

## RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS CIVILES

OSCAR MORALES

Abogado. Profesor de Derecho penal (UOC) (\*)

### 1 · INTRODUCCIÓN

La seguridad e higiene en el trabajo continúa siendo una de las asignaturas pendientes del mercado laboral español. Los elevados índices de siniestralidad continúan en alza año tras año con muy ligeras variaciones, sin que la actividad legislativa del Estado y las Comunidades Autónomas consiga compensar cuantitativamente el número de accidentes en relación con el mayor desarrollo económico. A pesar del esfuerzo del legislador en la ordenación de la seguridad e higiene en nuestro país, a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y los reglamentos sectoriales de desarrollo, las cifras de siniestralidad laboral distan mucho de ser óptimas.

En este contexto, el mayor índice de contingencias se sucede en el sector de la construcción. Si en 1997 el 24 % de los accidentes laborales tenían lugar en la ejecución de obras civiles<sup>1</sup>, en 2003 el porcentaje

continuaba en cifras similares, con ligeros despuntes alcistas en torno al 26 %<sup>2</sup>; y aunque a fecha de cierre de este trabajo aún no han sido publicados los datos porcentuales por sectores de actividad relativos a 2004, la similitud entre las cifras generales de siniestralidad y número de accidentes mortales acaecidos durante 2004 y primer trimestre de 2005 y los acontecidos en años precedentes no permiten aventurar que la estadística haya podido sufrir variaciones dignas de ser destacadas<sup>3</sup>. A mayor abundamiento, las cifras de siniestralidad y accidentes mortales en la construcción ocurridos en España sitúan a nuestro país a la cabeza de Europa<sup>4</sup>.

**2** Datos extraídos del estudio Siniestralidad Laboral en España. Enero-Diciembre 2003, elaborado por el sindicato UGT sobre la base de las estadísticas facilitadas por el Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales. La mortalidad en el sector de la construcción, sin embargo, se eleva hasta el 30 %, lo que indica que la gravedad de los accidentes en dicho sector es mayor, en números absolutos, que la de otras ramas con mayor índice de contingencias, como es el caso del más amplio sector servicios. Sobre éste último, téngase en cuenta que, como categoría, aglutina un elevadísimo número de actividades de muy diversa índole, lo que agudiza aún más la gravedad de las cifras en el sector de la construcción. Puede consultarse el citado estudio en <http://www.ugt.es/slaboral/siniestro.pdf>

**3** En efecto, si se observan las cifras de accidentes con baja laboral por sector de actividad ocurridos entre enero de 2004 y mayo de 2005, no parecen existir fluctuaciones porcentuales de interés. Cfr., en tal sentido, [http://www.mtas.es/estadisticas/bel/ATE/ate3\\_top\\_HTML.htm](http://www.mtas.es/estadisticas/bel/ATE/ate3_top_HTML.htm), con los datos de siniestralidad ofrecidos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

**4** En términos generales, la siniestralidad laboral en España supera la media europea. Al menos, así se recoge en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2003. Las cifras de siniestralidad en el seno de la Unión Europea (limitadas a la Europa de los «15») pueden contrastarse en European Agency for Safety and Health at Work, Building in safety. «Prevention of risks in construction», en European week for safety and health at work, 2004, disponible en [http://agency.osha.eu.int/publications/reports/108/en/GP\\_Booklet\\_2004\\_WEB.pdf](http://agency.osha.eu.int/publications/reports/108/en/GP_Booklet_2004_WEB.pdf). En la página

\* Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría Menéndez (Barcelona).

**1** Estadística ofrecida en J. Maqueda, et al: Perfiles de siniestralidad en la construcción. Estudio descriptivo y análisis de causas, Madrid, 1997, pág. 7.

Y, lógicamente, la estadística tiene su reflejo en el orden jurídico: 24.702 procedimientos penales abiertos por delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo<sup>5</sup>.

A buen seguro, los datos anteriores no admiten una explicación unidireccional. La economía española continúa apostando fuertemente por la construcción, lo que en términos cuantitativos debería relativizar las cifras de siniestralidad. Al tiempo, la mayor actividad del sector genera una mayor demanda de personal, que cada vez más se alimenta de los elevados flujos migratorios que soporta nuestro país; ello provoca desajustes culturales entre los actores no siempre fáciles de equilibrar, cuyos efectos se dejan sentir también en la seguridad e higiene en el trabajo. Por otra parte, la ejecución de obras civiles suele llevar aparejada la intervención de múltiples empresas y trabajadores ejecutando un mismo plan; la acción preventiva, entonces, es más compleja que en otros sectores en los que cada interviniente es único y máximo responsable de su planificación y ejecución. Tampoco la inspección de trabajo ha multiplicado sus efectivos al mismo ritmo de crecimiento de la economía española o del sector de la construcción. Y no existen acciones de coordinación específicas entre la Inspección de Trabajo y la Fiscalía General del Estado para atajar la siniestralidad combatiendo la puesta en peligro de los trabajadores con carácter previo a la producción del accidente.

En este estudio únicamente pueden apuntarse, *ratione materiae*, algunas de las circunstancias que explican el mayor índice de siniestralidad laboral en

nuestro país y en la construcción en particular. En cambio, puede profundizarse algo más, en esta sede, sobre el rendimiento que las normas penales puedan ofrecer en la prevención de las conductas más graves en torno a la seguridad e higiene en el trabajo, pues una incorrecta interpretación y aplicación de los tipos penales sobre la materia provocará —al menos en la pura teoría— desajustes preventivo generales que incidirán muy negativamente en la adopción de medidas de seguridad.

Si tradicionalmente puede hablarse de un fin preventivo de la pena (además de su carácter retributivo), la incorporación de los artículos 316 y 317 al Código Penal viene a subrayar una coincidencia mucho más real que terminológica: la pena viene a convertirse en el argumento más severo de prevención de los riesgos laborales. Ahora bien, esta constatación, una vez producido el accidente o verificada la efectiva puesta en peligro de la vida o integridad física de los trabajadores, obliga a disecionar las responsabilidades con precisión milimétrica.

Por una parte, porque el Derecho penal no puede ser empleado como elemento simbólico de represión a cualquier precio: existen accidentes fortuitos, ocurridos por infracción de las más elementales medidas de seguridad, por pequeños descuidos o, simplemente, porque se asumió el riesgo de lo que pudiera suceder no adoptando medidas de ningún género, y en cada una de estas hipótesis la respuesta ha de ser diversa. Del mismo modo, como ya se advertía anteriormente, la acción preventiva en las obras civiles pasa por la articulación de complejos mecanismos de coordinación, lo que significa que cada actor asumirá roles diversos en la planificación o ejecución de las medidas de seguridad en la obra, debiendo separarse entonces, claramente, el ámbito competencial de cada uno de los intervinientes. La creación de normas penales refleja, pues, la plasmación preventivo general de una política criminal determinada. Y si quiere apreciarse en la norma penal un fin preventivo general claro, no pueden confundirse los destinatarios de la norma y los roles que según ella pueden o deben asumir en cada momento.

En consecuencia, en este trabajo tratarán de abstraerse las características básicas de las diferentes obligaciones que en el ámbito laboral pueden surgir con ocasión de la ejecución de una obra civil. Se abordará, pues, la coordinación de la actividad preventiva entre las distintas empresas que pueden formar parte de un proyecto y ejecución de obra; y, en

6 del citado estudio, se ofrecen los datos medios de siniestralidad y mortalidad en los últimos años en el sector de la construcción: más de 800.000 accidentes anuales de los que resultan en torno 1.300 fallecimientos. Si se superponen estos datos a los ofrecidos por el Ministerio de Trabajo en [http://www.mtas.es/estadisticas/bel/ATE/ate3\\_top\\_HTML.htm](http://www.mtas.es/estadisticas/bel/ATE/ate3_top_HTML.htm) respecto al número de accidentes de trabajo en la construcción en España (en torno a los 223.000 anuales), puede concluirse que nuestro país soporta en torno al 28 % de los accidentes en la construcción acaecidos en suelo europeo. Un cálculo similar en torno a la mortalidad en el sector arroja como resultado un índice algo inferior, aproximadamente en el 23 % del total de decesos en la construcción ocurridos en territorio de la Unión europea.

5 Datos obtenidos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2003. Las cifras se desglosan en 152 procedimientos por muerte violenta; 21.850 por lesiones; y 2.700 por puesta en peligro de la vida o integridad física de los trabajadores, según la explicación ofrecida por el Sr. Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, el 16 de diciembre de 2004. Cfr., al respecto, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, VIII legislatura, año 2004, núm. 162, pág. 6.

particular: (i) cuál sea la distribución de las distintas obligaciones en la coordinación de la actividad preventiva derivada de los diversos roles de los intervinientes; y (ii) cómo jugará la distribución de obligaciones en la atribución de responsabilidad penal en caso de omisión en la adopción de medidas de seguridad con resultado de peligro o lesión para la vida o integridad física de los trabajadores. Para ello, se estudiará la naturaleza jurídica de los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo —artículos 316 y 317 CP— y su relación con la normativa sectorial; en particular, con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, así como con los Reglamentos de desarrollo en materia de coordinación de la actividad preventiva en general y en la ejecución de obras civiles, en particular; ello, además, alzaprímado el estudio de la delegación como herramienta de maximización de la eficacia en la acción preventiva.

