen numerosas obligaciones, entre las que algunas indudablemente consisten en la prestación de «medios», en el sentido del artículo 316 del Código Penal, por lo que no puede excluirse apriorísticamente a los responsables de los citados servicios del ámbito de los sujetos activos. El técnico de prevención puede responder penalmente si efectivamente asume, como exige el marco legal preventivo, un posicionamiento mayor al meramente asesor del titular de la empresa, en un papel no limitado de forma pasiva a evaluar y proponer medidas planificadoras, sino también garantizadoras de su puesta en marcha en ejercicio de potestades delegadas del empresario que muestra de esa forma su plena confianza en el experto que tiene contratado. Así ha de entenderse cuando el empresario ha cumplimentado sus obligaciones poniendo a disposición de los técnicos de prevención los medios necesarios en esta específica materia.

Todo servicio externo que sustrae al empresario la información que está obligado a prestarle, no facilita los medios necesarios para que los trabajos se desarrollen en condiciones de seguridad, cumpliendo así los elementos del tipo, ya que, según la opinión mayoritaria, la información es un «medio» de los previstos en el artículo 316.

Luis NAVAJAS los incluye dentro del fenómeno de la delegación, afirmando que «los responsables de los Servicios de Prevención, aun cuando carezcan de facultades decisorias, es evidente que actúan como verdaderos delegados del empresario, al que habrán de asesorar en todas las actividades de prevención de riesgos, planificación preventiva y garantía de la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores, por lo que resulta evidente su eventual responsabilidad penal en caso de incumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando hubieren sido dotados de los necesarios medios humanos y materiales, así como disponer de la información necesaria sobre la empresa para desarrollar su función con plena eficacia, circunstancias que de no producirse podrían desembocar en su exoneración de responsabilidad».

En el caso de las auditorías de servicios de prevención propios (artículos 29 a 33 del RD 39/1997), por ejemplo, partiendo del dato de que la única infracción que, en este caso, prevé la LISOS consiste en contraer vínculos financieros, comerciales o de cualquier tipo con la empresa para la que se presta el servicio, se ha mantenido que «no ostentan ningún deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, no están obligadas a facilitar medios».

6. Especial referencia al sector de la construcción

La norma básica en esta materia está constituida por el Real Decreto 1627/97, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de la construcción. Esta normativa cumple con la finalidad de adecuar, adaptar y asegurar a las peculiaridades productivas y preventivas de este sector los principios de acción preventiva que se contienen en la Ley 31/95, de prevención de riesgos laborales. Las previsiones de este Real Decreto se caracterizan por su aplicación general a cualquier obra de construcción o ingeniería civil, sea de carácter público o privado, ya sean de nueva edificación o simple reparación o derribo y cualquiera que sea el número de trabajadores implicados en la ejecución.

En el ámbito de la construcción, donde por cierto se disparan las estadísticas de siniestrabilidad laboral, al ser el sector en el que se producen mayor número de accidentes laborales, aparece con claridad en la mayoría de los supuestos el principio de la concurrencia de conductas. Así lo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 31.01.1986, manifestando que: «En tal supuesto las conductas se individualizan y por ello, tal responsabilidad podrá ser de la misma entidad cuando fueran equivalentes los distintos comportamientos en la causación del resultado, o graduarse aplicando un tratamiento punitivo distinto, según la especial gravedad de la falta de cuidado o negligencia de cada partícipe y la mayor o menor trascendencia o relevancia en la producción del resultado dañoso, que no se hubiera ocasionado de no haber mediado la conjunción de las conductas culposas, distintas pero coincidentes en un mismo evento».

A partir de esta idea. Señalemos que aquella normativa (Real Decreto 1627/97) distribuye las obligaciones y competencias en materia de seguridad e higiene en el trabajo entre el empresario, promotor o contratista y los demás técnicos intervinientes, entre los que se incluiría, el arquitecto o proyectista, el aparejador o director facultativo y, en su caso, el coordinador en materia de seguridad y salud.

El promotor

El promotor viene obligado, ya en la fase de redacción del proyecto, a elaborar un documento en el que se relacionen los riesgos evitables e inevitables y las medidas técnicas correlativas, así como otros pormenores referidos a la seguridad e higiene en la obra. Dicho documento, que alcanza diferente extensión y denominación —estudio de seguridad y

salud o estudio básico de seguridad y salud—, dependiendo de cuáles sean las circunstancias de la obra, ha de ser elaborado por un técnico competente designado por el promotor o, en su caso, por el coordinador (artículos 5 y 6). A su vez, ese estudio ha de ser aplicado y desarrollado por cada contratista a través de un plan de seguridad y salud en el trabajo aprobado por la dirección facultativa o el coordinador en su caso (artículo 7).

El concepto legal de promotor viene dado por el artículo 1, que dispone que es cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra.

La responsabilidad en materia de seguridad e higiene en las obras de construcción se distribuye entre todos los sujetos antes relacionados, sin que los promotores, pese a haber llevado a cabo un proceso de delegación en forma, puedan quedar excluidos del marco de responsabilidad, como claramente se desprende del artículo 3.4 del Real Decreto («la designación de los coordinadores no eximirá al promotor de sus responsabilidades») si bien es lo cierto que al ser los profesionales que se encargan de la dirección facultativa de la obra y el coordinador de seguridad y salud aquellos sujetos designados por el promotor o contratista en los que recae la máxima responsabilidad en la dirección y control de ejecución, de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto serán ellos en principio los máximos responsables del deber objetivo de cuidado.

Entendemos que, en los casos en los que el promotor sea exclusivamente el gestor financiero de la obra y, en consecuencia, el cliente de la constructora a la que ésta habrá de servir la obra una vez finalizada, se puede determinar en general que no puede ser considerado sujeto activo del tipo penal, y sólo en algunos supuestos responsable civil subsidiario.

El coordinador de seguridad de la obra

Conforme al artículo 3 del citado Real Decreto, «en las obras incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, cuando en la elaboración del proyecto de obra intervengan varios proyectistas, el promotor designará un coordinador en materia de Seguridad durante la elaboración del proyecto de obra», y continúa «Cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, el promotor, antes del inicio de los trabajos o tan pronto como se constate dicha circunstancia, designará un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra».

A partir de ese momento y como se indica en el artículo 7, confeccionado el estudio, éste ha de ser aplicado por cada promotor o contratista a través del plan de seguridad y salud en el trabajo que ha de ser aprobado por la dirección facultativa de la obra, o en su caso, por el coordinador en materia de seguridad y salud.

Resulta indudable la posibilidad de atribución de responsabilidad penal a los coordinadores de seguridad, que se configuran como verdaderos delegados del empresario en materia de prevención de riesgos laborales, ya que legalmente tienen atribuidas, como se ha visto, funciones en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, por lo que son indudablemente en razón a la designación empresarial garantes de la salud y seguridad de los trabajadores.

A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 21 de noviembre de 2005 resulta ejemplificador: «El tipo penal que incorpora el actual artículo 316 CP es un delito de omisión —de las medidas de seguridad e higiene adecuadas—, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa omisión debe ser —en expresa remisión a la normativa laboral— de normas de prevención de riesgos laborales, y sólo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas. Sin embargo, la mera redacción no se interpreta inadecuadamente como excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de coordinadora de seguridad de una obra (en el caso), obligada a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos de seguridad y protección de riesgos generados por la obra con exigencia de una actividad dinámica atendiendo a las circunstancias concurrentes en la realización diaria de la obra no siendo suficiente una mera concepción estática de las medidas de seguridad planteadas con carácter general y previo, desatendidas en su diaria aplicación y en su adecuación en este caso concreto a las intensas lluvias que llevaron a paralizar las obras el día anterior, porque, aunque no sea empresario, frente al que se retiró la acusación en el acto del juicio al momento de elevar las conclusiones provisionales a definitivas, sólo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del dicho empresario, de tal modo que la omisión de la actual recurrente constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito y, por ello, ha de entenderse sin lugar a dudas como autora también del mismo delito, toda vez que, además concurren todos los elementos del tipo: 1.º infracción por su parte de normas de prevención de riesgos, 2.º omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo, 3.º en condiciones de seguridad adecuadas, que en este caso lo eran y estaban exigidas por las normas reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales, y 4.º efecto de poner en

peligro la vida o integridad física de los trabajadores, que, en el presente caso tuvo el infortunado colofón de actualizarse con el fallecimiento de uno de los que en las obras trabajaba».

El arquitecto y el aparejador

Se entiende que el arquitecto es un técnico de superior cualificación profesional que el aparejador, que asume la alta dirección del proceso constructivo. Desde esa superioridad se le asigna a efectos penales una función de vigilancia e inspección de mayor calibre que la del aparejador. Por su parte, el aparejador se ha considerado como un mando intermedio entre el arquitecto y el constructor, aunque dependiente en cierto grado del primero, visión reduccionista que no alcanza a comprender su verdadera autonomía operativa como auxiliar al servicio de la obra y no al servicio del arquitecto. La única norma que mantiene previsiones particulares en esta materia es el Decreto 265/1971, de 19 de febrero, que impone a los aparejadores o arquitectos técnicos la función de controlar las instalaciones provisionales, las medidas auxiliares y los sistemas de protección.

Tanto arquitecto como aparejador tienen un protagonismo indiscutible en la detección y neutralización de los riesgos en las obras de construcción. Por otro lado, su presencia en la obra parece reforzada desde el momento en que tienen obligación de vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud, advertir en caso contrario al contratista, reflejar tal contratiempo en el Libro de Incidencias y disponer en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores la paralización de parte o la totalidad de la obra (arts. 13 y 14).

Como bien dice Luis NAVAJAS, por lo general el arquitecto, como máximo técnico y de cualificación superior, asumirá, no sólo la confección del proyecto de la obra, sino además la responsabilidad y dirección de la fase constructiva propiamente dicha, como consecuencia de lo cual se le atribuye y debe asumir la superior función y vigilancia de cuanto ocurra en la obra de su dirección, incluido el control de las medidas de seguridad e higiene.

Sobre ambos profesionales, arquitecto y aparejador o arquitecto técnico, de manera indistinta, hace recaer el Tribunal Supremo el cumplimiento del deber de cuidado en relación a la seguridad laboral, quizá de una forma más específica en el aparejador, tal vez por su mayor y más continua presencia en las obras de construcción, y de forma más genérica en el arquitecto, al afirmar que (STS. 15.07.1992) la responsabilidad de los distintos técnicos, con mayor o menor competencia profesional, coadyuva al resultado.

Existen múltiples ejemplos en la jurisprudencia de exigencia de responsabilidad penal por delitos de siniestros laborales a ambos técnicos. Así, la STS de 26 de septiembre de 2001 considera incluido al arquitecto técnico directamente en el artículo 316 CP como uno de los «legalmente obligados» a adoptar las medidas de seguridad. Y ello con particular fundamento en que «aunque no empresario, sólo mediante su control [de la obra] y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que la omisión [del arquitecto técnico] (...) constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito». De igual manera la SAP de Teruel de 31-enero-00 estima que el arquitecto técnico que da instrucciones al encargado de la obra delegando en él las funciones de vigilancia de la seguridad de los trabajadores, responderá, junto a éste, de que dichas instrucciones no hubieran sido respetadas, por cuanto «el arquitecto técnico (como) director ejecutivo material y director de la obra... no sólo debe impartir instrucciones para la ejecución de las medidas de seguridad... sino que debe controlar que dichas medidas se han ejecutado realmente y si confía en un tercero y hace dejación de sus facultades y obligaciones, tal delegación no le exime de la responsabilidad que pueda seguirse por la omisión de tales medidas legales».

