

UNIVERSIDAD DE GRANADA

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



TESIS DOCTORAL:

**LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL EMPRESARIO
EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

PRESENTADA POR LA DOCTORANDA:

María del Mar Pérez Hernández

BAJO LA DIRECCIÓN DE:

Prof. Dr. José Luis Monereo Pérez

Granada, 2019

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: María del Mar Pérez Hernández
ISBN: 978-84-1306-373-7
URI: <http://hdl.handle.net/10481/58143>

DEDICATORIA A MODO DE AGRADECIMIENTO

Nunca se llega a un destino solo y sin ayuda de otros, y en esta Tesis esto se cumple al pie de la letra. Ha habido muchas personas que, de un modo u otro, han facilitado este trabajo, y a todos quisiera dedicarla, especialmente:

A mi padre, profesor universitario, ejemplo y modelo siempre, y “culpable” de mi vocación universitaria.

A mi madre, por su dedicación y entrega siempre generosa, silenciosa e inestimable.

A mi hermana, que siendo menor que yo, me adelanta en tantas cosas, entre otras en el título de Doctora que tiene desde hace años.

A José Luis, maestro de maestros, cuyo afán por transmitir las fuentes del saber no tiene límites, y quien, guiado por su intuición, accedió a ser mi Director en esta aventura de la Tesis.

A Bernardo, mi preparador de oposiciones, cuyas enseñanzas fueron determinantes para mi ingreso en la Inspección de Trabajo.

A Sonia, mi primera Jefa de Inspección, que tanto me ayudó en mis primeros pasos como Inspectora, y siempre.

A Rosa, por tantas visitas de inspección que hemos hecho juntas.

A todos los compañeros de la Inspección de Almería, por su profesionalidad, buen hacer, disponibilidad y paciencia conmigo, por hacerme fácil el día a día.

A Arantxa, Belén, Pompeyo, Manolo, y a todos los que con vuestras conversaciones, gestiones y ánimos habéis conseguido que hoy esté aquí.

Puede ocurrir que la elaboración del precepto sea suficiente para arreglar el conflicto. La posibilidad de este feliz éxito depende de una diversidad de condiciones favorables, entre las que tiene gran valor la autoridad de quien elabora y la docilidad de quien lo escucha. No conviene ser en este punto escéptico ni iluso. Una observación atenta y desapasionada demuestra que, si son muchos los casos en que el precepto no actúa por sí solo, hay otros en los que las partes no lo saben encontrar por sí mismas, pero se conforman cuando otro lo ha encontrado. Es cierto, a pesar de todo que, en tales casos, que constituyen una minoría, se necesita que al precepto se agregue algo para reaccionar victoriosamente contra la acción disolvente del conflicto.

Teoría General del Derecho, Francesco Carnelutti¹

¹ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar "La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti"*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2003, pág. 64.