## 2 · ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO

Los artículos 316 y 317 del Código penal contienen las modalidades dolosa e imprudente, respectivamente, de los delitos de riesgo grave para la integridad física o la vida de los trabajadores. El primero de ellos describe la infracción en los siguientes términos «*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*». El artículo 317 CP remite a su contenido, cambiando únicamente el ámbito subjetivo, al referir que «*Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado*».

Se trata de figuras de peligro concreto <sup>6</sup>, es decir,

basta la confirmación de un riesgo concreto para la vida, la salud o la integridad física para que se entienda realizado el delito, aunque la frontera entre el peligro para la vida o su lesión derivado de una omisión en las medidas de seguridad, y lo que conocemos por enfermedades profesionales que podrían haberse evitado con medidas preventivas adecuadas, no siempre es fácilmente trazable <sup>7</sup>.

El delito contra los derechos de los trabajadores se configura como un delito especial, al modo en que lo es el delito fiscal <sup>8</sup>. Es necesario poseer la cualidad de *legalmente obligado* requerida en el tipo para poder ser autor del mismo (como es necesario poseer la cualidad de obligado tributario en el delito fiscal para ser autor de una defraudación tributaria). La condición de legalmente obligado en el seno de los delitos contra los derechos de los trabajadores cumple una función restrictiva, pues impide considerar autores a quienes carecen de tal consideración. Es discutible si el adverbio de modo «*legalmente*» restringe aún más la capacidad para ser considerado autor de este delito, impidiendo su comisión a quienes no fueron expresamente designados por la «*Ley*». La amplia regulación sectorial en materia de prevención de riesgos, normalmente desarrollada reglamentariamente para obtener mayores cotas de agilidad en la adopción de medidas eficaces, se vería a buen seguro comprometida si los Reglamentos no pudieran formar parte de la

caso, en cambio, el del resultado; hipótesis que de producirse, podría derivar la calificación del supuesto hacia la tentativa de homicidio, independientemente ahora de los criterios solutorios del eventual concurso. De todos modos, son escasos los supuestos en los que se somete a la jurisdicción penal la mera puesta en peligro si no va acompañada, al menos, de la lesión o fallecimiento de algún trabajador. De otra opinión, favorable a la opción político criminal por la estructura de peligro concreto, J.A. Lascurain: La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo, Madrid, 1994, págs. 382 y ss.

<sup>7</sup> Al respecto, con interesantes ejemplos, M. Corcoy: «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», en VVAA, Cándido Conde-Pumpido (Director): Derecho Penal Económico Cuadernos de Derecho Judicial, II, 2003, págs. 124 y ss., quien sitúa este tipo de supuestos en una suerte de riesgo permitido factual, dada la pasividad que de hecho rige en muchos casos, extramuros, pues, de la protección penal de los artículos 316 y 317 CP. De otra opinión, M.A. Narváez: Delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social, Valencia, 1997.

<sup>8</sup> A. Baylos; J. Terradillos: Derecho penal, op. cit., pág. 78; posteriormente, ya en relación al art. 316, J. Terradillos: Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores, Valencia, 2002, pág. 58; C. Martínez-Buján: Derecho penal económico. Parte especial, Valencia, 1999, págs. 535 y ss.; J.M.<sup>3</sup> Tamarit: «Comentario al artículo 316 CP», en VVAA: Comentarios al Nuevo Código penal, 3.<sup>3</sup> ed., 2004, pág. 1626.

<sup>6</sup> La estructura de peligro concreto elegida por el legislador no está exenta de polémica. Se ha dicho, en efecto, que únicamente la estructura de peligro hipotético es capaz de garantizar satisfactoriamente la seguridad de los trabajadores. Así, A. Baylos; J. Terradillos: Derecho penal del trabajo, Madrid, 1990, pág. 54; y J. Terradillos: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. José Ramón Casabó Ruiz, Valencia, 1997, Vol. II, pág. 892. A ello se añaden los eventuales problemas dogmáticos advertidos por L. Morillas en VVAA: Curso de Derecho Penal español. Parte Especial, 1996, pág. 914, según el cual es difícil aceptar que el autor se represente el dolo de peligro concreto para la vida y en ningún

obligación «legal» a que se refieren los meritados preceptos del Código penal. Partiendo de lo anterior, la obligación legal nacerá con la atribución legal o reglamentaria de una parcela de competencia directamente controlable por el agente; exclusiva o solidariamente, pero siempre atribuida de modo expreso por la norma o delegada con cobertura normativa, según se verá a continuación<sup>9</sup>.

Presupuesto para su aplicación es la previa infracción de normas de prevención de riesgos laborales. Los artículos 316 y 317 del Código Penal son, pues, auténticas normas penales en blanco, lo que implica una relajación del principio de legalidad, pues es necesario acudir a la normativa sectorial para completar elementos de la infracción penal<sup>10</sup>. La técnica de la ley penal en blanco no permitiría, sin embargo, aquello que ni siquiera una norma penal ordinaria consentiría: la aplicación analógica en supuestos de lagunas o silencios legales o reglamentarios. De modo que, si la normativa sectorial no recoge expresamente las obligaciones de cada cual en un concreto y determinado sector de actividad, lo que no podrá efectuarse es una imputación caprichosa al amparo de normas reglamentarias parecidas, pues al trasladar dicha analogía a la norma penal en blanco se estaría trasladando como analogía misma, lo que en cualquier caso debe reputarse como prohibido al amparo del principio de legalidad penal (artículo 25 de la CE y artículos 1.1. y 4.1 del Código Penal).

<sup>9</sup> Sujeto activo, pues, no será solo el empresario, como ha sostenido F. Navarro: Los delitos contra los derechos de los trabajadores, Valencia, 1998, pág. 155 y ss. y, especialmente, pág. 157. Pero tampoco cualquier sujeto que «de hecho» asuma funciones en materia de seguridad y salud si no existe una cobertura legal o reglamentaria —y, con algunas reservas, basada en el Convenio Colectivo— de esa asunción. La determinación del legalmente obligado al margen de una estructura normativizada, reglada, favorece claramente una interpretación del tipo ligada al concepto unitario de autor, de acuerdo con la cual todos los que directa o indirectamente participan en funciones directivas o representativas de la empresa serán considerados autores del delito, independientemente del ámbito en que esas funciones se desarrollen. La restricción del legalmente obligado a las hipótesis en que legal o reglamentariamente se prevé o se faculta permite romper dicha tendencia. Y ello a pesar, incluso, del tenor literal de la extensión operada por el art. 318 CP, sobre la que más adelante profundizaremos -vid. infra. epígrafe 5.

<sup>10</sup> Cfr., entre otros J.A. Lascrain: La protección penal, op. cit., págs. 334 y ss., en relación con la muy similar estructura del artículo 348 bis a) del CP/1973; J. Terradillos: «Delitos contra la vida y salud de los trabajadores», en VVAA: Memento Practico Francis Lefebvre Penal de Empresa, 2004-2005, nm. 3320; J.M.<sup>a</sup> Tamarit: Comentario, op. cit., pág. 1627; Vid., un amplio desarrollo sobre las especiales circunstancias del artículo 316 y las normas de remisión en S. Aguado: El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código penal, Valencia 2002, págs. 212 y ss.

En consecuencia, allí donde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales o el Reglamento de seguridad en las obras no impone directamente una obligación en materia de seguridad y salud, por ejemplo, al promotor, no será posible deducir dicha obligación por analogía respecto, o, continuando con el ejemplo, el contratista, subcontratista o coordinador de seguridad, dado que en tal caso se estaría aplicando la ley penal a supuestos no contemplados expresamente en ella y, además, se estaría aplicando tal analogía *in malam partem*<sup>11</sup>.

Consecuentemente con lo anterior, debe precisarse el contenido y alcance del término *legalmente obligado* al que remiten los artículos 316 y 317 CP.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la LPRL, la obligación de garantizar la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales recae, fundamentalmente, en el empresario, figura lo suficientemente indeterminada como para necesitar de ulterior concreción. Con independencia de quién sea empresario en los términos del artículo 14 de la LPRL, lo cierto es que no todo el proceso de prevención de riesgos pasará, necesariamente (ni podría ser así) por el empresario<sup>12</sup>. A lo sumo, y esta es la vía utilizada por el legislador, podrá tenerse a éste como máximo artífice de la creación y gestión de un sistema eficaz de prevención de riesgos laborales<sup>13</sup>, degradándose su responsabilidad (penal) tanto como haya delegado legal o reglamentariamente cada uno de los estadios de la acción preventiva<sup>14</sup>.