La responsabilidad del arquitecto superior viene dada por la falta de control sobre el aparejador, y por su inactividad ante el incumplimiento de las medidas de seguridad por parte de los específicamente obligados a garantizarlas. Como se refleja en la SAP de Alicante de 21 de abril de 2004, «el arquitecto superior se encuentra dentro de los sujetos “legalmente obligados” a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas, pues si bien su misión específica era la de vigilancia general de la ejecución de la obra, y no de los aspectos de construcción periféricos o secundarios a la ejecución del proyecto, olvida la sentencia de instancia que el arquitecto superior director de las obras era, un integrante, junto con el aparejador de la dirección facultativa, y por ello máximo responsable de la dirección y control de la ejecución de la obra, debiendo controlar por su formación profesional el cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo, supervisando así la actuación del aparejador, consistiendo el reproche penal de su conducta en el incumplimiento del “control genérico” que debe tener sobre el cumplimiento de las obligaciones del aparejador, pues pudo ordenar la paralización de la obra, en el supuesto de que sus órdenes sobre seguridad en el trabajo fueran desatendidas. Sin embargo, como ha quedado acreditado en el mes anterior al accidente no acudió a la obra en ninguna ocasión, ni tampoco hizo constar en el Libro de Órdenes instrucción alguna en materia de seguridad, como se refleja del testimonio de dicho libro obrante en au-

tos, el cual aparece prácticamente en blanco. Finalmente, respecto a lo que debe entenderse por “facilitar los medios necesarios”, en opinión de este Tribunal no debe interpretarse en sentido estricto de poner materialmente a disposición de los trabajadores las medidas de seguridad de carácter personal, sino que también debe comprender el no procurar o adoptar cualquier medida de seguridad e higiene por quienes tienen facultades de organización y dirección. Es decir, no debe quedar reducido este elemento normativo del tipo a la prestación material de dichos medios por parte de los empresarios que han de facilitarlos, sino que también el concepto “medios” abarca los personales, organizativos y los directivos tendentes a evitar el peligro para la vida, integridad o salud de los trabajadores. Dentro de las atribuciones que corresponden al arquitecto superior, es imputable objetivamente a aquél la falta de información sobre los riesgos laborales, la dirección inadecuada al no supervisar el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad que incumben al aparejador, y el no ordenar la paralización de las obras si las medidas de seguridad existentes son insuficientes. Por tanto, el arquitecto superior acusado debe ser considerado autor del delito del artículo 317 del Código Penal pues tenía el dominio del hecho, al recaer dentro del ámbito de sus competencias la fuente de peligro. La delimitación del sujeto activo en las empresas individuales viene establecido por lo dispuesto en el artículo 14.3 LPRL que menciona al empresario como la figura obligada al cumplimiento de las obligaciones específicas establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Ahora bien, dicho precepto tiene mayor complejidad cuando es aplicado en estructuras empresariales dotadas de personalidad jurídica propia, siendo la empresa promotora normalmente quien contrata a la dirección facultativa. De ahí que el artículo 318 del Código Penal disponga para estos casos que cuando los hechos se atribuyesen a personas jurídicas, se hará recaer la responsabilidad penal sobre los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos, y a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello».

La única posibilidad exculpatoria y exonerante de responsabilidad para los integrantes de la dirección técnica de la obra no está vinculada a una eventual delegación de funciones que jamás podrá tener aquel valor, sino a la vigencia u observancia de sus órdenes y previsiones por los trabajadores, de forma que, acreditado el cumplimiento absoluto de las obligaciones que en materia de seguridad e higiene incumben a los arquitectos y aparejadores, impartiendo las instrucciones genéricas y concretas que el caso requiera, pudiera acreditarse la desobediencia a tales instrucciones por parte de sus subordinados, aspecto que pone de manifiesto el Tribunal supremo (STS.25.01.1979) al recordar que el

director técnico ha de quedar liberado de responsabilidad en aquellos casos en que se pruebe o demuestre haber dado las oportunas órdenes al respecto que no fueron ejecutadas o lo fueron tardíamente, ya que entonces su responsabilidad debe ser transferida al encargado de ejecutarlas.

Los supuestos de contratas y subcontratas

Los casos de contratas y subcontratas son habituales en el sector de la construcción, refiriéndose a supuestos donde evidentemente confluyen varios empresarios en un mismo ámbito de actuación, por lo que si en tal ámbito ocurre un siniestro por falta de prevención o de medidas de seguridad, habrá de analizarse la atribución de la responsabilidad penal.

El fenómeno de la externalización productiva es característico de las empresas que operan en el ámbito de la construcción. Tal fenómeno provoca la aparición de una cadena de empresarios en la que cada uno de ellos tiene como principal al que le precede. Como esta descentralización se prodiga por antonomasia en el ámbito de la construcción, fue el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción (BOE 25-10-1997) el que aportó la primera definición legal de tales sujetos. Según su artículo 2, el promotor es la persona física o jurídica por cuenta de la cual se realiza una obra; el 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 la obra con sujeción al proyecto y al contrato; y el subcontratista es 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. El Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por su parte define al empresario principal, que, según su artículo 2 c) es «el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo».

En materia de contratas y subcontratas en la actividad de la construcción, la disposición específica es el ya nombrado Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción. Dicha norma, dictada en desarrollo del artículo 6 de la Ley 31/95, traspone al Derecho español la Directiva 92/57/CE, de 24 de junio, relativa a disposiciones mínimas de

seguridad que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles, y ha sido modificada en parte por el Decreto 2177/2004, de 24 de octubre. En concreto, el artículo 11 del citado R.D. establece las obligaciones de los contratistas y los subcontratistas que se extienden, conforme al apartado 1.c) y al apartado 2 no sólo a los trabajadores que les sean propios sino también a todos aquellos que, teniendo la condición de ser trabajadores autónomos, se encuentren contratados por ellos, a los que tienen obligación de informar y proporcionar las instrucciones adecuadas sobre todas las medidas que hayan de adoptarse en lo «que se refiere a su seguridad y salud en la obra».

En tales casos un siniestro laboral puede obedecer al concurso de acciones u omisiones imprudentes cuya individualización puede resultar extraordinariamente compleja. Y ello teniendo en cuenta que puede suceder que el accidente sea consecuencia de varios riesgos concurrentes que, sin embargo, *ex ante* resultaren inocuos individualmente considerados, o bien se explique por la superposición de cursos causales igualmente eficaces por separado pero imposibles de distinguir en el tiempo, o bien sea debido a una falta de coordinación entre empresas que, individualmente consideradas, cumplen con las normas legales de prevención.

En este último sentido, el artículo 24.1 LPRL obliga a la coordinación de actividades empresariales cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas. La obligación que se impone a todos los empresarios concurrentes es la de «cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales» adoptando los medios de coordinación que sean necesarios. Si, además, es posible identificar a un empresario como titular de ese centro de trabajo —empresario locativo—, el número 2 del precepto impone a éste la obligación de comunicar a los demás empresarios el alcance de los riesgos existentes en dicho lugar para que estos, a su vez, lo transmitan a sus trabajadores. Se trata de obligaciones interempresariales con efecto sobre los trabajadores, pues es el hecho mismo de esa concurrencia en un espacio físico lo que supone una fuente de peligro para estos. Todos los empresarios son aquí «legalmente obligados» en el sentido del artículo 316 del Código Penal.

La obligación de coordinación se ha regulado en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero (BOE 31-1-2004), que, descendiendo a regular profusamente el deber de coordinación entre los empresarios concurrentes, se ha instituido en una norma esencial de entre las varias que hay que colacionar para integrar el tipo penal en blanco del artículo 316 del Código Penal. Para empezar, porque provee la definición legal de centro de trabajo —escenario de la concurrencia— como «cualquier

área, edificada o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo».

Con carácter general el artículo 24.3 LPRL establece 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». Esa obligación se recuerda con idéntica literalidad en el artículo 10.1 del Real Decreto 171/2004. Más allá va el artículo 2.2 del Real Decreto 1627/1997 al establecer que los contratistas y subcontratistas del ámbito de la construcción tienen la consideración de empresarios a los efectos de la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que significa, según su artículo 11, que todos los empleadores de la cadena resultan obligados por igual a adoptar las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

Se produce en el ámbito de las actividades de construcción una superposición de obligaciones preventivas. En otros ámbitos queda subsistente el deber de vigilancia al que obliga el artículo 24.3 LPRL. De nuevo el referido principio de confianza debe otorgar al empresario principal la posibilidad de liberarse de las consecuencias adversas de las acciones u omisiones de los demás cuando por razón de las circunstancias sea dable entender que el daño se ha producido a pesar del ejercicio regular de su deber de vigilancia. La responsabilidad penal *in vigilando* sólo puede nacer de una verdadera dejación del deber y no de la falta de alcance del normal ejercicio de la observación, pues ésta no tiene por qué penetrar en aquellos ámbitos en los que, como consecuencia de la buena fe contractual, es legítimo presumir el cumplimiento cabal de las obligaciones por parte de los contratistas y subcontratistas. De hecho, el artículo 24.3 LPRL exime de responsabilidad al empresario principal cuando la actividad subcontratada se desarrolle fuera de su centro de trabajo —fuera de su control— y sin útiles, maquinaria, materias primas, ni equipos peligrosos proporcionados por él (art. 24.4 LPRL), lo que significa que no es admisible exigirle una vigilia permanente en todos los frentes de la actividad. Reclamar el cumplimiento infalible de ese deber sólo puede dar lugar a la atribución de responsabilidades objetivas en el ámbito penal.

Hay que reconocer, sin embargo, que son muchas las cautelas que a tal efecto ha introducido el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, de manera que el deber de vigilancia del empresario principal sólo se tiene por eficazmente desempeñado —su confianza en el contratista es racional— en la medida en que cumple por lo menos con las exigencias previstas en el artículo 10 de la citada norma: 1) exigir a los 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 con la obligación de formación e información de los trabajadores que vayan a trabajar en su centro; y 2) comprobar que los contratistas y subcontratistas han establecido medios de coordinación entre ellos.

Por último, no debe pasarse por alto que la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, ha introducido una Disposición adicional 14.^a en la LPRL para proclamar la aplicación a las obras de construcción de lo dispuesto en el nuevo artículo 32 bis LPRL, obligando a cada contratista a cumplir con la presencia de los recursos preventivos en la empresa en los supuestos de riesgos especiales allí tasados, pero ello «se entiende sin perjuicio de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra».

El empresario principal, durante el período de la contrata, responde de las obligaciones impuestas por la Ley en relación con los trabajadores que aquellos 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, teniendo establecido la Sentencia de 22 de noviembre de 2002 que no se pierde la referida condición de «empresa principal» por el hecho de que el accidente se produjera en el campo (por ejemplo, instalando tendidos de líneas eléctricas o telefónicas) siempre que se trate de una actividad «propia» de la empresa principal, esto es, inherente a su ciclo productivo.

Los propios trabajadores

Se dedica este apartado a los trabajadores, cuya mención sería más propia en un estudio de la figura del sujeto pasivo del delito, teniendo en cuenta que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece también obligaciones para ellos en el ámbito de la seguridad en el trabajo.

Así, el artículo 29 dispone el catálogo de obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos:

1. Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.

2. Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular:
 - 1.º Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad.
 - 2.º Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.
 - 3.º No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar.
 - 4.º 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 la salud de los trabajadores.
 - 5.º Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.
 - 6.º Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.
3. El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas.

Dentro de la categoría de los trabajadores sería posible hacer una distinción entre los simples trabajadores y los que, sin dejar de tener dicha condición, desempeñan algún puesto que tenga alguna cualificación, pero que la misma sea insuficiente para considerar al sujeto destinatario de los deberes que emanan de la norma de cuidado, como pueden ser los encargados (no en el sentido del artículo 318), capataces, etc. Sin embargo, la conclusión en todos los casos es la misma: su incapacidad

para ser sujeto activo de los tipos previstos en los artículos 316 y 317 sin perjuicio de la posibilidad de responder por los delitos de lesiones u homicidio imprudentes que les sean imputables.

Si las personas incluidas dentro de esta categoría no tienen la condición de sujetos destinatarios de los deberes que derivan de las reglas técnicas, ello quiere decir que, indiciariamente al menos, la concurrencia de su intervención carecerá de relevancia debido a que no pueden ser tenidos por garantes de la seguridad o salud de sus compañeros.

Bibliografía

- DEL RÍO MONTESDEOCA, Luis. *La siniestrabilidad en las actividades de la construcción: Respuestas penales*.
- DÍAZ Y GARCÍA COLLADO, Miguel. *El delito contra la seguridad en el Trabajo: algunas cuestiones dogmáticas*.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memorias de los años 2004 y 2005*.
- GONZÁLEZ SOLER, Olayo Eduardo. *Muerte y lesiones por imprudencia laboral*.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, José Antonio. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*.
- MARTÍN CASALLO LÓPEZ, Juan José. *La actuación del Fiscal en el siniestro laboral*.
- NAVAJAS RAMOS, Luis. *El sujeto activo en el delito de riesgos laborales. Su determinación en los artículos 316, 317 y 318 del Código Penal de 1995*.
- NAVARRO CARDOSO. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*.
- PAVIA CARDELL, Juan. *Responsabilidades penales por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal*.
- SUANZES PÉREZ, Fernando. *Delitos contra los derechos de los trabajadores*.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Delitos contra los derechos de los trabajadores. Artículos 314, 315, 316 y 317 del Código Penal*.