RESUMEN

La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales es una institución procesal consecuencia de haber incumplido una obligación de índole material, cual es el deber de seguridad del empresario respecto de los trabajadores a su servicio. Se trata de una institución de naturaleza reactiva –por existir infracción a la normativa preventiva- que se traduce en consecuencias sancionatorias, con fin represivo y preventivo, y en consecuencias de tipo mixto, a través de requerimientos y paralización de actividades, que no tienen fin represivo pero sí preventivo. El texto lo hemos dividido el presente estudio en dos partes. Una primera parte general, estructurada en tres capítulos, en la que tratamos sobre la responsabilidad administrativa dentro del panorama general de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, en la que se expone las distintas responsabilidades existentes en materia de prevención de riesgos laborales, la figura del empresario como sujeto responsable y la incidencia de la imprudencia del trabajador en la responsabilidad del empresario. La segunda parte, especial, está articulada en torno a cuatro capítulos, en los que se perfila el instituto responsabilidad administrativa, y se trata sobre infracciones, sanciones y otras medidas de naturaleza no sancionadora. A lo largo del presente estudio se tratará de dar respuesta a los interrogantes que plantea la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales, se profundiza en su naturaleza jurídica, y se ofrecen propuestas de *lege ferenda* que el legislador debiera plantearse de cara a una futura reforma del sistema de responsabilidades, adaptando infracciones y sanciones a la situación práctica actual. Por otra parte, se hace hincapié en el carácter nuclear de la responsabilidad administrativa respecto de las otras responsabilidades dimanantes en casos de incumplimientos del deber de seguridad.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad administrativa, prevención de riesgos laborales, empresario sujeto responsable, infracciones, sanciones, requerimiento, paralización de actividades.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS	14
INTRODUCCIÓN	17
PARTE I: EL SISTEMA GENERAL DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES	25
CAPÍTULO 1: LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. EL PROBLEMA DE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES	25
1. Planteamiento General.....	25
2. Responsabilidad penal.....	32
3. Responsabilidad administrativa.....	43
4. Responsabilidad civil.....	53
5. Responsabilidad de seguridad social.....	57
CAPÍTULO 2: EL EMPRESARIO COMO SUJETO RESPONSABLE	68
1. La configuración del empresario como sujeto responsable en prevención de riesgos laborales.....	68
2. Supuestos de estructuras empresariales complejas.....	76
2.1. Empresas de Trabajo Temporal.....	77
2.2. Empresas coordinadas. Art 24 LPRL y Art 42 LISOS.....	79
2.3. Especial referencia a la subcontratación en el sector de la construcción.....	86
3. Los otros sujetos responsables.....	91
CAPÍTULO 3: LA IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR Y SU INFLUENCIA EN LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL	96
1. El deber de cooperación del trabajador.....	97

2. La imprudencia del trabajador y su influencia en la responsabilidad empresarial: tipos de imprudencia.....	100
---	-----

PARTE II: ESTUDIO ESPECIAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....107

CAPÍTULO 1: CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DEL TIPO “RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA” EN MATERIA PREVENTIVA.....107

1. La responsabilidad administrativa como categoría jurídica.....	108
1.1. Función de la responsabilidad administrativa en materia preventiva...	109
1.2. Estructura de la responsabilidad administrativa en materia preventiva.....	112
1.3. Concepto de la responsabilidad administrativa en materia preventiva.....	116
2. Principios del derecho administrativo sancionador y su proyección en el ámbito de la responsabilidad administrativa de prevención de riesgos laborales.....	118
2.1. Legalidad.....	122
2.1.1. Planteamiento general.....	122
2.1.2. Reserva legal.....	126
2.1.2.1. La reserva legal en el Derecho Administrativo Sancionador: Planteamiento general.....	126
2.1.2.2. La reserva legal en el Derecho Administrativo Sancionador Social.....	129
2.1.3. Tipicidad.....	137
2.1.3.1. La tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador: Planteamiento general.....	137
2.1.3.2. La tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador Social.....	143
2.1.4. Irretroactividad.....	148
2.2. <i>Non Bis in Idem</i>	150

2.2.1. Planteamiento general.....	150
2.2.2. El principio de <i>Non Bis in Idem</i> en el Orden Social.....	155
2.2.3. Juego procesal del principio de <i>non bis in ídem</i>	161
2.3. Culpabilidad.....	168
2.3.1. Planteamiento General.....	169
2.3.2. Formas de culpabilidad y su aplicación al Derecho Administrativo Sancionador Social.....	174
2.3.3. El error y la diligencia debida del empresario.....	176
2.3.4. La responsabilidad solidaria en el Derecho Administrativo Sancionador Social.....	178
2.3.5. La culpabilidad en las personas jurídicas.....	181
2.3.6. En especial: El deber de seguridad del empresario.....	185
2.4. Proporcionalidad.....	188
2.4.1. Cuestiones generales.....	188
2.4.2. El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador Social.....	191
2.5. Presunción de Inocencia. Presunción de certeza de las Actas de Inspección.....	193
2.5.1. Planteamiento general.....	193
2.5.2. La presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras...	196

CAPÍTULO 2: INFRACCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.....203

1. Infracciones leves.....	205
1.1. La falta de limpieza.....	205
1.2. Obligaciones de carácter formal o documental.....	209
1.2.1. Notificación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.....	209
1.2.2. Comunicación de datos relativos al centro de trabajo.....	214
1.2.3. Otros incumplimientos de carácter formal.....	216
1.3. Otros incumplimientos sin trascendencia.....	218
1.4. Infracciones leves en materia de subcontratación en el sector de la construcción.....	219