En efecto, tanto la LPRL como el Real Decreto 39/1997 de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, contemplan la posibilidad de que el empresario, en la

<sup>11</sup> Sobre el particular, además de las extensas referencias que pueden encontrarse en la manualística, vid. V. Ferreres: El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional), Madrid, 2002, en especial págs. 127 y ss. Sobre el carácter lesivo de derechos fundamentales de esta técnica interpretativa, vid., por su importancia, la reciente STC 120/2005, de 10 de mayo.

<sup>12</sup> Advertían ya A. Baylos; J. Terradillos: Derecho penal, op. cit., págs. 59 y ss., siguiendo a Bricola, de las insatisfactorias consecuencias a las que llevaría la petrificación de responsabilidades sólo en la cúspide de la pirámide o, a contrario, sólo en la base, siempre desde el punto del vista del principio del hecho y su relación con el principio de responsabilidad personal.

<sup>13</sup> Desde luego si quiere reservarse a la norma penal algún tipo de eficacia preventivo general, carecería de sentido que un sólo sujeto activo del delito soportase toda la presión preventiva de la norma; o dicho de otro modo, la imposibilidad de incumplimiento de un mandato carecerá, por definición, de fuerza disuasoria.

<sup>14</sup> Sobre el significado de la degradación de responsabilidad, vid. infra.

creación y gestión de su política preventiva, se apoya en órganos tanto internos como externos a la propia empresa. La delegación «*constituye así uno de los mecanismos más importantes para la eficaz acción preventiva, pues permite repartir funcionalmente las obligaciones en la materia*»<sup>15</sup>.

Desde el punto de vista jurídico penal, no obstante, la delegación sólo podrá ser legal o reglamentaria. Y esta exigencia se presenta como tal en garantía de todos los intereses en juego.

En primer lugar, y fundamentalmente, en beneficio de la seguridad de los trabajadores (objetivo primario que subyace en el bien jurídico protegido). La posibilidad de una delegación paralegal permitiría, sin duda, la creación de estructuras de *irresponsabilidad organizada* que impedirían la localización del siempre recóndito «*legalmente obligado*». De admitirse la delegación al margen de los límites marcados en la legislación sectorial, se estaría facilitando la atomización de responsabilidades por debajo de los cuadros directivos. Ello serviría para fundamentar la exclusión de responsabilidad penal en la cúspide de la pirámide y, al tiempo, incrementaría, la presión penal sobre los propios trabajadores así como el desequilibrio propio de toda relación laboral<sup>16</sup>.

Pero, en segundo término, la limitación legal y reglamentaria de la delegación permite mantener la norma penal en blanco de los artículos 316 y 317 del CP en los límites de constitucionalidad definidos, entre otras, por la sentencia del Tribunal Constitucional 127/1990, de 5 de julio. El principio de taxatividad impone la obligación de concretar, no sólo el supuesto de hecho, entendido como la conducta prohibida sino, al tiempo, el conjunto de sujetos

activos a los que principalmente se dirige la prohibición. La limitación de la delegación a los términos en que ésta es posible legal o reglamentariamente permite identificar más fácilmente al autor del hecho, favoreciendo, a la vez, una interpretación del régimen de autoría y participación en estos delitos acorde al principio del dominio del hecho y superador de interpretaciones unitarias<sup>17</sup>. En definitiva, la delegación reglamentaria atribuye roles, concretando quién es, en cada hipótesis, el sujeto parangonable al empresario, en los términos extraordinariamente amplios en que lo configura la LPRL. Y, de este modo, el Reglamento de los Servicios de Prevención y los reglamentos sectoriales concretan quién de entre los que podrían a priori asumir dicha condición estarán realmente obligados en cada estrato. Ello, como se verá, es especialmente claro en la coordinación de la actividad preventiva en general y en el seno de las obras civiles, en particular.

Por último, la delegación ajustada a las disposiciones legales o reglamentarias permite a los sujetos intervinientes, en línea con lo anteriormente establecido conocer sus específicas obligaciones en materia de seguridad, lo que en cierto modo coadyuva a la delimitación del comportamiento típico. A diferencia de lo que sucedía con el Código penal de 1973, el artículo 316 del vigente texto recoge un tipo penal abierto<sup>18</sup>. Si el artículo 348 *bis a*) del CP/1973 contenía un tipo mixto alternativo pero de medios comisivos determinados, la supresión en el artículo 316 CP de algunas de las alternativas típicas no ha recortado su alcance sino que, por el contrario, lo ha convertido en un tipo penal abierto, ampliando aún

<sup>15</sup> E. Astarloa; O. Morales: «Delitos relativos a los trabajadores y responsabilidad penal del empresario (y II)», en *Información Laboral* núm. 19, 2004, pág. 17.

<sup>16</sup> Cfr., sin embargo, J. Pavia: «Responsabilidad penal por el siniestro laboral: una guía para la imputación personal», en *La Ley Penal*, núm. 19, 2005, pág. 38, admitiendo fórmulas de delegación más relajadas, como la derivada del simple acuerdo entre las partes. Ciertamente, el autor se refiere a pactos entre empresarios (en particular, entre empresario principal y contratista en hipótesis de coordinación de la actividad preventiva), y no entre empresario y trabajador. Pero tal opción tampoco es viable si la actividad delegada corresponde normativamente al empresario principal, pues la división de funciones establecida en la normativa sectorial responde a una planificación ordenada de la actividad preventiva que no puede quedar al albur del principio dispositivo. Nada impediría, yendo aún más lejos, sortear las categorías reglamentarias sobre la base de acuerdos entre las partes a priori (y ahora la cursiva tiene un doble significado) más satisfactorios para la seguridad.

<sup>17</sup> Vid. supra. nota 8.

<sup>18</sup> Cfr., J. Terradillos: *Delitos*, op. cit., pág. 86. El autor excluye del ámbito típico supuestos en los que el sujeto activo no tiene la obligación de facilitar los medios, mas en tales casos se trata de una exclusión subjetiva (por razón del autor, que no resulta legalmente obligado) y no tanto objetiva (por razón de los medios en concreto); aluden a la aptitud del tipo para abrazar cualquier omisión de medidas preventivas que pudieran relacionarse con el resultado de peligro S. Aguado: *El delito*, op. cit., págs. 217 y ss.; E. Astarloa; O. Morales: *Delitos relativos a los trabajadores*, op., cit., págs. 12 y 14 y ss.; recientemente, también, M.ª C. Figueroa: «La responsabilidad penal por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales», en *La Ley Penal*, núm. 19, 2005, pág. 57.

<sup>19</sup> De otra opinión, considerando que el artículo 316 CP ha visto reducido su ámbito de vigencia en comparación con el artículo 348 *bis a*) del CP/1973, J. Hortala: *Protección penal de la salud en el trabajo. Una aproximación a la configuración del Derecho penal en la «sociedad del riesgo»*, Barcelona, 2005, págs. 223 y ss; tímidamente en esta dirección, J. Lascurain: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *VV.AA. Compendio de Derecho penal (Parte Especial)*. Vol. II, 1998, pág. 640.

más su alcance<sup>19</sup>. La conducta prohibida recogida en el artículo 316 CP, consistente en «no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas», no se limita sólo a la obligación de facilitar medios materiales tales como equipos de protección individual, aseguramiento de máquinas, etc. La conducta refiere cualquier elemento que legal o reglamentariamente deba ser dispuesto en la acción preventiva para el aseguramiento de la salud e higiene de los trabajadores. Y, el peligro para la vida o integridad del trabajador exigido por los artículos 316 y 317 CP, deberá relacionarse en términos de riesgo con la medida en concreto omitida. De manera que, en ocasiones, el legalmente obligado podrá haber adoptado las medidas técnicas y materiales para la prevención del accidente, que de nada servirán si el trabajador no recibió, por ejemplo, formación específica sobre su manejo o si, continuando con la especulación, no se establecieron mecanismos de supervisión de la eficacia de la medida y, como consecuencia de ello, la vida o integridad del trabajador son expuestos al peligro. Lo anterior implica, necesariamente, un perfecto desglose de las obligaciones que cada sujeto puede asumir en el proceso de definición y gestión de la acción preventiva, y, en consecuencia, la exclusión de responsabilidad de quien cumplió sus funciones delegadas en los términos legal o reglamentariamente establecidos.