El accidente de trabajo y la culpa de la víctima en la práctica judicial

Ramón Sáez Valcárcel

1. Ineficacia penal contra el accidente de trabajo

España es el segundo país de la Unión Europea —antes de su reciente ampliación—, después de Portugal, con más accidentes de trabajo, en cifras totales y en las relativas a mortalidad. Los índices de trabajadores muertos y heridos de gravedad en la fábrica son impresionantes. Tenemos las mayores cifras de siniestralidad y de precariedad laboral. Ese diagnóstico presenta un balance de la indignidad de la realidad del trabajo, de ciertos trabajos que se realizan en determinadas condiciones, que reclama el planeamiento y la ejecución de políticas activas y eficaces. Y, sin embargo, es clamoroso que la justicia penal es incapaz de poner coto a esa realidad.

Porque la opinión común de los expertos es que, a pesar de contar con un esquema de regulación normativa coherente, con aparatos de funcionarios destinados especialmente a esa misión, de espacio para el desarrollo de la acción de los sindicatos y representantes de los trabajadores, la siniestralidad laboral es refractaria a la actuación de los poderes públicos, responde a las características de los respectivos sectores de actividad laboral. Las cifras de siniestros y el número y sentido de las sentencias judiciales permiten constatar la ineficacia del derecho penal en el control de dicha siniestralidad y en la motivación de los empleadores para que modifiquen sus comportamientos, asuman, de una vez, sus obligaciones para que los trabajadores realicen sus tareas sin riesgo para su vida y su salud.

Las consecuencias penales por incurrir en conductas delictivas contra los derechos de los trabajadores no son leves. Ese arsenal punitivo debería garantizar un funcionamiento regular en el interior de la fábrica que protegiera la vida y la salud de los obreros. Pero, los datos de la siniestralidad evidencian el fracaso de las políticas públicas y confirman las hipótesis que denunciaban la proclividad criminal de los negocios en el mundo actual, en el capitalismo desregulado, su difícil compatibilidad con el respeto a las normas. Zygmunt Bauman, uno de los mejores narradores de la globalización, afirma que resulta imposible identificar en las transaccio-

nes económicas, una vez que se han liberado de las restricciones legales, las operaciones regulares de las que tienen un origen delictivo, porque todas ellas siguen el patrón de los negocios mafiosos y corruptos¹.

Dicho fracaso del control penal, quizá, se deba a la lenidad —señalada por los clásicos— del abordaje institucional de la delincuencia de los poderosos. Lo que explicaría la inaplicación de los tipos de peligro concreto, previstos en los artículos 316 y 317 del código penal, excepto cuando el accidente, con resultado de muerte o lesiones, se ha producido, exigiendo en ese caso un plus de exposición al riesgo, por ausencia de medidas de prevención, de otros trabajadores además del que hubiere resultado víctima del siniestro.

Puede señalarse, también, al fenómeno de la normalización del accidente —al que dedicó Andrés Bilbao una monografía—, como hecho repetido y habitual en el mundo del trabajo, normalización que se habría instalado en la conciencia social y en la de los funcionarios encargados de la represión de esas infracciones. Como hecho repetido se ha convertido en algo habitual e inevitable, acontecimiento común, un rasgo de la relación laboral. En tanto evento que se reitera, una y mil veces, con las mismas características, es la prueba del fracaso de las políticas institucionales. Morir en el trabajo resulta algo normal en la racionalidad económica, no desde luego en la conciencia social².

Conectado con ese proceso de normalización, entre los juristas pesa una tradición que contempla la imprudencia como una infracción menor, expresiva de esa sociedad del riesgo de la que todos hablan y experimentan a partir del hecho de la circulación de vehículos a motor y del desempleo. Ante las conductas negligentes, el derecho sólo podría actuar garantizando una reparación económica del daño. Esa perspectiva podría justificar, también, cierto trato benigno, comprensivo, de las imprudencias de los empresarios y sus delegados en materia de seguridad en el trabajo.

2. La precariedad y la muerte en el trabajo

No puede olvidarse la influencia que en la práctica judicial tienen el desconocimiento de las condiciones en que se labora en muchos sectores de actividad y la posición subordinada del trabajador en la empresa,

¹ *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Paidós, Barcelona, 2005, p. 88.

² El análisis de Bilbao sobre la evolución del fenómeno, bajo el argumento que la normalización ha venido a encubrir el conflicto social subyacente, se encuentra en su imprescindible estudio *El accidente de trabajo: entre lo negativo y lo irreformable*, Siglo XXI, Madrid, 1997.

una clara incomprensión de las razones por las que muchas personas aceptan cotidianamente riesgos elevados en sus trabajos. Esas deficiencias de información, más determinados prejuicios que crea la gran distancia social de jueces y fiscales con la experiencia de la precariedad, permiten construir la figura de la víctima como la de un actor libre, autónomo y responsable, que puede rechazar órdenes, exigir medidas de seguridad o cuestionar las decisiones del empresario o de sus mandos intermedios. Quizá por ello, muchas decisiones se ven condicionadas por una primera aproximación, a veces determinante, en la que prima el análisis de la conducta de la víctima. Algo inusual en el resto de conflictos, en donde se vería como intolerable, una auténtica demostración de incorrección política. Esa focalización en la conducta del perjudicado desencadena un discurso en el que se confrontan culpas (pero, ¿cuál sería la culpa, en sentido penal, de la víctima?) o cursos causales, que provoca una devaluación de los deberes del empresariado y un debilitamiento de la finalidad protectora de bienes jurídicos esenciales en la ejecución del trabajo de esos tipos penales y de las normas sectoriales. El prejuicio fundamental, un tópico entre expertos y observadores, es que la mayoría de los accidentes laborales deben atribuirse a la negligencia o al descuido del trabajador, es decir, al factor humano.

Sin embargo, no se repara en la posición dependiente del obrero, que se ha acentuado en períodos de alta flexibilidad, de desregulación y de precariedad, en los que el trabajo ha perdido una cierta centralidad, circunstancias que obligan a las personas a aceptar malas condiciones laborales. Tampoco, que la víctima carece de facultades para decidir la organización del trabajo, que obedece a pautas y criterios que se le imponen jerárquicamente, mediante la disciplina y los poderes de dirección que el patrón retiene de manera exorbitante en el espacio de la fábrica, a los que está sometido el obrero.

La prevención, técnica, cultura e ideología, ha reubicado la vinculación entre el trabajador y el accidente, difuminando más la responsabilidad del empleador, es por ello que se atiende, de manera principal, al factor humano, al descuido, a la impericia, la dejadez y la infracción de la norma de cuidado de parte de la víctima. El individuo está en el centro del problema, no la relación social de producción. Esa percepción, según Bilbao, permite la culpabilización del trabajador por el daño que ha sufrido en su propio cuerpo, no se olvide. Todas las voces señalan a la deficiente cultura de la prevención en el origen de todo desastre, porque el conflicto social se ha desvanecido.

Por lo demás, cualquier alternativa de tratamiento de la siniestralidad ha de advertir que nuestra sociedad ha vivido en los últimos años una serie de experiencias que han afectado a la mayoría de las familias

y condicionado la visión de las cosas por parte de los trabajadores. Por un lado, el paro masivo, en los dos períodos comprendidos entre 1976 y 1985 y entre 1992 y 1994. A continuación, el paro de larga evolución, que ha instalado a los trabajadores en la inestabilidad permanente, fuente de preocupación primaria —de tal manera que se llega a pensar que el mayor riesgo no es el de accidente, sino el del desempleo³— y las transformaciones en las formas organizativas de las empresas, para propiciar la flexibilidad: la descentralización productiva, la externalización de actividades de producción en empresas subcontratadas, que muchas veces suponen largas cadenas de subcontratación, difíciles de remontar cuando se trata de indagar las responsabilidades por siniestro.

Junto a ello ha de advertirse de las consecuencias que tienen las políticas de desregulación de la mano de obra, el trabajo temporal, el empleo informal, los falsos autónomos y toda una estrategia controlada de inestabilidad, propiciada y extendida por las empresas transnacionales a las que no han podido resistirse los gobiernos de los Estados nación. Además, la presión de la inmigración extracomunitaria de trabajadores que vienen a realizar, a bajo precio, tareas que los nacionales no aceptan. Sin duda, la sustitución por obreros inmigrados empeorará el panorama de la siniestralidad, por la intensa vulnerabilidad de esos trabajadores. Otro factor a considerar para construir el problema es la crisis de representación de los sindicatos, que han dejado de vehicular los intereses de los parados, de los trabajadores jóvenes, de los precarizados, de los autoempleados, de los extranjeros, cuya falta de presencia en las pequeñas empresas subcontratadas, las que concentran los mayores índices de accidentes, es una realidad negativa, que propicia el descontrol.

No en balde, las características que definen el mercado de trabajo español son la baja tasa de ocupación, la alta precariedad laboral y el elevado porcentaje de trabajos con baja remuneración⁴.

La economía crece destruyendo empleo, los negocios se valoran por el rendimiento de sus acciones en los mercados financieros, la im-

³ Es una de las conclusiones de la investigación que realizó el sociólogo Javier CALLEJO en el área metropolitana de Madrid, el corredor del Henares, sobre condiciones de salud y seguridad, ver «Fatalidad del mercado y cultura de la producción», *Sociología del Trabajo*, n.º 26, 1996, en la que daba cuenta de las características de la cultura de la precariedad.

⁴ *La situación social en España*, Vicens NAVARRO (dir.), Fundación F. Largo Caballero, Madrid, 2005, p. 39. El informe Durán no podía ocultar que «parece acreditada una estrecha asociación entre temporalidad y riesgo de accidente de trabajo», p. 64, *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*. Federico DURÁN LÓPEZ (dir.), Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001.

portancia del trabajo decrece, aumenta la libertad de las empresas que emigran, deslocalizan sus centros de trabajo, se desgajan en múltiples y versátiles organizaciones preparadas para el cambio. El capital se mueve a placer, ha ganado su libertad a costa del trabajo y de la capacidad recaudatoria de los Estados nación. Los gobiernos intentan convencer a las empresas que mantengan sus inversiones en el país. Para ello, desde hace años, acometen políticas de flexibilización del mercado de trabajo, de desregulación, y bajan los impuestos que gravan las sociedades. Políticas que inducen mayores dosis de precariedad. Los profesionales de la gerencia empresarial obtienen su prestigio librando y ganando batallas contra los empleados, contra sus plantillas, así se reinventan las organizaciones como señala Richard Sennett⁵.

Las empresas se encuentran sometidas a grandes presiones a causa de la mundialización de los mercados financieros, lo que genera una competitividad permanente y les obliga a ajustarse con rapidez a las fluctuaciones de esos mercados. Para ello, necesitan liberarse de cualquier obstáculo que puedan representar los vínculos locales, de tipo laboral o fiscal. Los directivos han de tener en cuenta que los grandes inversores, a los que se deben, orientados por la búsqueda de beneficios a corto plazo, comparan en tiempo real la rentabilidad de las acciones de las empresas y sancionan los fracasos ocasionales. Después del anuncio de una operación de «cirugía plástica» en una organización empresarial, mediante el despido de miles de trabajadores, los inversores priman la decisión como un acto de gestión audaz⁶.

Como sostenía Andrés Bilbao, el accidente de trabajo es un indicio de la explotación. La desigualdad en el sufrimiento de los trabajadores así lo expresa. Según el tipo de actividad que se realice, el tamaño de la empresa, la edad del obrero y el tipo de contrato la persona estará sometida a un mayor riesgo de morir en el trabajo o de sufrir un daño a la salud.

El accidente es el final visible de una sucesión de acontecimientos que describen un entorno penoso para determinados individuos, dice Bilbao. La salud, la enfermedad y la muerte están asociadas a las condiciones de trabajo. Por ello, se pueden establecer ciertas frecuencias entre el trabajo a turnos, los trastornos del sueño y los accidentes mortales. La desgracia se reparte desigualmente por varias razones. El es-

⁵ Ver su *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Anagrama, Barcelona, 2000, p. 48.