1.4.1. Falta de libro de subcontratación.....	220
1.4.2. Falta de documentación o título de posesión de la maquinaria...	221
2. Infracciones graves.....	223
2.1. Infracciones formales.....	224
2.1.1. Notificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.....	224
2.1.2. Falta de documentación de la actividad preventiva.....	226
2.1.3. Falta de comunicación de apertura o reanudación de tareas en el centro de trabajo.....	229
2.2. Infracciones relativas a la integración de la prevención en la empresa.....	230
2.2.1. Plan de prevención de riesgos laborales y su integración en la empresa.....	231
2.2.2. Evaluación de riesgos laborales.....	234
2.2.3. Planificación de la actividad preventiva.....	240
2.3. Infracciones relativas a la salud de los trabajadores e investigación de accidentes de trabajo.....	243
2.3.1. Vigilancia de la salud.....	244
2.3.2. Adscripción de trabajadores a puestos de trabajo incompatibles.....	250
2.3.3. Investigación de accidentes de trabajo.....	255
2.4. Información y formación en materia preventiva.....	258
2.4.1. Obligación de información.....	259
2.4.2. Obligación de formación.....	263
2.5. Derechos colectivos en materia preventiva.....	267
2.6. Organización preventiva.....	272
2.6.1. Gestión de la prevención de riesgos laborales en la empresa...	272
2.6.2. Recursos preventivos.....	275
2.6.3. Auditoría del sistema de prevención.....	278
2.7. Condiciones de trabajo.....	280
2.7.1. Límites y prohibiciones de exposición.....	280
2.7.2. Medidas de emergencia.....	282
2.7.3. Orden y limpieza.....	284

2.7.4. Incumplimientos específicos y genéricos que generen riesgos graves para la integridad física o salud de los trabajadores.....	285
2.8. Infracciones en materia de concurrencia de actividades en el mismo centro de trabajo.....	288
2.9. Infracciones en el sector de la construcción.....	291
2.9.1. Infracciones de falta de Evaluación de riesgos en el sector de la construcción.....	293
2.9.2. Infracciones relativas a supuestos de concurrencia empresarial en las obras de construcción.....	297
2.9.2.1. Infracciones por incumplimiento del deber de cooperación en el sector de la construcción.....	298
2.9.2.2. Infracciones en el ámbito de la Ley Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.....	302
2.9.2.2.1. Incumplimientos de subcontratistas.....	303
2.9.2.2.2. Incumplimientos de contratistas.....	307
2.9.2.2.3. Incumplimientos del promotor.....	309
3. Infracciones muy graves.....	310
3.1. Colectivos especiales de riesgo.....	310
3.1.1. Trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia.....	311
3.1.2. Trabajadores menores.....	319
3.2. Obligaciones que generen riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.....	324
3.2.1. Falta de paralización de los trabajos a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.....	327
3.2.2. Impedir el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente.....	329
3.3. Infracciones relacionadas con la confidencialidad de datos en relación con la vigilancia de la salud.....	331
3.4. Suscripción de pactos para eludir la responsabilidad solidaria.....	332
CAPÍTULO 3: SANCIONES POR INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS.....	334
1. Análisis general.....	334
2. Criterios de graduación.....	349

2.1. Caracterización general.....	349
2.2. Criterios de graduación aplicables en materia de prevención de riesgos laborales.....	354
2.2.1. La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo.....	354
2.2.2. El carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades.....	358
2.2.3. La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias.....	359
2.2.4. Número de trabajadores afectados.....	363
2.2.5. Las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de riesgos laborales.....	365
2.2.6. El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos a que se refiere el artículo 43 LPRL.....	367
2.2.7. La inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, delegados de prevención o el comité de seguridad y salud para la corrección de las deficiencias legales existentes.....	370
2.2.8. La conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.....	373
3. Referencia a la reincidencia y a la persistencia continuada en la infracción.....	375
3.1. Reincidencia.....	375
3.2. Persistencia continuada en la infracción.....	380
4. Otras sanciones distintas de la multa.....	383
4.1. Publicidad de las sanciones.....	385
4.2. Suspensión de actividades o cierre del centro de trabajo.....	389
4.3. Limitaciones a la facultad de contratar con la Administración Pública.....	393