La limitación de la delegación a supuestos normativamente contemplados constituye así el *prius* lógico de cualquier estrategia de planificación de la actividad preventiva. Pero incluso así establecida la delegación, ésta no siempre llevará aparejada la exclusión de responsabilidad, incluso penal, del delegante. La delegación ni agotará ni reducirá a compartimentos estancos las parcelas de responsabilidad, pero servirá de base para la correcta atribución de responsabilidad criminal de acuerdo con los principios dogmáticos de esta disciplina. Cobra sentido, así, la alusión a la degradación de responsabilidad anteriormente efectuada. En la actividad desarrollada en un único centro de trabajo, la responsabilidad residual alcanzará hasta aquellas hipótesis en que el empresario descuide

sus deberes razonables de vigilancia sobre el delegado<sup>20</sup>. Sin embargo, en la actividad coordinada, la supervivencia de obligaciones de vigilancia y control no puede ser formal. Si, como hemos visto, la delegación debe ser normativa y, además, responde a un principio de reparto del trabajo como fórmula eficaz de prevención de riesgos, entonces la conservación de parcelas de responsabilidad no debe ser contradictoria con la separación de funciones<sup>21</sup>. Si el promotor de la obra no puede asumir funciones ejecutivas de implementación de medidas, entonces los deberes de vigilancia quedarán cumplidos con el aseguramiento de que, formalmente, se lleva a cabo la actividad a la que los distintos operadores se encuentran obligados, sin posibilidad de interferir en su planificación o desarrollo.

En definitiva, la delegación constituye uno de los elementos nucleares de la prevención eficaz de riesgos laborales, pues permite *obligar* a múltiples sujetos en función de su capacidad organizativa y funcional<sup>22</sup>. Desde el primer punto de vista, porque cualquier decisión estratégica sólo puede ser adoptada por quien tiene la capacidad para ello; desde el segundo, porque la planificación, ejecución y supervisión de la acción preventiva debe llevarse a cabo por quien tiene los conocimientos técnicos para garantizar la eficacia del proceso.

---

delegación no habrá sido, en realidad, delegación normativa, pues normativamente se mantiene el deber de supervisión y vigilancia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la LPRL. Asentada así la autoría del legalmente obligado, la vigilancia no ejercida será, en segundo lugar, expresión del descuido grosero, si no doloso eventual, de las obligaciones preventivas. En parecidos términos, recientemente, J. Pavia: Responsabilidad penal, op. cit., págs. 39.

<sup>21</sup> Acertadamente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 14 de julio de 1999, dibujaba el mantenimiento de parcelas de responsabilidad sobre un triple escenario: incumplimiento de los deberes de cuidado en la selección del delegado; incumplimiento de los deberes de aportación material necesarios para la consecución de los objetivos de la actividad preventiva; y, finalmente, incumplimiento de las tareas de supervisión residuales del delegante. En la doctrina, cfr., I. Meini: Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados, Valencia, 2003, págs. 371 y ss. Siendo acertados los escenarios de responsabilidad residual, no deben sin embargo ignorarse las exigencias subjetivas de los artículos 316 (dolo, incluso eventual) y 317 (imprudencia grave) ni los condicionantes que impone la imputación objetiva del resultado peligro a la acción u omisión peligrosa desencadenada por el autor. De lo contrario, cualquier descuido (incluso leve) desvinculado en términos de riesgo respecto al resultado de peligro concreto podría llegar a subsumirse en cualquiera de los dos tipos penales, infringiendo claramente el principio de prohibición de regreso.

<sup>22</sup> En esta línea, vid., SAP Vizcaya de 26 de noviembre de 2002.

---

<sup>20</sup> Con mayor profundidad en E. Astarloa; O. Morales, Delitos relativos a los trabajadores, op. cit., pág. 18. La responsabilidad residual del delegante queda reservada a hipótesis de absoluto desentendimiento respecto a la actividad preventiva a la que se obligó el delegado. Tales casos mantendrán la responsabilidad penal del empresario por dos razones básicas. Por un lado, la

De acuerdo con lo anteriormente esbozado, legalmente obligados en la ejecución de obras civiles que requieren de la intervención de múltiples actores serán aquellos a quienes la Ley o el Reglamento les impone específicas obligaciones de actuación, bien sea ejecutiva, bien de mera supervisión. La relevancia penal de la omisión de sus obligaciones vendrá determinada por la incidencia que, en términos de riesgo, ejerza dicha omisión sobre el resultado de peligro o lesión finalmente acaecido. Es posible, entonces, que junto a la producción de un resultado de lesión concurren un conjunto de omisiones cuya relevancia en torno a dicho resultado sea desigual, lo que requerirá un tratamiento jurídico penal también desigual. Podrán, en consecuencia, concurrir imprudencias graves respecto al peligro para la integridad física efectivamente producido y que, no obstante, tan sólo posean un reflejo como imprudencia leve (constitutiva de falta) en relación con el ulterior resultado de lesión.

La propia normativa sectorial en cuanto contiene las fórmulas posibles de delegación, marca las pautas para diseccionar los ámbitos en los cuales cada uno de los actores adquiere protagonismo. Y no sólo eso. La eficaz tutela de la seguridad de los trabajadores, que como ya se ha dicho constituye la base del bien jurídico en torno al cual se articula la protección penal, requiere en no pocos casos la prohibición indirecta de asumir determinadas funciones según quien fuere el operador; y no sólo una prohibición de delegar, sino también, en ocasiones, de asumir desde lo más alto de la estructura empresarial.

### **3 · LA COORDINACIÓN DE LA ACTIVIDAD PREVENTIVA EN LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y REGLAMENTOS DE DESARROLLO. SUJETOS INTERVINIENTES Y OBLIGACIONES RESPECTIVAS**

De acuerdo con las premisas sentadas en el epígrafe anterior, la atribución de responsabilidad penal por el peligro, lesiones o muerte acaecidas en la ejecución de obras civiles como consecuencia de la omisión de medidas de seguridad, sólo podrá efectuarse previa delimitación del rol atribuido a cada actor por la legislación sectorial o delegado por el legalmente obligado conforme a la misma normativa.

En consecuencia, deben analizarse las obligaciones genéricas contenidas en la legislación extrapenal en materia de coordinación de la actividad preventiva en general y de la coordinación empresarial en la ejecución de obras civiles, en particular. Lo que remite, en primer término, a la LPRL e, inmediatamente

después, a lo dispuesto en los Reales Decretos 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras, y 171/2004, de 30 de enero, por el que se regula la coordinación de la actividad empresarial.

Durante los últimos años, el desarrollo reglamentario de las obligaciones de cada uno de los actores que participan en la ejecución de una obra civil se ha limitado a las disposiciones del Real Decreto 1627/1997. La excesiva generalización en la que incurre el citado Reglamento, junto a lagunas y contradicciones que habitan en su articulado, desembarcaron en una intervención legislativa ulterior a través del Real Decreto 171/2004. El objetivo de este último reglamento es el desarrollo del artículo 24 de la LPRL, es decir, de la totalidad de las cuestiones relacionadas con la coordinación de la actividad preventiva en cualquier ámbito de<sup>23</sup> ejecución en que dicha necesidad pueda presentarse. A pesar de la vocación generalista del Decreto, en él se contienen específicas disposiciones sobre la coordinación de la actividad preventiva en la ejecución de obras civiles. En efecto, por una parte, se confirma la vigencia íntegra del Real Decreto 1627/1997; por otra, se contienen disposiciones específicas en materia preventiva en las obras civiles, que tratan de aclarar o completar, según los casos, el alcance de las disposiciones del Decreto de coordinación en las obras civiles<sup>24</sup>.

En lo que respecta expresamente a la materia de coordinación, el artículo 24 de la LPRL, en su redacción original, contenía en cinco apartados las coordinadas sobre las que debían concretarse las diferentes obligaciones de seguridad en supuestos de coordinación de la actividad empresarial. Entre otras cuestiones, el artículo 24 de la LPRL establecía disposiciones generales según la actividad fuere realizada en el propio

<sup>23</sup> Y, como se ha visto en el primer capítulo de este trabajo, convergen especiales características en la ejecución de obras civiles como para discriminar la planificación de la actividad preventiva respecto a otras hipótesis de concurrencia empresarial.

<sup>24</sup> La propia exposición de motivos del citado R.D. 171/2004 es esclarecedora a estos efectos, cuando expresa que: «Si bien las obras se seguirán rigiendo por su normativa específica y sus propios medios de coordinación sin alterar las obligaciones actualmente vigentes (estudio de seguridad y salud en el trabajo durante la fase de proyecto elaborado a instancias del promotor, existencia de un coordinador de seguridad y salud durante la realización de la obra, plan de seguridad y salud realizado por el contratista [...]), esa normativa específica resultará enriquecida por lo establecido en este Real Decreto a través de la información preventiva que deben intercambiarse los empresarios concurrentes en la obra y mediante la clarificación de las medidas que deben adoptar los diferentes sujetos intervinientes en las obras».

centro de trabajo, en centros de trabajo ajenos, en varios centros indistintamente, o cuando se subcontrate la propia actividad con terceros empleando para ello trabajadores en el propio centro de trabajo, etc. El precepto citado, sin embargo, ni discrimina específicos sectores de actividad ni, en general, trasciende en su contenido a la mera obligación genérica de aseguramiento por el empresario principal, por lo que durante prácticamente una década limitó su función a mero criterio rector, sin que de su contenido pudieran extraerse conclusiones congruentes para todo sector de actividad. Por ello, la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, modificó su contenido incluyendo un sexto párrafo por el que se ordenaba el desarrollo reglamentario de las obligaciones de coordinación y las parcelas de responsabilidad de cada actor en el proceso, lo que tuvo finalmente lugar a través del Real Decreto 171/2004 de 30 de enero, y en lo que afecta a las obras civiles, en su Disposición Adicional Primera.