⁶ También aquí puede seguirse el relato de Zygmunt BAUMAN en algunas de sus últimas obras, como *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 84 o *La globalización. Consecuencias humanas*, FCE, Buenos Aires, 1999, p. 75.

tatuto jurídico del trabajo por cuenta ajena condiciona el perfil de la víctima y explica la distribución estadística del riesgo. Riesgo que afecta de manera sustancial a los que no tienen capacidad de negociación de condiciones laborales, a los jóvenes, a los que carecen de experiencia, a los temporales, a los inmigrantes. Aquí el factor jurídico resulta determinante, la temporalidad.

Otro dato tiene carácter económico. La descentralización productiva que, mediante la fragmentación y la subcontratación, genera un desplazamiento de los riesgos desde las empresas más fuertes, con empleo seguro y estable, buenos salarios y fuerte presencia sindical, a las empresas más débiles. Es lo que se denomina la estrategia de la subcontratación. La competitividad se sustenta sobre la reducción de los costes laborales, que se alcanza por medio de la flexibilidad que permite el debilitamiento de las legislaciones protectoras. Así se imputan los costes, los sacrificios necesarios para lograr mayores beneficios, hacia el lado de los trabajadores en forma de precariedad, de bajos salarios y de escasa protección. La diversa posición en el mercado determina que las organizaciones mejor situadas repercutan el precio que requiere el ajuste a un mercado fluctuante e imprevisible, que mide su capacidad según el valor en bolsa de las acciones, sobre las empresas subcontratadas, pequeñas, que en ocasiones sólo aportan mano de obra, con relaciones laborales temporales y salarios inferiores, que siempre dependen de los tiempos de producción y, por lo tanto, deben asumir mayores riesgos de accidente para cumplir sus compromisos y sacar su correspondiente tajada. Estas empresas subordinadas carecen de margen de operatividad, tienen escasa capacidad para decidir su organización del trabajo.

Las situaciones de ilegalidad son, también, condicionantes de la distribución desigual del accidente, porque el mundo del trabajo asalariado y de las empresas tiene una cuota importante de actividad irregular. Así, cuando se labora sin contrato, sin reunir los requerimientos del puesto de trabajo o se encargan tareas peligrosas a aprendices menores.

«La precariedad se inscribe en un modo de dominación de nuevo cuño, que se funda en la institución de un estado generalizado y permanente de inseguridad que busca someter a los trabajadores a la sumisión, a la aceptación de la explotación», concluye Pierre Bourdieu como diagnóstico del sentido de las políticas de precariedad⁷.

⁷ Como decía Pierre BOURDIEU, la precariedad está en todas partes, influye en todo y en todos. Ha desestructurado nuestras existencias creando miedo e inseguridad. «La precariedad est aujourd'hui partout», se titula uno de los capítulos de su libro *Contre-feux*, p. 95, Liber-Raisons d'agir, Paris, 1998.

3. ¿Culpa de la víctima?

Algunas de las resoluciones judiciales penales plantean el conflicto en términos de cursos causales que se encuentran: el comportamiento del autor, el empresario o sus delegados, en orden al cumplimiento de sus obligaciones de procurar medios de seguridad, y la conducta de la víctima, del trabajador que ha sufrido la lesión. Esa construcción del problema expresa la normalización y objetivación del fenómeno que estudió Andrés Bilbao.

En muchas ocasiones las víctimas aceptan trabajar en condiciones de alto riesgo, sin exigir ni adoptar medidas de precaución. Ante ello, algunas sentencias examinan lo que denominan la culpa de la víctima o su influencia en la producción del resultado lesivo, para llegar a conclusiones absolutorias o degradar la imprudencia del empleador.

Paradigma de esas decisiones fue la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 2.^a, de 2.9.2003 (ARP 2003/619), que provocó un debate público y el rechazo de la solución absolutoria por parte de políticos, responsables ministeriales, sindicalistas y juristas. La sentencia venía a revocar la condena dictada por un Juzgado de lo Penal por delito de lesiones imprudentes. El perjudicado era un trabajador que recibió el orden de rejuntar las baldosas de un lavadero. Subió a un caballete para alcanzar la altura necesaria. Llevaba en la mano un recipiente de cemento y una paleta. Cuando bajó del caballete perdió el equilibrio y cayó, desde una altura de 3,5 m., por una abertura de la fachada que carecía de medida de seguridad. Quedó tetrapléjico. El empresario era consciente de la inexistencia de medidas de seguridad en el hueco de la fachada.

Estimaba la resolución que era necesario «valorar las conductas imprudentes protagonizadas por uno y otro», empresario y trabajador. Y reprochaba a éste su posición procesal: «Lo que no puede aceptarse es la postura de don Enrique de pretender negar su comportamiento imprudente con base en que los acusados no le habían proporcionado medio alguno de seguridad, y ello por cuanto el hecho de subirse para realizar su trabajo a un caballete, situado en un momento dado próximo a un hueco en la fachada sin protección alguna es, lo quiera o no el perjudicado, una conducta clamorosamente imprudente». Así habría aceptado «voluntariamente el riesgo de precipitarse en el vacío». Desde el punto de vista de la «causalidad material ambas conductas concurren en idéntica medida».

Para resolver ese problema de causalidad, la resolución acudía a los criterios de causa preponderante y de previsibilidad. Consideraba que era más grave la culpa del trabajador, que había sido «causalmente determinante» del resultado. Porque la ausencia de medidas de seguridad

dad no hacía para el empresario «inevitablemente previsible el evento lesivo», pues «cabía pensar que el trabajador, en el supuesto que no declinara realizar el trabajo encomendado, adoptaría las medidas precautorias adecuadas en evitación de un resultado lesivo para él mismo, incluidas las de ayudarse de otros u otro trabajador de tal manera que garantizase la sujeción de aquél o, en caso de caída, que el mismo no se precipitara al vacío». Sin embargo, para la víctima era inevitable la previsión del accidente ante cualquier pérdida del equilibrio. La infracción del deber de cuidado de la víctima fue de mayor entidad porque «fue él quien determinó en exclusiva (la) forma y circunstancias de su realización, determinando en última instancia el accidente producido».

La decisión asumía como ciertos algunos datos contrarios, sin embargo, a las reglas de experiencia: a) que el trabajador decidía cómo se ejecutaba la tarea que le habían ordenado, b) que asumía el riesgo de accidente, c) que pudo desobedecer la instrucción y d) que pudo adoptar por su cuenta las medidas precautorias (tapar el agujero) o hacerse ayudar por un compañero. Todo ello demuestra una reconstrucción de las relaciones laborales que bien poco se corresponde con la realidad del trabajo dependiente.

La argumentación expresa la incertidumbre que genera la aplicación de la técnica del concurso de culpas porque no hay pautas claras, tampoco se hacen explícitas, para medir la gravedad de las concausas y efectuar el juicio de comparación.

La solución que se adopta, aquí y en otras muchas sentencias, recuerda los estándares de decisión aplicables a casos de accidente ocurridos en el tráfico rodado de vehículos a motor en el que intervienen, en un plano de igualdad, personas que crean un riesgo en la conducción y ocupación de las vías públicas, a los que el ordenamiento jurídico impone obligaciones similares de cuidado. Cuando se trata de ámbitos de riesgo diferentes. En la actividad empresarial existen mandatos legales concretos dirigidos al empleador para que garantice la vida y la salud de los trabajadores, incluso previendo los errores o imprudencias de sus dependientes. Por ello, el artículo 15, apartados 3.º y 4.º, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales requiere al empresario para que adopte las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hubieran recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico y le exige que prevea las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador.

La paradoja aparente que se desprende de muchos accidentes, como señaló Andrés Bilbao, sería la existencia de un grado variable de cumplimiento de la disciplina laboral por parte del trabajador. Habría un diferente alcance de la dependencia del obrero, según el objeto al que

remitiese. Si se tratara de la ejecución material de las tareas, del trazado de la obra, del diseño del producto, habrá de seguir fielmente las indicaciones de los planos o instrucciones, cualquier alteración consciente sería considerada una infracción, pero podría interpretar de manera flexible las indicaciones que afecten a su vida y salud, a la seguridad personal, permitiéndosele no acodar una zanja o laborar sin cinturón. En caso de accidente, que pagará el subordinado con su integridad física, como si fuera una deuda de sangre, se nos explicará que incumplió las normas o las instrucciones que había recibido.

La lectura de algunas decisiones de los tribunales penales que atribuyen la causa del accidente al trabajador, a quien ha sido la víctima, evoca, de alguna manera, el tratamiento que desde ciertas sedes se daba a la violencia sexual contra las mujeres. Por ejemplo, cuando se indagaba, en primer lugar, acerca de la actitud de la mujer frente al agresor y el hecho violento: si había provocado el ataque, si había asumido el riesgo (literalmente, si estaba en «disposición de ser usada sexualmente»), si había rechazado con firmeza la aproximación del acusado, si se había resistido. Ahora, cuando un albañil realiza una tarea peligrosa, por encargo de un empresario de la construcción y a cambio de un jornal, en altura, sin medios de protección individuales o colectivos que neutralicen la posibilidad de caída, algunos todavía se interrogan si se ha «autopuesto» en peligro.

4. Autopuesta en peligro del trabajador y responsabilidad del empresario

El problema de la intervención de la víctima en el ámbito del delito imprudente fue abordado por la jurisprudencia, como hemos visto, mediante la doctrina de la concurrencia o concurso de culpas o de conductas. Aunque se declaraba que en el ámbito penal la compensación de culpas no era aplicable, en la práctica se venía a valorar el comportamiento del ofendido para negarle la protección penal. Con ese fin, se proponía un juicio de ponderación en el plano causal para decidir si alguna de las conductas implicadas había tenido «eficacia preponderante, análoga o de inferioridad» considerando «principales o prevalentes en el campo penal las reputadas como originarias o propulsoras inicialmente de los sucesos, teniendo carácter secundario las que meramente sean favorecedoras de los mismos...» (STS 25.2.1991, RJ 1991/1412). De acuerdo a esos parámetros, de difícil concreción, la mayor virtualidad de la conducta de la víctima, «la posible interferencia de culpa de la víctima al resultado común», permitiría la degradación de la imprudencia del autor, incluso su eliminación total.

Como la comparación carecía de criterios claros, en algunos casos incluso se acudía a la previsibilidad del resultado, que corresponde a la parte subjetiva del tipo, se denunció que esa técnica propiciaba el voluntarismo judicial o la puesta en práctica de soluciones de equidad o de puro arbitrio. Podía detectarse, sin embargo, alguna especie de llamada de atención que venía a matizar esa solución: «en el marco de las relaciones laborales la responsabilidad por la falta de cuidado frente a riesgos extraordinarios no queda excluida por el simple traspaso tácito de la misma a los trabajadores. Si fuera así es indudable que ello importaría una práctica liberación de todo deber de cuidado para el empleador, que, como es lógico, siempre se podría amparar en la tácita renuncia del trabajador para justificar su incumplimiento» (STS 24.11.1989, RJ 1989/8724).

Se ha acudido, también, al principio de autorresponsabilidad para justificar una hipotética autopuesta en peligro por parte del trabajador. Esa doctrina se sustenta, según Cancio Meliá —que la ha sistematizado entre nosotros⁸, al que seguimos—, en la autonomía de la libertad de la persona, en el reconocimiento de un ámbito propio de autoorganización y su correspondiente responsabilidad. El titular del bien jurídico tiene una posición preferente, de tal manera que la autolesión o autopuesta en peligro no es reprimida, en principio, por el derecho penal. Por ello, en los supuestos de interacción entre el autor y la víctima, éste deba asumir, de forma prioritaria, aunque no exclusiva, el daño para su vida o salud que fuere consecuencia de su libertad de actuar de manera arriesgada. La intervención de la víctima afectaría al ámbito de la tipicidad del comportamiento del autor, a la delimitación de lo que le está prohibido.