CAPÍTULO 4: LAS MEDIDAS DE NATURALEZA MIXTA: EL REQUERIMIENTO Y LA PARALIZACIÓN DE ACTIVIDADES EN CASOS DE RIESGO GRAVE E INMINENTE.....	396
1. Los requerimientos en prevención de riesgos laborales.....	396
1.1. Naturaleza jurídica del requerimiento.....	399
1.2. Régimen jurídico del requerimiento en prevención de riesgos laborales.....	403
1.3. Irrecorribilidad de los requerimientos.....	411
1.4. Funcionarios habilitados para la extensión de los requerimientos.....	413
2. Paralización de actividades por riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.....	417
2.1. Naturaleza jurídica de la paralización.....	418
2.2. Régimen jurídico.....	423
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>.....	434
BIBLIOGRAFÍA.....	472
RELACIÓN DE SENTENCIAS.....	488

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
ET	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
EU	Empresa Usuaria
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social
LITSS	Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LOI	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de mayo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

LOLS	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LSC	Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción
OGSHT	Orden de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RD	Real Decreto
RDCA	Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
RPS	RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimiento de imposición de sanciones por infracciones de orden social y expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.
RSP	Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SPA	Servicio de Prevención Ajeno
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SJSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TRLISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social
TS	Tribunal Supremo
VV.AA.	Varios Autores

INTRODUCCIÓN

El artículo 40.2 de la Constitución Española impone a los poderes públicos el mandato, en forma de principio rector de la política social y económica, de velar por la seguridad e higiene en el trabajo. En cumplimiento de dicho mandato, el legislador ha establecido normas mínimas, en protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Desde la primera Revolución Industrial, el legislador vio necesaria protección del trabajador, impidiendo que la relación laboral quedara a la sola autonomía de las partes, para lo que se han establecido progresivamente una serie de mínimos, indisponibles por la autonomía de la voluntad. Dentro de esas reglas mínimas, encontramos la seguridad e higiene en el trabajo, como indispensable para el desarrollo de la relación laboral con garantías².

Sobre el empresario recae el deber de seguridad respecto de los trabajadores a su servicio, tal y como se recoge en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. El empresario ha de garantizar la seguridad y salud en el medio ambiente laboral, eliminando o reduciendo los riesgos a los que puedan estar expuestos los trabajadores en la prestación laboral. Esta deuda de seguridad corresponde al titular de la relación laboral por ser quien controla la fuente de riesgo, esto es, por ser quien detenta de los medios de producción.

Pero no basta con establecer las normas de protección del trabajador desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, sino que, además, el derecho ha de velar por su efectivo cumplimiento. Para ello, el Ordenamiento Jurídico prevé los mecanismos coactivos precisos para conseguir el fin de la norma, cual es la seguridad y salud de los trabajadores en el medio ambiente laboral.

En el caso de que el empresario no cumpla con este deber genérico de seguridad, o con los deberes instrumentales que de él dimanen –la gestión de la

² VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., (DIRECTORES), *Tratado de prevención de riesgos laborales: teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2015, *passim*; VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L.y RIVAS VALLEJO, P.(DIRECTORES), *Tratado de Salud Laboral*, Tomos I y II, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, *passim*.

prevención de riesgos laborales en la empresa, la evaluación de riesgos, planificación de medidas preventivas, vigilancia de la salud, formación etc.- el Ordenamiento Jurídico, por su carácter coactivo, prevé la posibilidad del cumplimiento heterónomo de las normas. Esto es, si los destinatarios de las normas no las cumplen de manera autónoma, el Derecho reaccionará imponiendo su cumplimiento heterónomo.

Para este cumplimiento heterónomo, por lo que se refiere a la materia concreta de la prevención de riesgos laborales, esto es, al cumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud, el Ordenamiento Jurídico prevé distintas respuestas para el caso de que el principal destinatario de las mismas –el empresario- no haya cumplido con su deuda de seguridad. Las distintas respuestas son de índole penal, administrativa, civil, o de Seguridad Social. Con ello, se ponen de manifiesto las distintas almas del Derecho del Trabajo, que nació como conglomerado de varias ramas del Derecho, o si queremos, se pone de manifiesto, más bien, la unidad del Ordenamiento Jurídico, con las distintas imbricaciones de todas sus partes, que se activan ante los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, y que dan lugar distintas responsabilidades para el sujeto infractor.