Como se anticipaba en la introducción, no se han visto alteradas las obligaciones contenidas en el Real Decreto 1627/1997, si bien estas obligaciones se *«enriquecen con la aclaración de la información preventiva que deben intercambiarse los empresarios concurrentes en la obra»*.

En efecto, en el Real Decreto 1627/1997 se desarrolla el marco normativo en el que se contienen todas las obligaciones de cada una de las partes que intervienen en la promoción, diseño y ejecución de obras, y se establece un régimen normativo que, tras la definición de los diversos operadores que puedan intervenir en las distintas fases de una obra de construcción, explicita las obligaciones de cada uno de ellos, desde el inicio hasta el final mismo de la obra.

### 3.1 · Sujetos intervinientes

De la regulación contenida en los Reales Decretos 1627/1997 y 171/2004 se desprende la existencia de tres grandes momentos sobre los que pivotará la coordinación de la actividad empresarial: (i) el diseño de la obra; (ii) coordinación entre diseño y ejecución; y (iii) ejecución y vigilancia específica de la ejecución. En cada uno de los momentos, los intervinientes son diversos y distintas también las parcelas de responsabilidad asignadas a cada uno de ellos. En este sentido, cabe distinguir cuatro grandes actores que concurren en el diseño, planificación y ejecución de las obras civiles<sup>25</sup>.

- El promotor de la obra. Aquella persona física o jurídica por cuya cuenta se realiza la obra.
- Contratistas. Personas físicas o jurídicas que asumen contractualmente ante el promotor el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de la obra. Es indiferente si los medios humanos y materiales de que disponen son propios o ajenos;
- Subcontratistas. Asumen ante el contratista la realización de determinadas partes o instalaciones de la obra.
- La dirección facultativa. Comprende al conjunto de técnicos designados por el promotor y cuyas funciones se circunscriben a la dirección y control de la ejecución de la obra. Se integran en la dirección facultativa los coordinadores de seguridad durante la ejecución de la obra<sup>26</sup>. Los coordinadores de seguridad durante la ejecución de la obra son nombrados por el promotor. En ocasiones, dirección facultativa y coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra serán una misma persona física o jurídica.

El Real Decreto 1627/1997 se refiere también a los trabajadores autónomos o los coordinadores de seguridad, pero éstos forman siempre parte de alguna de las tres categorías señaladas.

### Obligaciones del promotor

A diferencia de lo que sucede en relación con los coordinadores de seguridad durante el proyecto y la ejecución de las obras, con los contratistas y subcontratistas, y con los trabajadores autónomos, cuyas obligaciones se regulan con carácter específico en los artículos 9, 11 y 12 del Real Decreto 1627/1997, no existe en el reglamento capítulo o artículo en el

<sup>26</sup> Existen dos tipos de coordinadores: el coordinador de seguridad durante la elaboración del proyecto y el coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra. Con independencia de que en ocasiones puedan ser una misma persona física o jurídica, sus funciones son muy diversas. El primero se limita a coordinar a los actores que intervienen en el diseño del proyecto. Como veremos a continuación, ese momento inicial es fundamental en el diseño de la seguridad y es necesaria la presencia de un coordinador cuando son múltiples los diseñadores del proyecto. El segundo, en cambio, asume un rol especialmente delicado, puesto que sus conocimientos técnicos y la especificidad de su trabajo, circunscrito a la ejecución de la obra, le sitúan en la cúspide de la pirámide de responsabilidad.

<sup>25</sup> Vid, art. 2 del R.D. 1627/1997, de 24 de octubre.

que se recojan específicamente las obligaciones del promotor. Éstas, sin embargo, sí pueden identificarse en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 1627/1997, e incluso en el artículo 5 de la misma norma. Los dos primeros preceptos se refieren, respectivamente, a la designación de los coordinadores de seguridad y salud, y a la obligatoriedad del Estudio de Seguridad y Salud o, en su caso, del Estudio Básico de Seguridad y Salud en las obras. Y el tercero, al contenido obligatorio del Estudio de Seguridad y Salud. A todo ello debería sumársele razonablemente, vía interpretativa, la obligación de designación del proyectista para la elaboración del Estudio de Seguridad.

Teniendo en cuenta la *indefinición* apuntada pueden inferirse de los artículos 3 a 5 del Real Decreto 1627/1997 tres obligaciones básicas que afectan al promotor de la obra y que, como más adelante veremos con algo más de detalle, se refieren siempre al momento más inicial de la obra, es decir, al momento de su diseño y planificación: (a) designación del proyectista; (b) designación del coordinador de seguridad; y (c) aseguramiento de la realización del Estudio de Seguridad y Salud.

(i) Designación del Proyectista. El artículo 2.1. letra *c*) del Real Decreto 1627/1997, define al proyectista como «*el autor o autores, por encargo del promotor, de la totalidad o parte del proyecto de obra*». Es, pues, quien debe elaborar el proyecto conforme al cual la obra se desarrollará.

En aquellos casos en que la actividad habitual del promotor es, precisamente, la realización de obras, es habitual que el proyectista forme parte de la propia estructura empresarial del promotor. Dada la capacitación técnica que se exige al proyectista, éste, además, asume la Dirección Facultativa de la obra. Además de proyectista es, en la definición contenida en el artículo 2.1, letra *g*) del Real Decreto 1627/1997, «*el técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la dirección y control de la ejecución de la obra*».

(ii) Designación del Coordinador de seguridad. Como se ha visto, el artículo 3 del Real Decreto 1627/1997, distingue entre coordinadores de seguridad durante la elaboración del Proyecto y coordinadores de seguridad durante la ejecución de la obra.

Respecto al primero y la fase de proyecto, el promotor tendrá la obligación de nombrar un coordinador de seguridad *durante la elaboración del Proyecto* de obra siempre y cuando en la elaboración del Proyecto intervengan varios proyec-

tistas (artículo 3.1. del Real Decreto). De este modo, se asegura que la intervención de diversos arquitectos no provoque distorsión alguna de las medidas de seguridad, encargándose en tales casos el coordinador en fase de proyecto de garantizar que las distintas partes del proyecto sean compatibles entre sí desde el punto de vista de la eficacia de los principios de la acción preventiva.

En cuanto al segundo y la fase de ejecución, es obligación del promotor la designación de un coordinador de seguridad *durante la ejecución de la obra* en los casos en que el promotor sepa o prevea que en la ejecución participarán diversas empresas contratistas.

(iii) Realización del Estudio de Seguridad y Salud. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 1627/1997, «*El promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos de obras*». El Estudio podrá ser: (a) Estudio de Seguridad y Salud; o (b) Estudio Básico de Seguridad y Salud. La obligación de efectuar uno u otro, según se establece en el artículo 4.1, letras *a*) hasta la *d*), del Real Decreto 1627/1997, depende de la duración de la obra, presupuesto, número de trabajadores y tipo de trabajos a efectuar.

A estos efectos, el artículo 5 del Real Decreto 1627/1997 establece que el Estudio de Seguridad y Salud será efectuado por el técnico competente designado por el promotor.

El Estudio de Seguridad y Salud debe constar, según se indica en el artículo 5.2 del Real Decreto 1627/1997, de cinco partes bien diferenciadas:

(a) Memoria descriptiva. En ella deben hacerse constar los procedimientos, equipos técnicos y medios auxiliares que hayan de utilizarse o cuya utilización pueda preverse; identificación de los riesgos laborales que pueden ser evitados, con indicación a tal efecto de las medidas técnicas necesarias para ello; relación de riesgos laborales que no pueden eliminarse, especificando las medias preventivas y protecciones técnicas tendientes a controlar y reducir dichos riesgos y valorando su eficacia, en especial cuando se propongan medidas alternativas.

(b) Pliego de condiciones. Es el lugar en el que el autor del Estudio deberá tener en cuenta las normas legales y reglamentarias aplicables a las especificaciones técnicas propias de la obra de que se trate, así como las prescripciones que se

habrán de cumplir en relación con las características, la utilización y la conservación de las máquinas, útiles, herramientas, sistemas y equipos preventivos.

(c) Planos. Su importancia radica en que junto a ellos deberán desarrollarse los gráficos y esquemas necesarios para la mejor definición y comprensión de las medidas preventivas definidas en la memoria, con expresión de las especificaciones técnicas necesarias.

(d) Mediciones; y

(e) Presupuestos. En estos capítulos deberán especificarse y cuantificarse las unidades y elementos de seguridad y salud en el trabajo previamente definidos en el proyecto.