Son pautas que permiten resolver conflictos en los que esté cuestionada la libertad de las personas frente a injerencias externas. Requiere, en consecuencia, que los sujetos se encuentren en posiciones de igualdad, un autor y una víctima que interactúen en planos similares, es decir, reclama una víctima autónoma, no dependiente ni tutelada en su capacidad de configuración vital. Si el ordenamiento jurídico estableciese cautelas que hubiera de observar el autor, con la finalidad de proteger los bienes de la víctima, desaparecería la premisa sobre la que opera el principio de autorresponsabilidad, ya que no se reconocería a la víctima una libertad de configuración de su libertad, una autonomía de organización, condiciones que le harían responsable preferente.

La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima exige, según la propuesta de Cancio Meliá, que la actividad hubiere sido organi-

⁸ CANCIO MELIÁ, M., en *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1998.

zada conjuntamente por autor y víctima y que el autor no tuviera deberes específicos de tutela de los bienes del otro.

Como sabemos, en las relaciones laborales las partes no operan en un plano de igualdad. El empleador dirige la prestación del trabajador, tiene poderes para ello, incluso disciplinarios. Luego, no puede hablarse de organización conjunta: se trata de una relación jerárquica, el trabajador está subordinado, no decide los modos ni las formas de cumplimiento de sus deberes, cede su fuerza de trabajo y compromete su obediencia al poder privado del patrón. Es el autor, el empresario o sus delegados, quien organiza la actividad en la que se genera el riesgo para los bienes de la víctima.

Además, el empresario tiene obligaciones precisas e intensas de proteger la salud y la vida de sus trabajadores, luego adquiere una posición de garante en virtud de sus facultades de dirección y organización. La víctima es una persona dependiente del autor, el empresario o su delegado, quien ha de cumplir con las obligaciones de control de las fuentes de riesgo que le impone la ley, incluidas las que tienen su origen en conductas imprudentes de sus trabajadores.

Las normas que regulan la relación laboral y tratan de garantizar la seguridad en el trabajo limitan la aplicabilidad de la doctrina de la imputación al lado de la víctima, denominada autorresponsabilidad, y modifican los términos del riesgo permitido y el funcionamiento del principio de confianza⁹.

La jurisprudencia ha evolucionado desde la concurrencia de culpas a la imputación objetiva del resultado, declarando la inadecuación y escasa aplicación de técnicas como las de la autopuesta en peligro.

En ese sentido se pronuncia la STS 1611/2000, de 19.10, en un caso de homicidio imprudente ocurrido durante la ejecución de un trabajo peligroso, la construcción de un depósito de agua que se ubicaba bajo una línea de conducción eléctrica aérea de alta tensión. El trabajador contaba dieciocho años, el empleador no había suscrito contrato ni le había dado de alta en la Seguridad Social. No existían medidas de seguridad ni se le facilitaron instrucciones frente a ese riesgo notorio. Una descarga eléctrica provocó la muerte del joven, cuando rozó el cableado una varilla que utilizaba para medir el depósito. Según la sentencia, no hubo autopuesta en peligro y se podía imputar objetivamente el resulta-

⁹ CANCIO MELIÁ, citado, p. 314, sostiene que «una conducta de la víctima que en otras circunstancias hubiera conducido a la imputación de la actividad arriesgada a su ámbito de responsabilidad puede generar un comportamiento típico del sujeto obligado». ARROYO ZAPATERO afirma que se produce una inversión radical del principio de confianza, *Manual de Derecho Penal del Trabajo*, Madrid, 1988, p. 90.

do a la conducta del empresario, que fue el que ordenó realizar un determinado trabajo en un sitio por el que discurría el tendido de alta tensión, luego, estaba obligado a suministrar los medios para que la tarea fuera realizada sin riesgo. Creó un peligro jurídicamente desaprobado al ordenar los trabajos en una zona de evidente riesgo, sin proporcionar medios adecuados ni instrucciones precisas para evitarlo. El motivo de impugnación se fundaba en la ruptura del nexo causal por culpa del trabajador o por haber contribuido de manera decisiva a su muerte. La cuestión planteada afectaba al tipo objetivo y, según la sentencia, debía resolverse con la técnica de la imputación objetiva, que permite

«explicar la relación que debe mediar entre acción y resultado y vino a reemplazar una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.º Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2.º Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal...se presenta con evidencia que el resultado producido —muerte del trabajador a sus órdenes— es la realización del peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la conducta del acusado.

No es la víctima la que se introduce voluntariamente, asumiendo el riesgo existente, en el peligro ya creado previamente por el acusado al ordenarles trabajar en las proximidades de unos cables de alta tensión. Es el acusado y nadie más quien crea un peligro sobre la víctima que debería haber previsto, si hubiera adoptado las medidas de precaución y cautela exigibles y que le hubieran permitido tomar las medidas de seguridad imprescindibles para evitar el resultado, máxime cuanto se trata de un profesional de la construcción, con larga experiencia en obras como la que se estaba realizando, sin que sea de recibo pretender achacar a la propia víctima, un joven de dieciocho años y sin experiencia en trabajo alguno, el que no hubiera adoptado unas medidas de precaución que no le habían sido informados cuando tampoco estaba impuesto del riesgo que corría al realizar el trabajo encomendado. Ni la víctima ha contribuido con una negligencia decisiva a la producción del resultado ni le puede ser aplicable el principio de la autopuesta en peligro ni de la propia responsabilidad».

En otro caso de muerte de un trabajador, que se precipitó al vacío cuando ejecutaba un trabajo en altura, con ausencia absoluta de medidas de seguridad —no había pasarela en la superficie del porche ni se le había provisto de cinturón—, la Audiencia Provincial había degradado la culpa del empresario arguyendo que la víctima era un profesional cualificado con experiencia que no había solicitado al empleador los medios de seguridad adecuados, el Tribunal Supremo consideró que la solución de la sentencia era «totalmente inadecuada» y condenó por delito de homicidio imprudente. «La pretendida concurrencia de culpas, cuando existe, tiene su incidencia en el orden civil de la responsabilidad, pero rara vez en el orden penal, ya que cada uno de los culpables concurrentes han de ser juzgados por separado según su participación en el hecho y su nivel de responsabilidad. En todo caso y ciñéndonos a lo aquí enjuiciado no se aprecia de modo alguno la existencia de culpa de la víctima, ni, por consecuencia, la disminución de responsabilidad del acusado, ya que no se puede hacer depender, ni en todo ni en parte, su evidente falta de cuidado de la posible solicitud que podría haber hecho el obrero para evitar el accidente, pues el cuidado debido le venía impuesto *ope legis* a él sólo por las propias normas de protección laboral. Tampoco constituye argumento válido el que la víctima pudo negarse a realizar su trabajo en tan precarias condiciones, cuando, según narra la sentencia, el encargado o patrón se hallaba presente y fue quien le ordenó la realización de los trabajos, lo que significa que le es muy difícil exigir al subordinado la desobediencia de esas órdenes» (STS 1853/2001, 17.10).

Un buen resumen de esa manera de operar que supera la técnica del concurso de culpas se encuentra en algunas sentencias de la Audiencias. Resaltaremos la fundamentación que contenía la SAP Madrid, sec. 15.^a, 26.4.2004 (JUR 2004/270485):

«desde la perspectiva de la conducta de la víctima, conviene precisar que si bien resulta incuestionable que ésta intervino causalmente en el resultado (plano causal-naturalístico), ello no quiere decir que pueda imputársele objetivamente el mismo a su conducta (plano axiológico-jurídico de la imputación objetiva). Y ello porque en esta clase de imprudencias laborales el deber objetivo de cuidado del empresario o de su delegado en la empresa comprende también la previsión y la neutralización de los riesgos derivados de las negligencias en que pudieran incurrir los trabajadores debido a la propia propensión al riesgo del trabajo que prestan. Pues, como es sabido, la familiarización con el riesgo y la habituación a los ámbitos de peligro deriva en un desprecio por las situaciones arriesgadas. Desprecio que ha de ser previsto y vigilado por el empresario y sus delegados, que han de acentuar la vigilancia y la dirección presencial para evitar las situaciones de esa

índole, imponiendo para ello de forma estricta el cumplimiento de las medidas de seguridad y facilitando los medios para su aplicación. Desde tal perspectiva, se ha considerado por la doctrina que en las actividades laborales vinculadas con factores importantes de riesgo se invierte en cierto modo el principio de confianza aplicable en otros ámbitos sociales (tráfico rodado), sustituyéndose más bien por el principio de desconfianza. De forma que, siendo evidente que la rutina, el automatismo y la monotonía en el trabajo acaban imponiendo la desconsideración del riesgo por parte del trabajador, ha de incrementarse el deber objetivo de cuidado del empresario, los delegados y encargados para prever y neutralizar esas situaciones. Con lo cual, éstos, en lugar de confiar en un comportamiento cuidadoso y diligente del operario, deben más bien “desconfiar” de tal posibilidad y acen-tuar las medidas de seguridad y de vigilancia, con el fin de controlar los riesgos derivados de los descuidos de los trabajadores, a quienes deben imponer de forma concluyente e inapelable el cumplimiento de la normativa de seguridad en la labor diaria».

Ha de enfatizarse que una de las obligaciones básicas del empresario es atender y anticiparse a las posibles negligencias del trabajador, a sus omisiones ordinarias, a los errores en que pueda incurrir por su habituación al riesgo y por la repetición de tareas, según el principio de protección efectiva (art. 15.4 LPRL). Como dice la STS 1329/2001, de 5 de septiembre, «es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo. La propia dedicación a la tarea encomendada, como en este caso la realización del apuntalamiento de la futura techumbre, concentra la mente del obrero en esa tarea y si tiene un descuido ha de estar protegido para evitar, pese a ello, el percance».

La superación de aquella línea de análisis y tratamiento de los accidentes laborales por los tribunales, la que se pregunta por la culpa de la víctima, es condición necesaria para una mayor eficacia de la intervención penal en defensa de derechos básicos de los trabajadores. Porque es el empresario el sujeto obligado, deudor de seguridad y el consentimiento del trabajador para asumir el riesgo de la tarea que se le encomienda carece de relevancia penal.

La tutela civil de los daños derivados de los accidentes de trabajo

José Manuel Fínez Ratón

Magistrado. Profesor Titular de Derecho Civil, en excedencia

Nota preliminar: *Las líneas que siguen no pretenden abordar con afán exhaustivo el estudio de la tutela desde el punto de vista civil de los daños procedentes de un accidente laboral. La pretensión es notoriamente más modesta. Me limito a destacar los problemas que a mi juicio son de mayor interés y actualidad, con exposición del estado de la cuestión y aportando sugerencias sobre las vías de solución o su correcto entendimiento y solución. Por tanto, las reflexiones que a continuación se exponen no son sino materiales para un debate abierto.*

1. La tutela civil del trabajador por un accidente de trabajo, es decir, la eventual responsabilidad civil que pueda derivarse para un tercero de tal evento dañoso, a mi entender, no puede enjuiciarse correctamente si se pierden de vista los artículos 41 y 43 de la Constitución (en adelante C.). Creo, sinceramente, que parte de la confusión o contradicciones percibidas en la doctrina y jurisprudencia al respecto surgen de una identidad de conceptos que no es aceptable, precisamente por perder de vista dicha premisa normativa, que sirve en nuestro ordenamiento de criterio orientador en la interpretación. Se mezclan, desde tal perspectiva, prestaciones públicas, indemnizaciones y recargos, con flagrante olvido de que dichos conceptos pertenecen a sistemas y ámbitos distintos de actuación, con finalidades diferentes.

1.1. Las prestaciones públicas obedecen a un sistema de cobertura de contingencias del ciudadano, con tendencia a su universalización. Están en la misma raíz del Estado Social de Derecho y no se traducen sino en un sistema básico de garantías acordes a la dignidad de la persona, asegurándole unos recursos básicos, nacidos de su situación de necesidad, con independencia de cuál fuere la causa, que posibiliten su libre definición y desarrollo. No puede desconectarse del derecho a la libertad, a salvo de convertir éste en mera declaración formal en no pocas ocasiones. Por tanto, no podrá perderse de vista que tales prestaciones surgen como respuesta al deber que incumbe a los poderes públicos de

mantener un *régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad* (art. 41C.), así como de *organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios* (art. 43 C.). La fuente generadora de tales prestaciones públicas, sea un accidente de trabajo o cualquier otra eventualidad, resulta indiferente a su devengo.