El presente estudio lo hemos centrado en la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales, por ser la respuesta originaria y primigenia ante los incumplimientos de la deuda de seguridad. Será pues, esta responsabilidad administrativa, el objeto de estudio, centrado en la figura del empresario, por ser el principal destinatario de las normas preventivas, el deudor de seguridad, y por no poder excusar su responsabilidad en las obligaciones que en la materia puedan tener el propio trabajador y demás sujetos implicados –servicios de prevención, delegados de prevención etc.-

Esta responsabilidad administrativa la estudiaremos desde su enfoque reactivo, a través de la sanción, como desde su enfoque preventivo, a través del requerimiento y la paralización. En caso de infracción del empresario, se prevé la reacción a través de la sanción, por el carácter reactivo propio de la responsabilidad administrativa. Si bien, la sanción administrativa no es la única respuesta propia de la responsabilidad administrativa, y es que, junto a ella, encontramos otras medidas, con un fin más preventivo que represivo, y que por

ello consideramos de naturaleza mixta. Se trata del requerimiento de seguridad y salud y de la paralización de actividades en caso de riesgo grave e inminente. Ambas figuras tienen carácter preventivo más que represivo, si bien, tienen como presupuesto el incumplimiento del empresario, y de ahí que participan del carácter reactivo de la responsabilidad administrativa, aunque no sean medidas sancionatorias propiamente dichas. Un estudio completo sobre la responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales ha de completar no sólo la sanción, sino también las medidas de tipo más preventivo.

Pero, en cualquier caso, el derecho ha de prever el cumplimiento coactivo de las normas, y no quedarse sólo en la prevención. Así, en caso de existir obligación para el sujeto, y ser esta incumplida, procederá la sanción prevista por el Ordenamiento Jurídico, de tal modo que obligación-infracción-sanción vienen a ser un trío respecto del cual la responsabilidad es el puente que permite su exigencia al sujeto imputado típico.

De este modo, la responsabilidad viene a ser la consecuencia procesal de haber incumplido –desobedecido- una obligación material, cual es en el caso que nos ocupa la deuda de seguridad que tiene el empresario respecto de los trabajadores a su servicio. Se configura así la responsabilidad administrativa como un instituto de índole procesal, con finalidad preventiva-represiva, que actúa en segundo lugar, si no se cumple con la obligación jurídico-material impuesta al sujeto obligado/responsable.

Para que se exija la responsabilidad administrativa, el presupuesto inexcusable en todo caso es el incumplimiento del empresario, y de ahí que sea el titular de la relación laboral la figura central y clave de la responsabilidad administrativa, y en el que nos vamos a centrar por ser el destinatario del deber de seguridad.

Pero no basta con que el Derecho prevea la existencia de obligaciones y sanciones para el caso de su incumplimiento, sino que, además, será precisa la fiscalización y control del cumplimiento de las mismas, para que se pueda exigir la responsabilidad, lo que en el caso de las normas de seguridad y salud en el trabajo se hace por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, encargada de la vigilancia y exigencia de la normativa de carácter social.

La vigilancia y control del cumplimiento de la legislación social, junto con la exigencia de responsabilidad es paralela al nacimiento mismo del Derecho del Trabajo. Desde sus orígenes se advirtió la necesidad de controlar y exigir su cumplimiento, y se creó la Inspección de Trabajo en 1906, paralela a las primeras normas sociales, con este fin.

En el núcleo mismo de las normas de Derecho Social, creadas en torno a la figura del contrato de trabajo, encontramos normas de prevención de riesgos laborales, que pretenden garantizar la salubridad de las condiciones en las que se presta trabajo, especialmente en el caso del trabajo femenino e infantil, así como la protección frente a accidentes de trabajo.