Por último, el artículo 3.4 del Real Decreto 1627/1997 contiene una cláusula de subsidiariedad de la responsabilidad del promotor, al establecer que la designación de los coordinadores no le eximirá de sus responsabilidades. Posteriormente veremos el alcance que, conforme a principios de interpretación jurídico penal puede otorgarse a la meritada cláusula.

#### Obligaciones del coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra

A diferencia de lo que sucede con el promotor, cuyas obligaciones son inferidas del articulado, en el caso del coordinador, éstas son formuladas expresamente. Además, si las obligaciones del promotor de la obra parecen ocupar una posición eminentemente formal en el reparto de funciones orquestado por el Real Decreto 1627/1997, los coordinadores de seguridad ocupan una posición nuclear en el reparto de obligaciones y responsabilidades anejas. En efecto, el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 estructura la responsabilidad de los coordinadores de seguridad en varios niveles:

(i) Con carácter previo a la ejecución de la obra. Los coordinadores deben velar por la aplicación de los principios de la acción preventiva durante la planificación de la actividad que la obra reclama, particularmente en el momento de adoptar decisiones de carácter técnico ligadas al reparto de tareas de la obra. Al tiempo, deberán asegurarse de que los planes de seguridad y salud presentados por los contratistas se ajusten a lo dispuesto en el Estudio de Seguridad y Salud previamente diseñado a instancias del promotor.

(ii) Durante la ejecución de la obra. Si el promotor conserva parcelas de responsabilidad sólo vinculadas a la fase inicial de la obra, es decir, su diseño y planificación, los coordinadores de seguridad, además, comienzan a relacionarse ya de modo directo con su ejecución. Deben velar por que los contratistas y subcontratistas apliquen adecuadamente los principios de la acción preventiva recogidos en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997. Además, se ocuparán de coordinar la aplicación de dichas medidas de seguridad en todos aquellos casos en que existan diversas personas físicas o jurídicas concurriendo a la ejecución de la obra y garantizar que sólo aquellos que poseen la cualificación requerida acceden a ella.

#### Obligaciones del contratista y terceros autónomos

Contratistas y subcontratistas son, junto a los coordinadores de seguridad, los principales obligados en materia de prevención de riesgos cuando de la ejecución de obras civiles se trata. Comparten con el coordinador de seguridad varios de los momentos en que la obra civil se estratifica. En particular, el diseño y la ejecución.

En relación con la fase de diseño, el artículo 7 del Real Decreto 1627/1997 establece que, una vez el promotor se ha asegurado de la elaboración del Estudio de Seguridad y Salud, y en aplicación de éste, «cada contratista elaborará un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra». Plan de seguridad que, en virtud del artículo 7.2 del Real Decreto, «deberá ser aprobado, antes del inicio de la obra, por el coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra». Es decir, cada contratista deberá elaborar un Plan de Seguridad y Salud referido a la específica función asumida (tan amplio, pues, como amplia sea la parte de la obra que el contratista ejecute por sí mismo) y que en ningún caso podrá contener previsiones presupuestarias o materiales inferiores a las establecidas en el Estudio de Seguridad y Salud elaborado por el coordinador. Precisamente será éste quien supervise el contenido del Plan específico del contratista y apruebe su contenido.

Y no son menores las obligaciones que el Real Decreto 1627/1997 establece para contratistas y subcontratistas durante la ejecución de la obra. Ambos deberán ponerse a las órdenes del coordina-

dor de seguridad en relación con las especificaciones técnicas y las medidas en concreto a adoptar; cumplirán los deberes genéricos de formación e información a los trabajadores que desempeñan sus funciones en el centro de trabajo.

Como cláusula de cierre, corresponde también a ellos «*el mantenimiento, el control previo a la puesta en servicio y el control periódico de las instalaciones y dispositivos necesarios para la ejecución de la obra, con objeto de corregir los defectos que pudieran afectar a la seguridad y salud de los trabajadores*» (artículo 10). Lo que tiene su sentido, pues son ellos los que desarrollan la citada obra para un tercero que se limita a encargar que se haga, cumpliendo previamente un conjunto de estrictas obligaciones legales y dedicando una parte importante de presupuesto a garantizar las medidas de seguridad durante la ejecución de la obra. A mayor abundamiento, el artículo 12.1, letra *a*) del Real Decreto 1627/1997, dedicado a las «obligaciones de los trabajadores autónomos» establece para éstos un deber idéntico al previsto para contratistas y subcontratistas<sup>27</sup>.

#### **4 · DELIMITACIÓN DE LOS LEGALMENTE OBLIGADOS SEGÚN EL REPARTO DE FUNCIONES REGLAMENTARIO**

A la vista de lo expuesto, si las obligaciones del promotor se agotan con la designación del proyectista y del coordinador de seguridad, y asegurándose de la correcta creación del Estudio de Seguridad y Salud, las responsabilidades del coordinador de seguridad, contratistas y subcontratistas parecen comenzar en ese punto en el que el promotor perdería competencia para adoptar decisiones, precisamente por su falta de conocimiento del sector.

En efecto, el Estudio de Seguridad y Salud debe ser elaborado por el técnico *designado* por el promotor. Éste, una vez garantiza su confección conforme a los criterios reglamentariamente diseñados, perdería la competencia sobre la materia, cediendo en favor de quienes se harán cargo efectivamente de la ejecución de la obra. Por una parte, cedería sobre

cada uno de los contratistas intervinientes, que deberán elaborar un plan de seguridad tomando como referente mínimo el Estudio de Seguridad y Salud; y, por otra parte, la competencia se desplazaría hasta el coordinador de seguridad que deberá aprobar el plan de seguridad diseñado por cada contratista.

El Real Decreto 1627/1997 no atribuye al promotor ninguna obligación posterior a la designación del proyectista, del coordinador de seguridad y el aseguramiento de la elaboración del Estudio de Seguridad y Salud. En ningún momento el citado reglamento prevé (y hasta podría decirse, permite<sup>28</sup>), la entrada del promotor en la valoración de las medidas de seguridad que se contengan en el plan ni en su aprobación por el coordinador de seguridad.

Esta interpretación se ve confirmada con la entrada en vigor del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero. Dicho Reglamento modifica parcialmente el Real Decreto 1627/1997, pero tan sólo para aclarar el alcance de las obligaciones del promotor, manteniendo vigente, por razones de especialidad, el Real Decreto 1627/1997. En esta tarea, el Real Decreto 171/2004 incorpora y concreta una serie de obligaciones generales para el promotor y para los contratistas. Tales obligaciones generales, incorporadas en general para cualquier tipo de coordinación empresarial en los artículos 7 y 8 del Real Decreto 171/2004, se refieren a la información que debe ofrecer el empresario titular sobre los riesgos laborales que puedan concurrir en el lugar en el que se realizarán los trabajos, así como a las instrucciones que debe suministrar a los contratistas y subcontratistas para la prevención de tales riesgos. Al tiempo, las obligaciones generales del artículo 8 del Real Decreto 171/2004 se proyectarán, en los términos que se verá, no al promotor, sino a los contratistas.

En definitiva, el Real Decreto 171/2004 extiende la eficacia de sus artículos 7 y 8 al Real Decreto 1627/1997, identificando los términos «empresario titular», del Real Decreto 171/2004, y «promotor», del Real Decreto 1627/1997. A tal efecto, la letra *a*), párrafo primero y segundo, especifica cuándo se entenderán cumplidas las obligaciones de información y de instrucciones por el promotor; en concreto, establece que: «*La información del artículo 7 se entenderá cumplida por el promotor mediante el estudio de seguridad y salud o el estudio básico, en los términos*

<sup>27</sup> Debe entenderse por trabajadores autónomos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2. j), aquellos que, siendo distintos del contratista o subcontratista, realizan de forma personal y directa como actividad profesional determinadas partes de la obra. El artículo 12.1, a) parifica su responsabilidad a la de los contratistas, al encargarles, en su caso, el cumplimiento de los principios de la acción preventiva contenidos en el artículo 10 del R.D. 1627/1997.

<sup>28</sup> Vid. supra notas 12 y 16.

establecidos en los artículos 5 y 6 del RD 1627/1997, de 24 de octubre. Las instrucciones del artículo 8 se entenderán cumplidas por el promotor mediante las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, cuando tal figura exista; en otro caso, serán impartidas por la dirección facultativa».

Es decir, el nuevo Real Decreto 171/2004 efectúa una interpretación auténtica del alcance de las obligaciones del promotor, que se circunscriben a las siguientes:

(i) debe, en primer lugar, garantizar la realización del Estudio de Seguridad y Salud. Pero no de cualquier forma, sino en los términos en que se pronuncia el artículo 5 del Real Decreto 1627/1997 (el artículo 6 se refiere al estudio básico de seguridad y salud, solo exigible en caso de obras menores, no siendo el caso).