Desde tal punto de partida es lógico concluir, en primer lugar, que la prestación devengada por accidente de trabajo se inscribe dentro del sistema de cobertura de garantías básicas para la vida que corresponde promover y asegurar al Estado. Carece de cualquier origen y finalidad indemnizatoria. No mira a la reparación de ningún daño, salvo el propiamente objetivo de la situación de necesidad creada para el ciudadano (no perjudicado), con independencia de su origen causal y toda búsqueda de imputabilidad. Si se quiere, adaptando esquemas puramente civiles, se inscribe en el marco de un seguro colectivo cuyo asegurador es el Estado. Por tanto, es uno de los medios de redistribución de la renta, como vocación propia de un Estado Social de Derecho. Ciertamente que las cuantías de las prestaciones públicas devengadas por los accidentes de trabajo se fijan en atención a la contribución del trabajador, pero su estimación no responde a una proporcionalidad exclusivamente economicista o de mercado (libre).

En segundo lugar, repárese que el nacimiento de las prestaciones por accidente resulta por completo ajeno al comportamiento del empleador. Su devengo está desconectado de toda búsqueda de imputación subjetiva. O dicho de otra forma: no nacen porque éste sea responsable, objetiva o subjetivamente. En consecuencia, si, además, el accidente es fuente de responsabilidad para el empleador o un tercero, las consecuencias deberán ir paralelas y no mezcladas o confundidas con las prestaciones. Luego conceptualmente no hay razón alguna para identificar o trasplantar los efectos de unas y otras.

1.2. Cosa bien distinta es que el accidente de trabajo sea fuente de responsabilidad para el empresario o un tercero. *Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluso del empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente* (127.3.1 de la Ley General de la Seguridad Social—en adelante, LGSS—). El propio precepto se encarga de subrayar que

las prestaciones públicas se devengan sin perjuicio de la responsabilidad nacida. Tal norma nos introduce en un sistema por completo dispar, el específico de la atribución de responsabilidad. Se responde por el daño causado y siempre que éste pueda imputarse objetivamente o subjetivamente a un tercero (sujeto agente). La atribución de responsabilidad determina el nacimiento de la obligación de indemnizar, con independencia de que su fuente sea contractual o extracontractual (arts. 1101 y 1902 del Código Civil —CC—). La pregunta será quién debe responder del daño causado.

Por ahora, conviene también destacar lo establecido en el párrafo segundo de dicho apartado: derecho de repetición o reembolso que asiste a la entidad que presta la cobertura por el accidente de trabajo por el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Derecho que ha de entenderse que tiene su origen en el pago efectuado por el tercero deudor (art. 1158 CC), a quien es atribuible el daño causado por el accidente. Es decir, se despliega dentro del estricto marco de un sistema de responsabilidad. Y, véase, finalmente, el paralelismo existente entre tal norma y el artículo 82 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS): *En los seguros de personas el asegurador, aun después de pagada la indemnización, no puede subrogarse en los derechos que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior lo relativo a los gastos de asistencia sanitaria.* Se aproxima la prestación al seguro de personas, con las singulares características antes advertidas. Si bien ninguna duda doctrinal existe de que el particular que ha asegurado dicho riesgo no encuentra mediatizado su derecho de resarcimiento frente al tercero causante del daño. Precisamente la repetición por el coste de los servicios sanitarios faculta normativamente para dicho paralelismo y las consecuencias en relación al *quantum* estrictamente indemnizatorio debido por el tercero. El daño derivado del accidente puede ser personal y/o patrimonial. Las prestaciones públicas pueden influir en el alcance del daño patrimonial que pueda atribuirse al tercero responsable, ya que incidirán necesariamente en la menor repercusión de éste por cuanto conllevan ingresos que moderan, limitan o excluyen perjuicio respecto a su situación económica preexistente. Ninguna consecuencia pueden tener en relación al daño personal (con exclusión de los costes sanitarios, como consecuencia patrimonial propia del daño corporal) del que deba responder el tercero. Precisamente porque siguiendo los estrictos esquemas del seguro privado, porque la vida o la integridad física como interés del asegurado no son evaluables económicamente ni están limitados a tal efecto.

1.3. Queda por completo al margen de cualquier sistema de responsabilidad por daño el recargo de la prestación pública impuesto al

empresario cuando el accidente tenga su origen en la infracción de medidas de seguridad o higiene o cualquiera otra circunstancia prevista en el artículo 123.1 LGSS. De ningún modo puede afectar tal recargo a la indemnización del daño personal debida por el empresario frente al trabajador perjudicado como consecuencia del nacimiento a cargo de aquél de la obligación de responder. Tal recargo tiene una naturaleza estrictamente punitiva o sancionadora. Se impone al margen del daño causado, su cuantificación se hace depender de la gravedad de la infracción y la cuantía de la prestación, y no es asegurable. Sí puede resultar relevante el devengo del recargo para denunciar la responsabilidad contractual contraída por el empleador, precisamente por incumplimiento de una obligación nacida del contrato. Pero tampoco a tal efecto es definitiva, a la luz del régimen de solidaridad establecido por el artículo 42.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social (LISOS) entre la empresa principal, la contratista y/o la subcontratista por los daños derivados como consecuencia de accidentes ocasionados con infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales.

2. La responsabilidad civil nacida a cargo del empleador frente al trabajador por accidente laboral será normalmente de carácter contractual. En tal sentido es invocable en la relación laboral el artículo 1258 CC, norma que regula las fuentes contractuales. Por lo que la remisión de tal precepto a la ley, como origen del contenido obligacional del empresario por el contrato de trabajo pactado, conlleva la íntegra aplicación de lo sancionado, entre otros por los artículos 19 del Estatuto de los Trabajadores y 14 y 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). El derecho a la protección eficaz en seguridad e higiene para el trabajador determina un correlativo deber para el empresario de formación *ad hoc* y adopción de medida adecuadas para que se cumpla dicha finalidad en los términos previstos en el artículo 14.2 LPRL. Tal deber de diligencia no es ajeno a los criterios de valoración de la culpa del artículo 1104 CC. Y si bien el sistema de imputación de responsabilidad es de origen subjetivo o culpabilístico, no puede obviarse el alto grado de diligencia que es exigible del empresario a la luz del segundo párrafo del precepto: *El empresario desarrollará una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.*

Además, tal contenido prestacional de la obligación de seguridad e higiene debida por el empleador, se amplía con el deber de control y supervisión que se le impone respecto a sus contratistas y/o subcontra-

tistas en el cumplimiento por éstas de dicha normativa en relación a sus trabajadores (art. 24.3 LPRL). El nacimiento de tal obligación de control se condiciona a que los trabajos contratados/subcontratados sean de la propia actividad del empresario principal /contratista y se ejecuten en el centro de trabajo de ésta. Por fin, baste ver la prolongación de tal deber como usuaria de los trabajadores procedentes de empresas de trabajo temporal (art. 41.3 LISOS).

Con tal exposición se pretende poner en evidencia que, habida cuenta del amplio contenido y grado de diligencia que incumbe al empresario en su obligación de seguridad e higiene, ha de considerarse anormal o excepcional la imputación a aquél de responsabilidad extracontractual por accidente de trabajo. Puesto que, de lo común, el origen de su responsabilidad encontrará su sede en el incumplimiento de alguna de las medidas de prevención y eficaz protección a las que viene obligado para el desarrollo de la actividad por los trabajadores.

Creo que puede concluirse que la responsabilidad extracontractual es de carácter residual. Tendrá tal naturaleza, entre otros casos, cuando el daño proceda sin infracción de aquella normativa laboral y el empleador haya de responder por hecho ajeno, es decir, en virtud del artículo 1903 CC. Y en tal hipótesis, a la vista de la acción de repetición que el artículo 1904 CC concede al empresario frente al trabajador (en el caso de centros docentes sólo cuando exista dolo o culpa grave), debe estimarse en línea de principios que la responsabilidad de aquél es de carácter objetivo y no culpabilística. Ha de excluirse que pueda mediar culpa del empresario cuando éste puede repetir por todo lo satisfecho. En definitiva al empresario se le hace responder frente al perjudicado ya que es quien obtiene la utilidad y aprovechamiento del trabajo, con independencia de las relaciones entre aquél y el concreto trabajador.

También puede pensarse en el origen extracontractual de la responsabilidad en la nacida para el empleador de los supuestos previstos por el artículo 42.3 LISOS. Su condición de coobligado solidario, junto a la contratista y/o subcontratista o la empresa de trabajo temporal, por el daño causado en accidente de trabajo a un trabajador de una de estas últimas, por mor de la Ley y al margen de todo vínculo contractual, es la única carta de naturaleza de tales supuestos.

3. No es pacífica la cuestión relativa a la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones resarcitorias formuladas con base en la responsabilidad contraída por el empresario por accidente de trabajo. Creo que la respuesta a dicha pregunta viene necesariamente anudada al origen contractual o extracontractual de dicha responsabilidad. De suerte que, si como ya hemos considerado, la primera es la categoría

principal y la segunda es de orden residual, entendemos que con carácter general será competente la jurisdicción social y sólo por excepción puede venir atribuido su conocimiento a los órganos jurisdiccionales civiles.

No nos parece que pueda sacarse otra conclusión a la luz de los artículos 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). Precisamente la atribución por este último al orden social de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresario y trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, da razón a tal conclusión. No cabe olvidar el contenido obligacional que integra la relación laboral en materia de seguridad e higiene conforme a la legislación vigente. Por lo que, como antes se advertía, la hipótesis normal será que el accidente encuentre su causa en la infracción de este deber y en consecuencia, su origen resida en un incumplimiento del contrato de trabajo imputable al empresario.

3.1. En la actualidad no parece que tenga un sólido sustento la doctrina tradicional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo considerando con carácter general dicho orden jurisdiccional competente para conocer de tales pretensiones indemnizatorias. A grandes rasgos son tres los argumentos que fundan tal posición jurisprudencial: la *vis* atractiva de la jurisdicción civil, la condición de derechos privados de la salud e integridad como bienes lesionados y la propia dicción del artículo 127.3 LGSS.

Claro exponente de tal posición es la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo Primera de 18 de diciembre de 1998: «La competencia del orden jurisdiccional civil para resolver cuestiones como las que conforman el objeto de este proceso —accidente laboral con lesiones corporales— se recoge igualmente en la jurisprudencia posterior a la que contiene el recurso y así se dice en la S. 19 diciembre 1996 que, con cita de las de 4 julio 1993, 21 noviembre 1995, 6 febrero y 15 junio 1996, establece que no lo impide el hecho de que entre los litigantes medie relación laboral, pues se da compatibilidad de las indemnizaciones que puedan corresponder por accidentes de trabajo y las que puedan dimanar de actos encuadrables en culpa extracontractual, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales Civiles y que procede la dualidad de pretensiones por no ser irreconciliables ... es muy notoria y reiterada la consolidada doctrina jurisprudencial que, con apoyo de las disposiciones en vigor, sostiene respecto de la responsabilidad y sus respectivos títulos legales la compatibilidad de las indemnizaciones laboral y civil ... al admitir expresamente que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil ...». Si bien pareció abrirse un cambio de dirección sustancial en dicha Sala con

la sentencia de 26 de mayo de 2000: «... de acuerdo con la moderna doctrina jurisprudencial de esta Sala esa incompatibilidad existe cuando el accidente cuya indemnización se pretende, el elemento culposo radica en el incumplimiento por parte de la empresa del contrato laboral perfeccionado con el trabajador, o por incumplir aquella las normas de seguridad e higiene en el trabajo, en cuyo supuesto la jurisdicción competente para reclamar esas responsabilidades es la jurisdicción laboral o social y hay que entender que las indemnizaciones se derivan de una culpa contractual (sentencia de 11 de febrero de dos mil y las que en ella se citan) y no la que se pretende en este procedimiento la extracontractual o aquiliana». Y aunque hubo alguna otra de la sala de lo Civil que se hizo eco de este planteamiento, pronto se corrigió por dicha Sala el rumbo tomado, retornando al más estricto criterio tradicional, siendo ilustrativa al efecto la de 4 de noviembre de 2004.