El sistema de control de las normas laborales, y dentro de ellas, de las normas de seguridad y salud en el trabajo, pone de manifiesto la íntima relación en sus orígenes entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo. De hecho, por lo que se refiere al aspecto sancionador, podemos considerar que el Derecho Laboral Sancionador es especie del Derecho Administrativo Sancionador, entendido éste como parte general, existiendo una íntima relación entre ambos, bebiendo el Derecho Laboral Sancionador de las categorías y principios de aquél, aun con las especificidades que le son propias, debidas a la relación laboral en la que se despliega.

En el presente estudio nos proponemos profundizar en la responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales como categoría jurídica, con un enfoque desde el Derecho del Trabajo, sin olvidar su íntima conexión con el Derecho Administrativo Sancionador, que podría considerarse como una relación de género a especie.

En este sentido, queremos destacar la necesidad de un estudio de estas características, especialmente desde que se asumió la competencia de las Actas de la Inspección por parte del Orden Jurisdiccional Social, a fin de que desde el Derecho Laboral se aprehendan las especificidades propias de la responsabilidad administrativa en toda su virtualidad, alumbrando una categoría propia e independiente, estudiada desde un enfoque claramente iuslaboralista, separándola de servidumbres con el Derecho Administrativo.

Junto a ello, se precisa también una reflexión sobre las infracciones y sanciones en el orden social, y específicamente en materia de seguridad y salud, al estar cercanos los 20 años de cumplimiento de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, siendo necesaria una revisión de su aplicación práctica, teniendo en cuenta que su formación aluvional reclama en la actualidad una mejor sistematización y en muchos casos, una actualización para facilitar su comprensión.

A pesar de haber advertido estas necesidades, de índole procesal y material, lamentamos, sin embargo, un cierto olvido por parte de la doctrina laboralista de este campo, como ya puso de manifiesto Del Rey Guanter³, al hacer notar que la potestad sancionadora del Estado –administrativa y penal- en el Orden Social es un tema bastante descuidado por la Doctrina Laboralista, y así sigue siendo. De hecho, hay poca literatura jurídico-científica sobre el tema, y las pocas obras escritas por algún autor como Del Rey, o más recientemente Cos Egea y Fernández Bernat, que aun siendo de gran calidad, no tratan la responsabilidad administrativa en materia de prevención de riesgos laborales de manera completa e integrada y, en cualquier caso, las monografías están ya desactualizadas, no existiendo en nuestro derecho ningún estudio completo e integrador.

Todo ello pone de relieve la importancia de la profundización en la responsabilidad administrativa del empresario en casos de fallas del deber de seguridad, con carácter completo e integrado, teniendo en cuenta sus especificidades propias, de manera separada del Derecho Administrativo Sancionador, haciendo hincapié en su finalidad tanto represiva como preventiva.

La metodología que hemos empleado es esencialmente jurídica, con uso de distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, desde el punto de vista del Derecho Laboral, sin obviar las necesarias referencias a otras ramas del Derecho, especialmente al Derecho Administrativo, lo que pone de manifiesto la

³ DEL REY GUANTER. S., *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 8.

unidad del Ordenamiento Jurídico, que por más que lo dividamos a efectos sistematizadores, sigue siendo un “Todo” armónico, integrado e integrador.

Siguiendo a Nieto García, el Derecho Administrativo Sancionador se dividiría en cuatro partes: la teoría sobre la potestad punitiva del Estado, la teoría de la infracción, la teoría de la sanción y la teoría sobre procedimiento administrativo. Teniendo en cuenta esta división, que entiendo del todo aplicable al Derecho Laboral Sancionador en materia de Prevención de Riesgos Laborales, en el presente estudio tratamos, además de cuestiones generales, sobre la teoría de la infracción y la sanción, poco sobre la potestad sancionadora de la administración y nada sobre el procedimiento administrativo sancionador. Sólo tocamos tangencialmente la potestad sancionadora de la Administración por no ser este un estudio de Derecho Administrativo, sino de Derecho Laboral. No tratamos, sin embargo, sobre el procedimiento administrativo sancionador porque hemos querido centrarnos en las actuaciones previas al procedimiento sancionador, por lo que el procedimiento administrativo sancionador, que entendemos como parte “dinámica” de la exigencia de responsabilidad, lo hemos dejado extramuros de nuestra investigación.