(ii) Al mismo tiempo, el Real Decreto 171/2004, determina que la obligación de efectuar las oportunas instrucciones a los contratistas y subcontratistas sobre los riesgos evaluados en el Estudio Básico de Seguridad se entenderá cumplida por el promotor con las instrucciones que dé el coordinador de seguridad. Nuevamente, se impide al promotor asumir una competencia que difícilmente podría ejercer con garantías, imponiéndose esa obligación al coordinador de seguridad. El mandato al promotor es claro: debe nombrar a un coordinador de seguridad y asegurarse de que imparta las instrucciones oportunas a los contratistas sobre los riesgos detectados, impidiéndosele asumir *motu proprio*, tales funciones. No puede ser, en consecuencia, legalmente obligado a coordinar a las empresas contratistas durante la ejecución de la obra.

Con estas especificaciones, queda completado el contenido de la *obligación legal* a la que se refieren los artículos 316 y 317 CP en relación al promotor y el coordinador de seguridad.

(i) Promotor. Responderá penalmente cuando la puesta en peligro concreto de la vida, salud, o integridad física de los trabajadores sea consecuencia (causal y en términos de riesgo) de la inobservancia de los deberes de asegurar el nombramiento del coordinador de seguridad y la aprobación del Estudio de Seguridad y Salud. Y su imputación como legalmente obligado podrá acontecer tanto si el nombramiento no se efectúa y, por ello, la seguridad en la obra carece de control y coordinación entre los distintos

intervinientes; o si el estudio de Seguridad no se hizo; o, efectuándose, incluso un lego en la materia hubiera podido apreciar su inconsistencia e insuficiencias; si, efectuándose con rigor en algunas partes, otras (de las cinco obligadas) no fueron diseñadas incrementándose el riesgo para la vida de los trabajadores en determinadas circunstancias<sup>29</sup>; si no verifica la coordinación real de la seguridad en la ejecución. En este último caso, se trata de una medida tuitiva. Debe garantizar, únicamente, que la coordinación se está produciendo, pero no podrá fiscalizar su contenido, pues *ratione materiae* el promotor no tiene por qué conocer los principios de coordinación de la acción preventiva. No obstante, mantendrá una parcela de responsabilidad penal en caso de incumplimiento, razonablemente, porque de incumplirse la coordinación de la actividad preventiva, sólo el promotor puede cesar al coordinador y nombrar un tercero, garantizando así el control del cumplimiento de los principios de la actividad preventiva. Por la misma razón, responderá criminalmente el promotor en aquellos casos en que, solicitada por el coordinador de seguridad la asignación presupuestaria de las medidas preventivas, aquél rechazara la dotación o impugnara su contenido.

*Contrario sensu*, el empresario titular (en las obras, el promotor) no quedará legalmente obligado —en los términos exigidos por los artículos 316 y 317 del Código Penal— a coordinar ni vigilar la seguridad en las obras o el cumplimiento de las específicas medidas preventivas, derivándose tales obligaciones a otros actores del proceso. Razonablemente, porque el promotor es, con carácter general, el sujeto más alejado de la obra, el que debe recurrir a terceras empresas especializadas para que éstas realicen los trabajos que él mismo no puede realizar, por lo que el legislador deriva sus obligaciones a la

(ii) Coordinador de seguridad. La responsabilidad del coordinador comienza con la materialización misma del Estudio de Seguridad y

<sup>29</sup> Me refiero siempre, en este trabajo, al resultado de peligro concreto. Sobre la concurrencia de eventuales resultados de lesión de la integridad física o la vida y el correspondiente régimen concursal en función de las posibles variantes que concurren, vid., in extenso, E. Astarloa; O. Morales: Delitos relativos a los trabajadores, op. cit., págs. 20 y ss.

Salud<sup>30</sup>. De ahí que, la ausencia de evaluación de riesgos o su imperfecta previsión; la omisión —presupuestaria y real— de medios y equipos de protección; la omisión del Estudio de seguridad del contratista o su aprobación por debajo de las previsiones mínimas del Estudio de Seguridad y Salud, provocarán el nacimiento de responsabilidad jurídico penal en el coordinador si cualesquiera de estas circunstancias genera un peligro para la vida o integridad física. Al tiempo, el coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra deberá asegurarse de que los contratistas se encuentran al corriente de los riesgos propios del centro de trabajo en que la obra será ejecutada. Normalmente ello sucederá con la aprobación del Estudio de Seguridad y Salud presentado por los contratistas y subcontratistas, pero cualquier modificación sobre el original presentado por éstos deberá ser puesto en su conocimiento. Por último, si el coordinador de seguridad se halla integrado en la dirección facultativa, deberá asegurarse de que las empresas contratistas aseguran el cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas, particularmente mediante la designa de los correspondientes encargados de obra (arquitectos y arquitectos técnicos) y asegurándose también de que los encargados de obra coordinan la seguridad. Nuevamente, al igual que sucede con la figura del promotor, se trata de una función tuitiva, en la que el coordinador no debe asumir la dirección de la obra o de las medidas de seguridad que en ella se adoptan, sino que debe garantizar que durante su ejecución el encargado de obra acomete sus funciones con normalidad.

No es competencia del coordinador de seguridad la información de los riesgos ni la formación de los trabajadores de las empresas contratistas, subcontratistas o trabajadores autónomos, por lo que la utilización o falta de uso de los equipos de protección, así como de medios

mecánicos por parte de trabajadores inexpertos, no podrá imputarse directamente al coordinador de seguridad.

Por último, el Real Decreto 171/2004 contiene un Capítulo IV en el que se establece el «*Deber de vigilancia del empresario principal*», obligándole, en general, a supervisar el cumplimiento de la normativa de riesgos por parte de contratistas y subcontratistas. Pues bien, la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 171/2004, establece que: «*Las medidas establecidas en el capítulo IV para el empresario principal corresponden al contratista definido en el artículo 2.1. h) del RD 1627/1997, de 24 de octubre*». Se completan así las *obligaciones legales* del denominado empresario principal, es decir, del contratista.

(iii) Contratista. Las compromisos que convierten al contratista en *legalmente obligado* se solapan parcialmente con los del coordinador de seguridad. Es, al igual que aquél, parcialmente responsable de la coordinación de la seguridad, pues de él depende la elaboración del estudio de seguridad específico que debe adaptarse al Estudio de Seguridad y Salud diseñado por el coordinador. La falta de este estudio y la ulterior omisión de medidas de seguridad será responsabilidad de ambos a título de coautores, pues ni la elaboración de este estudio complementario garantiza por sí misma la seguridad ni, por el contrario, depende exclusivamente de su autor, sino que su eficacia se vincula cabalmente a su aprobación por el coordinador. Al tiempo, el contratista, como empresario principal es el máximo artífice de la seguridad en la obra. Tras la evaluación de riesgos en que se traduce su estudio complementario de salud, debe garantizar la formación e información de cuantos trabajadores ejecutan el trabajo y es quien debe proveer los medios técnicos necesarios para que los trabajos se desempeñen en las condiciones de seguridad necesarias. Dependiendo del tamaño de la obra, el contratista puede nombrar un técnico cualificado que se integrará en la dirección facultativa. Aquí las responsabilidades nuevamente se solapan. El coordinador de seguridad, cuando se halla integrado en la dirección facultativa, deberá coordinar la ejecución diaria de la obra con el encargado de ésta, nombrado por el contratista e integrado en la dirección facultativa. La ausencia de coordinación será responsabilidad directa de ambos, pero también del contratista, que debe velar, de acuerdo con

<sup>30</sup> Deberá distinguirse aquí entre estudio de Seguridad y Salud durante el diseño de la obra y estudio de Seguridad y Salud durante la ejecución de la obra. El primero remite a la coordinación entre diversos autores del proyecto; el segundo, a la concreción de las medidas que la ejecución de la obra ya diseñada reclamará. En ambos casos, el coordinador asume la responsabilidad íntegra en la adopción de las correspondientes medidas de seguridad, aunque será en el Estudio de Seguridad durante la ejecución del Proyecto donde la incidencia en la integridad física, la vida o la salud se manifieste con mayor claridad.

lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera, letra c) del Real Decreto 171/2004, por la adopción de los medios de coordinación necesarios para la práctica de los trabajos.