No cabe duda que el carácter atractivo de la jurisdicción civil, en atención a su función residual, no es razón suficiente para advocar a su imperio las cuestiones legalmente atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales. Ese argumento no deja de ser excepcional y sólo válido ante la carencia de atribución; no puede llevar a desconocer el propio contenido del artículo 2.a) LPL. La calificación como derechos privados o públicos deriva de los sujetos titulares, pero no dirime el problema de la jurisdicción competente. Salvo caer en el absurdo de vaciar de contenido parte del ámbito de conocimiento de la jurisdicción social bajo la condición de calificar los derechos surgidos del contrato de trabajo como privados. Por fin, el contenido del artículo 127.3 LGSS dice bien poco al respecto. El término *civil* empleado en el precepto es relativo a la calificación de la responsabilidad como categoría dogmática, pero nada resuelve sobre la cuestión aquí planteada. Cierto es que el último párrafo faculta al INSALUD, la mutua o el empresario para personarse directamente en el *procedimiento civil* seguido al respecto y ejercitar la repetición por el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Pero, evidentemente, no puede perderse de vista que el mismo precepto parte de una inconcreción del responsable, que puede ser el propio empresario o un tercero, y por tanto nada sanciona sobre la exclusividad del procedimiento judicial a seguir.

3.2. Creo más convincente y fundada la doctrina emanada de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo sometiendo con carácter general a la jurisdicción social las pretensiones indemnizatorias ejercitadas por el trabajador frente al empleador por accidentes de trabajo. Base de tal posición es la consideración del contenido de la relación laboral integrada por las normas de seguridad e higiene. Así, en el auto de la sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2000, después

de repasar la doctrina asentada en resoluciones precedentes (autos de 23 de diciembre de 1993, 4 de abril de 1994 y 10 de junio de 1996), se incide para fundar la competencia del orden jurisdiccional social en la infracción del contenido obligacional propio debido por el empresario: «Y es que parece indiscutible que en tema de responsabilidad, cuando se ejercita una pretensión como la de autos, por las lesiones sufridas por el trabajador a causa de la caída de un tablón desde el andamio de la obra en que trabajaba por cuenta de la demandada, con evidente infracción del empresario de las adecuadas medidas de seguridad, control, vigilancia que por razón del contrato de trabajo devienen exigibles, cuya observancia, sin duda, hubieran evitado esa caída ... y tanto se inste la tutela por vía contractual —arts. 1101 y SS del CC— como a través de la aquiliana del artículo 1902 CC, el ilícito determinante de la responsabilidad del empresario demandado, que late en esos preceptos, no es posible descolgarlo de aquella disciplina laboral ... Finalmente cabe añadir dos elementales argumentos acordes con los rudimentos de la dogmática jurídica en torno a la responsabilidad extracontractual ex art.1902 CC, que se cita en la demanda como fundamento de la acción: 1.º) Que cuando se ejercita la acción con base al citado artículo 1902 CC (por lesiones sufridas a consecuencia de la caída de un tablón de la obra) y por tanto infracción de esas normas de Seguridad e Higiene ... la culpa o negligencia atribuidas al empresario demandado, lo es precisamente, por esta infracción, sin que sea posible —se repite, cuando la acción se adosa así— imaginar una culpa aquiliana distinta a la implícita en aquella infracción. 2.º) Y que dentro de la responsabilidad aquiliana no cabe impetrar el auxilio del artículo 1902 CC, como *ratio petendi*, cuando entre el perjudicado o dañado y el autor o dañador preexiste una relación jurídica, integradora del título de pedir, porque, entonces, la absorción por la prevalente responsabilidad contractual es inconcusa».

La Sala Cuarta resuelve el problema considerando que, independientemente del origen contractual o extracontractual de la responsabilidad, el orden social va a ser el competente cuando dicha responsabilidad dimane de la condición de empleador. «En este sentido el empresario puede ser responsable civilmente cuando el daño se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo, tal como es el definido por las diversas fuentes que concurren ... Pero cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre ... la responsabilidad ya no es civil, sino laboral y el supuesto queda comprendido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral ... Desde esta perspectiva es ahora irrelevante que la responsabilidad con-

trovertida pueda calificarse, de acuerdo con los criterios establecidos por la Sala 1.^a de este Tribunal, como extracontractual —cuando “el acto causante se presenta con entera abstracción de la obligación preexistente” (Sentencia de 19 junio 1984)— o como contractual cuando el hecho determinante del daño surge “dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial” (Sentencia de 20 junio 1992). Lo decisivo es que el daño se impute a un incumplimiento laboral y no civil».

Tal tesis es sugerente y no deja de poner de manifiesto que el núcleo de la cuestión es decidir si la pretensión resarcitoria se promueve dentro de la rama social del Derecho (art. 9.5 LOPJ). Tal posición conlleva el riesgo de la propia falta de determinación apriorística de la condición de empleador, ya que habría de preguntarse respecto a quién. Puede solucionarse tal problema remitiendo a los supuestos legales en que se obliga al empresario (empleador o no) a responder frente al trabajador accidentado. Si bien tales previsiones no miran al problema de la jurisdicción, sino a la eficaz protección del trabajador estableciendo normalmente varios patrimonios solidariamente obligados frente al mismo. Por tal razón parece más preciso no perder de vista la fuente contractual o extracontractual de la responsabilidad. Aspecto justamente remarcado en la sentencia del Tribunal Supremo Cuarta de 1 de diciembre de 2003: «Es esencial para la atribución de la competencia al orden social, que el incumplimiento contractual surja “dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo normal del contenido negocial” (Sentencia de 20 junio 1992). Es lógico, añadimos, que las obligaciones laborales cuyo incumplimiento genera la responsabilidad civil litigiosa puede derivar tanto de lo pactado como de lo impuesto por la ley. Desde este punto de vista, el orden jurisdiccional civil opera cuando el daño sobrevenido no se produce con motivo u ocasión del trabajo, sino que se vincula con una conducta del empleador ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo».

3.3. Cualquiera de las dos últimas posiciones que se adopte, en todo caso, la competencia de la jurisdicción civil será la excepción. Entiendo que han de someterse a su conocimiento, precisamente por su función residual y a salvo de una modificación normativa procesal específica, los supuestos de acumulación subjetiva de acciones por los daños derivados del accidente de trabajo. Es decir, cuando se llame al proceso junto al empresario a terceros ajenos a la relación laboral a quienes puede imputarse una concurrencia en el comportamiento culposo, por ejemplo, director de obra, responsable de seguridad, o sobre quienes pese un deber de aseguramiento, como la aseguradora de la responsabilidad patronal. A mi entender quedarían igualmente sometidos a los tribunales civiles los casos de responsabilidad del empresario en virtud

del artículo 1903 CC (y siempre que no exista incumplimiento de las medidas de prevención y seguridad) y aquellas otras en las que éste viene solidariamente obligado frente a trabajadores ajenos incorporados a su actividad productiva. Pero, obsérvese que tales supuestos caerían bajo la órbita del orden social con la aplicación de la doctrina de la *condición de empleador* de la Sala Cuarta.

4. Nada dice el artículo 127.3 LGSS sobre el criterio de atribución de la responsabilidad, por lo que serán de aplicación las normas generales de Derecho Común, artículos 1101 y 1902 CC. Consecuentemente la responsabilidad vendrá asentada sobre bases culpabilísticas o subjetivas, mediante la existencia de dolo o culpa en el empleador, con exclusión de la responsabilidad objetiva.

Ahora bien, dicha responsabilidad subjetiva, a nuestro entender, ha de quedar notoriamente atenuada en atención a las siguientes circunstancias. En primer término, no puede omitirse el amplio contenido de la obligación contractual debida por el empleador en razón del deber legal que se le impone en materia de seguridad e higiene, ya antes explicado. El deber de diligencia en el cumplimiento de dicha obligación resulta reforzado, a tenor de lo previsto en el artículo 14.2 LPRL. A lo anterior ha de añadirse, en segundo lugar, la disponibilidad y acceso a la prueba para cada parte, empresario y trabajador. En tal sentido, no puede omitirse que es el primero quien cuenta con la dirección y control de la organización del trabajo; es decir, es quien tiene en sus manos la organización y medios en cuyo ámbito ha acontecido el daño, y en atención a las medidas dispuestas por el mismo. Por lo que debe correr a su cargo la prueba de haber obrado con la diligencia legalmente exigible, que conlleva la de perfeccionar de forma continuada los medios de protección existentes (art. 14.2 LPRL). Tal acreditación determina que, en su caso, la exoneración de responsabilidad requerirá a su cargo la prueba de que el accidente quedó al margen del deber de protección que le incumbía, procediendo de un hecho ajeno a su obligación contractual. Lo que conduce a una responsabilidad cuasi-objetiva, mediante la inversión de la carga probatoria, bastando al trabajador perjudicado la acreditación de la relación causal (accidente de trabajo) y el alcance y valoración del año resarcible.

Sin embargo, no parece ser ésta la línea compartida por la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que entiende tal responsabilidad de cuño estrictamente culpabilístico. Si bien, como más adelante se detallará, a mi entender porque parte del error de concepto de identificar prestaciones públicas devengadas por el accidente de trabajo con sistema de responsabilidad objetiva del empresario. Cuando debajo de

aquéllas no existe ninguna finalidad reparadora, ni se encubre un sistema de imputación del daño. Bien elocuente de tal posición, a mi entender errónea, es la S. TS Cuarta de 7 de febrero de 2003: «Este enfoque de la cuestión tiene pleno sentido cuando, desde la creación de riesgos por actividades ventajosas para quienes las empleen, se contemplan daños a terceros ajenos al entramado social que se beneficia de este progreso y desarrollo, es decir cuando los riesgos sociales son valorados frente a personas consideradas predominantemente de modo individual, como sucede en el derecho civil, pero la cuestión cambia radicalmente de aspecto cuando el avance tecnológico alcanza tanto al que emplea y se beneficia en primer lugar de las actividades de riesgo —empresarios— como a quien los sufre, trabajadores, el puesto de trabajo es un bien nada desdeñable, en este caso la solución es la creación de una responsabilidad estrictamente subjetiva, que garantizando los daños sufridos por estas actividades peligrosas, previene al tiempo los riesgos económicos de quienes al buscar su propia ganancia crean un bien social, como son los puestos de trabajo. Este justo equilibrio es el que desde antiguo se ha venido consiguiendo, con la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y con toda la normativa a ella aneja ... Las consideraciones hechas en el fundamento precedente evidencian que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que gozan de una protección de responsabilidad objetiva, venir a duplicar ésta por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la legislación social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello, en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas e instauradas, con más seguridad y equidad».

5. Uno de los problemas más debatidos y acuciantes es el concerniente al cómputo y cálculo de la obligación resarcitoria contraída por el empresario frente al trabajador al amparo del artículo 127.3 LGSS. Difícilmente es inteligible que sobre tal particular existan posiciones tan diametralmente opuestas como las mantenidas por la jurisprudencia civil y la social. Para la primera resultan absolutamente independientes las prestaciones devengadas por el accidente de trabajo o el recargo a tal efecto impuesto al empresario (art. 123 LGSS), de la indemnización debida por la responsabilidad civil contraída por el mismo frente al trabajador; por el contrario, la doctrina emanada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo considera que a fin del cálculo de la obligación resarcitoria deben descontarse las prestaciones percibidas por el accidente de

trabajo, a salvo de una duplicidad en el resarcimiento y en consecuencia, un injustificado enriquecimiento del perjudicado. Incluso, desde la última óptica se ha llegado a sostener por cierta línea jurisprudencial, que hoy parece ya no ser seguida, que habrán de computarse a efectos de la determinación de la cuantía de la deuda indemnizatoria el recargo impuesto y satisfecho por el empleador.

Claro exponente de la línea mayoritaria seguida y hoy prevalente en la Sala Primera es la sentencia de 3 de marzo de 1998: «... no puede hablarse de cosa juzgada entre una sentencia que fija incremento de pensiones en el orden laboral, y otra de carácter civil en el que se decide si hubo o no negligencia generadora del daño y de responsabilidad por ello, al amparo del artículo 1902... el orden civil es compatible con el orden social, que nada vincula a aquél lo decidido por éste, por lo que las cantidades percibidas por las prestaciones laborales, nada tienen que ver con las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual».

La sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1999 hace un buen resumen de la doctrina jurisprudencial mantenida al respecto. «... De la jurisprudencia social es dable deducir análogos principios tendentes a evitar duplicidades indemnizatorias. En esta línea cabría invocar: a) Por una parte, la STS/IV 30-9-1997 en la que se fijan límites entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad estrictamente objetiva en supuestos de incumplimiento empresarial de sus obligaciones de seguridad, en cuanto afirma que “en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que gozan de una protección de responsabilidad objetiva, venir a duplicar ésta por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana, que nunca podrá ser universal como la prevenida en la Legislación Social ni equitativa entre los distintos damnificados, como la legislada, más que ser una mejora social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad” y que “por ello, en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que ya están más previstas e instauradas, con más seguridad y equidad”. b) Por otra parte, la STS/IV 2-2-1998, en la que, tras casar la sentencia recurrida y deber resolver el debate planteado en suplicación, argumenta, a los fines de determinar el importe indemnizatorio en reclamación de daños y perjuicios por muerte en accidente laboral, que “dentro de las evidentes dificultades de fijar una cuantía en concepto de indemnización por muerte, ha de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas (conceptos de pensión, recargo, mejoras voluntarias pactadas) y criterios que pueden servir de referencia (así, el anexo de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 9 de noviembre para daños y perjuicios en circulación”.

c) Pero fundamentalmente tal criterio interpretativo se aplica en la STS/IV 10-12-1998, en la que aborda la cuestión de los límites del derecho a la restitución y la posibilidad de ejercicio de distintos tipos de acciones para alcanzar el resarcimiento de un daño ... ante la pluralidad de vías procesales para obtener la reparación de tal tipo de daños, son criterios esenciales a respetar que "a) existe un solo daño que hay que compensar o indemnizar, sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse; y b) debe existir también, en principio un límite a la reparación del daño, conforme a las previsiones del Código Civil, aplicables a todo el ordenamiento" ... el *quantum* indemnizatorio ha de ser único, concluyendo que "no puede hablarse que estamos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio"» (en el sentido de deducir el recargo del cálculo de la indemnización puede verse, entre otras, S. TS Social 20 de julio de 2000).

Si bien la posición hoy de la Sala Cuarta es la exclusión del recargo a efectos de determinar la cuantía de la obligación resarcitoria: «... la deducción del recargo de prestaciones por infracción de las medidas de seguridad, previsto en el artículo 123 de la Ley general de la Seguridad Social, de la indemnización por el daño o perjuicio sufrido a consecuencia del accidente de trabajo dejaría vacía de contenido su finalidad, ya que el recargo en una sociedad de altos índices de siniestralidad persigue evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, con él se pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente. Ese plus de responsabilidad que se carga de forma directa sobre el empresario, prohibiendo su cobertura por terceros, su compensación o transmisión, en vez de redundar en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social, se determina que sea legalmente el accidentado o sus causahabientes, como personas que han sufrido directamente la infracción empresarial, y dentro de los límites establecidos en función exclusiva de la gravedad de la infracción y del daño quienes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias con independencia del concreto perjuicio realmente sufrido... De adoptarse la tesis contraria a

la no deducción del recargo resultaría que fijado en un primer procedimiento una indemnización por daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, podría invocarse en el ulterior expediente administrativo de determinación de la existencia de la infracción de medidas de seguridad e imposición de recargo que los daños ya estaban plenamente compensados evidenciando que no existiría esa responsabilidad, contemplada en el artículo 123 de la Ley general de la Seguridad Social ... quiere nuestro ordenamiento de Seguridad Social, ante dos accidentes de trabajo de los que hubiera derivado en abstracto idénticos daños y perjuicios para los trabajadores afectados, uno originado en la conducta empresarial infractora de las medidas de seguridad y otro en el que no concurra tal infracción, que exista una desigualdad, objetiva y razonable, en orden a las indemnizaciones que deberán ser superiores cuando concurren infracciones trascendentes en materia de seguridad e higiene o de riesgos laborales, desigualdad que desaparecería, de seguirse la tesis contraria a la no deducción del recargo» (en idéntico sentido a la no deducción del recargo SS. TS Cuarta de 2 de octubre de 2000 y 4 de febrero de 2001; en general, véase la S. TS Cuarta de 7 de febrero de 2003).

Las posiciones expuestas sobre el problema planteado dan pie, a mi entender, a formular un conjunto de observaciones. Desde luego, creo que pocas dudas pueden existir a efectos de considerar que el recargo del artículo 123 LGSS no puede computarse para el cálculo del daño indemnizable. Precisamente por el carácter sancionatorio de tal recargo, que tan bien queda señalado en la última de las sentencias citadas. No obstante, debe advertirse que en la propia resolución parece confundirse o mezclarse en el inciso final la naturaleza de dicho recargo. Ya que si bien pone énfasis en la naturaleza punitiva del mismo, finalmente acaba afirmando que las indemnizaciones deben ser superiores cuando existen infracciones de medidas de seguridad. En el ámbito estrictamente resarcitorio nada tiene que ver la gravedad de la infracción con el daño indemnizable, por cuanto lo determinante es la imputación de responsabilidad y la reparación o compensación del perjuicio. Justo es el carácter no indemnizatorio del recargo el que debe llevar a excluir el mismo del cálculo de la deuda resarcitoria nacida a cargo del empresario.

No creo que sean aceptables, de otro lado, los presupuestos de partida de la doctrina civil para determinar la absoluta autonomía de las prestaciones e indemnizaciones, aunque pueda defenderse como principio la solución final alcanzada. Y no es aceptable porque independientemente de la autonomía del orden jurisdiccional social y civil, que también es cuestionable, olvida que la finalidad es la reparación. Por lo que sería correcta la tesis de la doctrina social si efectivamente las prestaciones públicas tuvieran una finalidad indemnizatoria. La cuestión,

como ya ha quedado expuesto, es justamente ésta: las prestaciones públicas generadas por el accidente de trabajo no responden a un sistema de atribución de responsabilidad, es decir, no tienen finalidad resarcitoria. Ésta es la razón y no la vinculación de la jurisdicción civil a la social, que determina que el cálculo indemnizatorio haya de hacerse en principio independiente a la prestaciones devengadas. Tal ausencia de vinculación también es cuestionable, o ¿acaso al juez civil, a fin de determinar el daño, no se le impone como presupuesto la incapacidad permanente parcial reconocida en la jurisdicción laboral?

Los términos iniciales de la sentencia del Tribunal Supremo Sala Cuarta de 17 de febrero de 1999 constituyen, a mi juicio, un inconveniente de partida para la recta solución del problema y enturbian *ab initio* la doctrina social asentada sobre el particular. Es un lugar común en la doctrina laboral partir de un primer término de cobertura de los daños derivados del accidente de trabajo consistente en la *responsabilidad objetiva empresarial*, que se traduce en las prestaciones públicas, al entender que su coste recae esencialmente en el empresario a través del aseguramiento obligatorio. De ser esto cierto, es decir, de ser cierto que existe en primer término una responsabilidad objetiva empresarial que encuentra su traducción en las *primas satisfechas para el aseguramiento obligatorio*, tendría toda validez la conclusión alcanzada por la jurisprudencia social detrayendo del *quantum* indemnizatorio las prestaciones obtenidas. Tal solución sería correcta si igualmente lo fuera que dicho aseguramiento es de la responsabilidad civil patronal o empresarial. Ya que, en su caso, si el seguro es de personas, de accidente en términos privatísticos, no se ve razón para que deban detrarse tales cuantías cuando no existe límite para la valoración en tal ámbito del seguro, pues en el mismo no opera lo previsto en el artículo 26 de la Ley de Contrato de Seguro. Si, en cambio, es de responsabilidad civil, nos tendrán que explicar convincentemente la razón por la que el empresario va a responder doblemente por idéntico hecho (seguro obligatorio y responsabilidad civil).

Los problemas planteados no son reflejo, a mi entender, sino del lastre que supone explicar la cobertura de seguridad social con unos esquemas contractuales netamente privatísticos, que si bien estuvieron en el origen, no responden al sistema y función actual. Las prestaciones son coberturas públicas aseguradas por el Estado ante la contingencia padecida por el trabajador, al igual que la indemnización responde a la deuda resarcitoria contraída por el empresario por una actuación culposa. Las primeras se dirigen a la protección de unas garantías básicas vitales bajo el aseguramiento del Estado; las segundas a la reparación del daño causado por la actuación ilícita. Por tal razón, por su diferente naturaleza y finalidad, aun partiendo del mismo hecho generador, no puede hacerse

depender del cálculo de la indemnización de la prestación percibida, porque la primera no tiene por objeto reparar el daño causado.

La última observación da pie para una ulterior apreciación. La disparidad de naturaleza y finalidad impide que a efectos del cálculo del daño personal puedan computarse las prestaciones públicas devengadas por el accidente de trabajo. Ahora bien, si el accidente de trabajo conlleva también un daño patrimonial, por ejemplo, por los ingresos dejados de percibir por el trabajador por el período de incapacidad temporal o bien la disminución patrimonial global que suponga la incapacidad permanente, resulta a mi juicio igualmente indiscutible que a la hora de valorar dicho daño habrá de tenerse en cuenta la nueva situación económica generada para el perjudicado y por tanto, las prestaciones públicas por tal accidente percibidas. Pero no porque éstas tengan una finalidad compensatoria, sino porque sirven para la base del cálculo de la pérdida de beneficios o, en general, el daño patrimonial que acarrea el accidente de trabajo. Su resarcimiento determinará reponer al trabajador accidentado o al perjudicado a la misma situación patrimonial que hubiera tenido de no haber acontecido el siniestro, para lo que inexcusablemente se habrá de tener en cuenta la situación en la que ahora se encuentra mediante los ingresos públicos de los que es receptor, precisamente originados por el evento dañoso.

6. Considero que una mínima atención a los principios de igualdad y seguridad jurídica (art. 9 C.) ha de llevar a estimar la norma de valoración de daños derivados de accidente de circulación, incorporada como Anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (R.D.L. 8/2004 de 29 de octubre), como pauta o criterio orientativo en la cuantificación del daño personal y moral procedente del accidente de trabajo. Ahora bien, precisamente por ser meramente orientativo no existen límites ni restricciones a la valoración probatoria del efectivo daño causado. De suerte que a tenor de lo probado en el pleito, podrá ajustar el juzgador la indemnización al concreto daño subjetivo, en atención a las particulares circunstancias existentes y partiendo de las indemnizaciones básicas.

Tal punto de partida permite, de otro lado, resolver algunos de los problemas planteados por la estricta aplicación del denominado baremo. Así, a mi entender, ha de quedar ya al margen de toda discusión que la actualización del baremo aplicable es la correspondiente a la efectiva liquidación del daño al tiempo de la sentencia. Esto si se quiere que la indemnización pueda cumplir su finalidad de resarcimiento integral del perjuicio, en consonancia con la condición de deuda de valor. A tal efecto, justo por su carácter meramente orientativo en este ámbito, ningún

problema habrá con la actual dicción de la Disposición Transitoria Única del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil, que parece conducir a la posición contraria, es decir, la aplicación de la cuantía vigente al tiempo del accidente. De la misma forma, no existirá restricción alguna a la consideración de los eventuales perjudicados para el caso de fallecimiento de la víctima, superando el ámbito subjetivo predispuesto normativamente en tal sentido.

Cosa distinta es el daño patrimonial que pueda derivarse del accidente de trabajo. Particularmente la pérdida de ingresos o lucro cesante originada por la incapacidad temporal o permanente. En tal sentido y a los exclusivos efectos de la determinación del alcance del daño patrimonial, sí han de estimarse las prestaciones públicas devengadas por tales situaciones. A través de las mismas se incide en la situación económica del perjudicado y en consecuencia, constituyen el presupuesto para la cuantificación de las ganancias dejadas de obtener. Obsérvese que tal consideración de las prestaciones públicas es a fin del correcto alcance y cuantificación del daño patrimonial irrogado y que también habrá de ser resarcido, por completo independiente del daño personal indemnizado. Especial interés tiene desde esta perspectiva la incidencia que el perjuicio estético puede tener en la determinación de una incapacidad permanente, a fin de la adecuada valoración del daño patrimonial que conlleva la misma. Ya que, si bien tal circunstancia está contemplada como factor de corrección en el sistema de valoración reglado, lo es a los únicos efectos de liquidación del daño corporal (y moral). Pero nada afecta tal sistema a los perjuicios de naturaleza estrictamente patrimonial.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstas sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAILA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



Universidad de
Deusto

Deustuko
Unibertsitatea