Sistemáticamente hemos dividido el presente estudio en dos partes. Una primera parte, que hemos denominado parte general, en la que tratamos sobre la responsabilidad administrativa dentro del panorama general de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, y una segunda parte, que hemos denominado especial, en la que tratamos las especificidades propias de la responsabilidad administrativa, infracciones, sanciones y otras medidas reactivas no sancionadoras consecuencia de incumplimientos del deber de seguridad.

La primera parte la hemos estructurado en tres capítulos. Un primer capítulo sobre el panorama general de responsabilidades en materia de incumplimientos preventivos, que versa sobre la responsabilidad penal, civil, administrativa y de seguridad social. En él se ponen de manifiesto sus compatibilidades, diferencias y especificidades. Y veremos cómo la responsabilidad administrativa es nuclear respecto de todas ellas, siendo la que de manera más ágil, precisa y contundente reacciona frente a los incumplimientos del empresario.

En un segundo capítulo hemos tratado la figura del empresario como sujeto responsable, por ser el originario obligado con el deber de seguridad. Junto al empresario como sujeto imputado típico, haremos referencia a los supuestos de estructuras empresariales complejas, empresas coordinadas, empresas de trabajo temporal, y otros sujetos con distintas responsabilidades como los servicios de prevención y empresas auditoras.

En el tercer capítulo de la primera parte se tratará sobre la colaboración del trabajador en la obligación de seguridad, su imprudencia, y su posible incidencia sobre la responsabilidad del empresario. Concretamente, distinguiremos entre la imprudencia profesional y la temeraria, teniendo en cuenta la distinta consideración que tienen en los Tribunales en aras a una posible exención de responsabilidad por parte del empresario.

La segunda parte, que hemos denominado parte especial, está articulada en torno a cuatro capítulos, en los que perfilaremos y ahondaremos en la responsabilidad administrativa, infracciones, sanciones y otras medidas de naturaleza no sancionadora.

El primer capítulo de la segunda parte tratará precisamente sobre la responsabilidad administrativa como categoría jurídica y procederemos a conceptualizarla. También nos referiremos a los principios del Derecho Administrativo Sancionador y su aplicación en el Orden Social, concretamente en lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales. Un aspecto clave de este capítulo será lo relativo a la consideración de la responsabilidad preventiva como cuasi-objetiva, desde el punto de vista de la culpabilidad.

En el segundo capítulo haremos una exposición detallada sobre las infracciones administrativas en materia de seguridad y salud, refiriéndonos en la argumentación tanto a la normativa material como al plano adjetivo sancionador, poniendo de manifiesto la relevancia de la normativa sustantiva como motivación de la entidad o severidad de la sanción, como a las peculiaridades del tipo de sanción y problemas instrumentales.

En tercer capítulo lo hemos dedicado a la sanción como categoría jurídica, tratando sobre sanciones típicas y atípicas, y la graduación de la sanción,

haciendo referencia a los criterios de graduación de las mismas, poniendo de manifiesto las necesidades de actualización y concreción de los mismos.

Por último, el cuarto capítulo lo hemos dedicado al requerimiento de seguridad y salud y a la paralización de actividades en casos de riesgo grave e inminente. Se trata de dos medidas no sancionatorias, pero que tienen como presupuesto básico el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, de ahí que su lugar sistemático propio de estudio sea en el marco de la responsabilidad administrativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se trate de medidas sancionadoras propiamente, pues no tienen un fin represivo sino preventivo, pero sí son medidas reactivas frente a un incumplimiento, y de ahí su encaje en el marco de la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales.

En conclusión, a lo largo del presente estudio se tratará de dar respuesta a los interrogantes que plantea la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales, en el marco de la sociedad del riesgo, preconizada por Beck, en la que la responsabilidad administrativa adquiere una relevancia cada vez mayor. No en vano, en la sociedad del riesgo, el Estado tiende a intervenir cada vez menos en los factores económicos del mercado y cada vez más en los factores que influyen en la seguridad y la salubridad. De ahí la expansión creciente del control sobre las condiciones de seguridad y salud, manifestada a través de la responsabilidad administrativa objeto del presente estudio.