## 5 · LA CLÁUSULA DE EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 318 CP

Los artículos 316 y 317 CP presentan una estructura de resultado, en particular, como delitos de peligro concreto. En tal caso, y si se comparte que el peligro concreto es también un acontecimiento natural, ello faculta a la entrada en funcionamiento de las disposiciones contenidas en el artículo 11 CP para las conductas omisivas. Por lo que aun cuando el empleador se limitase a omitir la dotación de medidas de seguridad en supuestos que específicamente le atañen, podrá ser finalmente imputado a título de comisión por omisión, en la medida en que, entre sus obligaciones, se encuentren las de preservar las condiciones de seguridad del trabajador<sup>31</sup>. Esta posibilidad se hace aún más evidente a tenor de lo dispuesto en el artículo 318 CP. A pesar del carácter extensivo del precepto, es preciso ser cauteloso en el establecimiento de sus límites. Toda omisión exige como elemento nuclear de tipicidad la capacidad del sujeto para hacer frente a la acción de salvaguarda (expresamente lo recoge el tipo mediante la cláusula «y pudiendo remediarlo»)<sup>32</sup>. El mero conocimiento de la situación ilícita no puede derivar en la realización omisiva de la conducta si el sujeto activo carece de capacidad para, efectivamente y no solo potencialmente, llevar a cabo una acción capaz de evitar el resultado perjudicial. Y, desde luego, los trabajadores que carezcan de atribuciones reales sobre la seguridad e higiene en el trabajo difícilmente podrán impedir que las condiciones en que éste se desarrolla puedan variar en beneficio del empleado. Las relaciones laborales, por lo general, se desarrollarán en sentido vertical, lo que podría hacer perder al artículo 318 CP gran parte de su significado; pues, podrá cometerse omisivamente el delito del artículo 316-317 CP por quien tiene trabajadores a su servicio dado que aquél podrá estar omitiendo las correspondientes medidas de seguridad, pero difícilmente podrá lle-

var a cabo acción de salvaguarda alguna quien carece de atribución en el seno de la empresa para adoptar decisiones sobre la estructura de seguridad adoptada por la empresa, los medios técnicos facilitados o la formación e información recibida, por ejemplo. Sin que sea posible la identificación entre la obligación «legal» impuesta por el artículo 318 CP —sin substrato fáctico que la fundamente— y capacidad de acción de salvaguarda<sup>33</sup>, pues en tal caso se estarían estableciendo a través del artículo 318 CP una suerte de obligaciones de policía<sup>34</sup> a cualesquiera trabajadores de la empresa sobre la base del mero conocimiento. Y, al margen de que la indefinición de las vías que el omitente sin atribuciones podría emplear para salvaguardar el bien jurídico provocaría recurrentes errores de tipo, lo cierto es que el precepto no se sostendría en términos de proporcionalidad; pues estaría sancionado con idéntica pena hechos no sólo sin equivalencia estructural sino valorativamente muy distintos.

En tal caso, adquiere especial significado la tesis propuesta por Lascurain<sup>35</sup>, en el sentido de entender que la referencia del artículo 318 CP «a quienes» solo puede estar refiriéndose a los administradores y encargados del servicio. En esta línea, la omisión, aun careciendo de identidad estructural con la comisión activa, encontraría un fundamento político criminal válido para la equivalencia de penas y un ámbito de vigencia razonable para el segundo inciso del precepto. Lo primero —un fundamento político criminal razonable para la equivalencia de penas con la comisión activa— en la medida en que los administradores y encargados del servicio, aun cuando no se hallen *strictu sensu* legal o contractualmente obligados a en el sentido del artículo 11 CP no pueden aparecer en las relaciones laborales aparejados a los empleados sin atribuciones de la empresa. Precisamente por ello, en segundo lugar, no sería posible, bajo una genérica obligación de actuar, hacer nacer los presupuestos del artículo 11 CP, por lo que el segundo inciso del artículo 318 CP adquiere carta de naturaleza<sup>36</sup>. En conclusión, si en

<sup>31</sup> Con carácter general, A. Baylos; J. Terradillos: Derecho penal del trabajo, cit., págs. 58-59.

<sup>32</sup> Lo apuntaba ya J. Terradillos: «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en VVAA (Enrique Bacigalupo, Director): Empresa y delito en el nuevo Código penal, Cuadernos de Derecho Judicial, II, 1997, pág. 140.

<sup>33</sup> J. Terradillos: Delitos contra los derechos de los trabajadores, cit., pág. 140; C. Martínez-Buján: Derecho penal, cit., pág. 647, entre otros.

<sup>34</sup> La terminología es de J.M.<sup>a</sup> Silva: El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997, pág. 73.

<sup>35</sup> J.A. Lascurain: Delitos contra los derechos, cit., pág. 647.

<sup>36</sup> Otras soluciones aportadas por la mejor doctrina, no me parecen, sin embargo, del todo satisfactorias. Así, J. Terradillos: Delitos contra los derechos de los trabajadores, cit., pág. 140; I. Meini: Responsabilidad penal del empresario, op. cit., pág. 416, sostiene que la exigencia de poder remediar el resultado a la

el caso concreto el administrador o responsable del servicio es a su vez legal o contractualmente obligado a la preservación del bien jurídico, nacerán los presupuestos del artículo 11 CP; si, por el contrario, en el caso concreto el administrador o responsable de un servicio que tiene conocimiento de la omisión de medidas de seguridad carece de atribuciones específicas legales o contractuales, responderá conforme a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 318 CP si (conforme a juicio hipotético) hubiera podido remediar con su actuar dicha situación<sup>37</sup>. Y ello, a diferencia de lo que sucedería respecto de otros espectadores de la relación laboral (como es el caso de otros trabajadores de la empresa no afectados) sobre la base de una genérica mayor capacidad de reacción de los administradores.

Ahora bien, el artículo 318 CP tendrá, no obstante, una escasa incidencia en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo. No se olvide que su finalidad última es la extensión de responsabilidad criminal en delitos especiales hasta sujetos no cualificados<sup>38</sup>. En este tipo de delitos, la *obligación legal* a la que se refiere el artículo 316 CP y la *capacidad para evitar el resultado* a que se refiere el artículo 318 CP se encuentran indisolublemente unidos. Salvo atribución legal<sup>39</sup>, difícilmente podrá

interferirse en la planificación y desarrollo de la actividad preventiva con capacidad para salvaguardar el bien jurídico. Otra interpretación implicaría una abrogación de la distribución de funciones planificada por el legislador en el artículo 316 a través de la técnica de la ley penal en blanco, útil precisamente en sectores altamente tecnificados<sup>40</sup>, poniendo en jaque la contrastada escasa eficacia del diseño de la acción preventiva<sup>41</sup>. El precepto será útil en supuestos muy específicos<sup>42</sup> en los que se afecta la seguridad e higiene en el trabajo, pero en general desplegará su eficacia en otros delitos de los ubicados en el Título XV.

El esquema propuesto, en conclusión, trata de racionalizar el régimen de responsabilidad criminal derivado de la siniestralidad laboral, obligando a cada actor según las competencias que legal o reglamentariamente deba asumir o haya asumido por delegación operada con cobertura normativa. Se trata de evitar una pancriminalización de todos los intervinientes en la ejecución de obras civiles, independientemente de sus atribuciones o competencias específicas. Y, al tiempo, se trata de garantizar el bien jurídico protegido, pues la primera piedra en el edificio de la prevención de riesgos debe ser el conocimiento exacto de las obligaciones propias y la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

que se refiere el artículo 318 CP conlleva una derivación automática al artículo 11 CP, a través de la obligación legal o contractual, lo que significaría una abrogación de este inciso del artículo 318 CP. Tampoco la propuesta de C., Martínez-Buján: Derecho penal, cit., solventa el escollo de la interpretación abrogante del artículo 318 CP; pues no explica suficientemente las razones por las que sería discutible que la posición de garantía del artículo 318 CP obtuviese acomodo en las fuentes del artículo 11 CP, pero, sobre todo, porque no queda claro en su posición por qué razón y sobre la base de qué fundamento político criminal, terceros ajenos a los administradores o responsables del servicio podrían ser también hechos responsables del resultado.

<sup>37</sup> Dando cuenta al Consejo de Administración, promoviendo el despido de quien tuviera la competencia específica para la adopción de las correspondientes medidas, etc.

<sup>38</sup> C. Villacampa: «Comentario al artículo 318 CP», en VVAA Gonzalo Quintero Olivares (Director) y Fermín Morales Prats (Coordinador): Comentarios al Nuevo Código Penal, 3.ª edición, Pamplona, 2004, pág. 1628.

<sup>39</sup> O delegación en los términos supra —epígrafe 2— expuestos.

<sup>40</sup> Sobre la exigencia, no obstante, de una legislación penal especial en este tipo de delitos, J. Terradillos: Delitos contra la vida, op. cit., pág. 39 y s.

<sup>41</sup> Cfr., por ejemplo, la crítica de A. Mora; A. Cárcoba: «Accidentes laborales, una visión heterodoxa», artículo publicado en El País, área de Economía, edición de 29 de agosto de 2005, en relación con el sistema de medición de la gravedad de los accidentes que, en su opinión, facilita la relajación de las evaluaciones de riesgos y, consecuentemente, de las medidas preventivas a adoptar.

<sup>42</sup> Piénsese en el caso del consejero delegado que, careciendo de atribuciones específicas sobre la seguridad e higiene de la planta industrial, conoce, no obstante, la existencia de severos déficits en la articulación del sistema preventivo y, no obstante su capacidad para incidir en el consejo y que éste adopte las correspondientes decisiones, decide omitir dicha acción de salvaguarda.