PARTE I: EL SISTEMA GENERAL DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

CAPÍTULO I: LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: EL PROBLEMA DE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. Planteamiento General

La relación laboral supone para los sujetos intervinientes en ella –empresario y trabajador- una serie de derechos y obligaciones, que por lo que se refiere a la protección de la vida e integridad del trabajador⁴, se articulan en nuestro Ordenamiento Jurídico en torno al deber de seguridad del empresario, recogido en el artículo 14 LPRL, según el cual, el empresario habrá de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio. Así, el artículo 14 LPRL consagra en genérico deber de seguridad, esto es, el deber de seguridad material, del que derivan una serie de deberes instrumentales –evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación etc.-, de los que resulta deudor el empresario y acreedor el trabajador.

La imperatividad del derecho supone que, en caso de no cumplimiento de las obligaciones de manera autónoma por parte de sus destinatarios, éstas se impondrán de manera heterónoma, a través de los varios mecanismos que el

⁴ La prevención de riesgos laborales y el deber de seguridad central, está conectada epistemológicamente con el Derecho del Trabajo, y en un ámbito de mayor alcance, a la luz de la calidad mediomambiental, ya que los riesgos laborales tienen una clara conexión con los riesgos medioambientales, como se pone de manifiesto VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., (DIRECTORES), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales*, Comares, Granada, 2011, passim, y en MÁRQUEZ PRIETO, A., *Calidad ambiental de las relaciones laborales, ensayo interdisciplinar*, Comares, Granada, 2010, passim.

sistema jurídico arbitra. Uno de tales mecanismos, en el caso de la prevención de riesgos laborales, es la exigencia de responsabilidad al empresario en caso de incumplimiento.

El presente estudio tiene por objeto analizar la responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales. Si bien, la administrativa no es la única responsabilidad que se le exige al empresario infractor en caso de incumplimientos de su deber de seguridad. Nuestro Ordenamiento Jurídico ha previsto un sistema complejo de responsabilidades, cuya dispersión es reflejo de la esencia misma del Derecho del Trabajo, como Ordenamiento Jurídico complejo que es, y en cuyo seno coexisten diversas almas⁵, que manifiestan su relación con otros sectores, como el Derecho Civil, y particularmente con el Derecho Administrativo.

Por ello, antes de adentrarnos en la responsabilidad administrativa, se hace preciso comenzar dibujando de manera somera, a modo de boceto, el panorama general de responsabilidades existentes en los casos en que el empresario incumpla su deber de seguridad, pues es, en ese juego de las distintas responsabilidades, donde la administrativa despliega toda su virtualidad, y manifiesta su carácter central y nuclear respecto de todas ellas.

Una vez esboceemos el panorama complejo de responsabilidades, se pondrá de manifiesto que la administrativa es la que de forma más directa, ágil y contundente afronta los problemas que surgen ante el incumplimiento del deber

⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo", *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 6, 2015, pág. 641. Cfr. También MERCADER UGUINA, R.J., Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo, Seguridad Social y derecho de daños, cit., pág. 51, en que el autor señala que "el sistema de responsabilidad empresarial es el resultado del aluvión de normas procedentes del Derecho de daños, del Derecho de seguros, del Derecho administrativo sancionador, del Derecho de la Prevención de Riesgos que, sumadas al Derecho de la Seguridad Social, dan como resultado un producto normativo heterogéneo, mestizo, fruto de la mezcla de los principios normativos caracterizadores de las ramas que torrencialmente han anegado este sector del ordenamiento y cuya característica definitoria más acusada es la de su extraordinaria complejidad".

de seguridad laboral, y es por ello que las normas de prevención de riesgos laborales muestran una especial querencia hacia esta responsabilidad⁶.

Como venimos diciendo, el punto de partida no es otro que la deuda de seguridad en el trabajo, de la que el empresario es el “deudor”, y el correlativo derecho del trabajador, que se erige como “acreedor” de la seguridad laboral, con derecho a la vida y a la integridad física en el entorno de trabajo. En los casos en que se incumpla dicho deber de seguridad, el Ordenamiento Jurídico prevé un régimen de responsabilidades que recaen sobre quien es el deudor de la obligación, esto es, sobre el empresario, que es quien controla la fuente del riesgo.

Puesto que las normas que integran el ordenamiento jurídico de prevención de riesgos laborales tienen carácter imperativo, y puesto que el Derecho se caracteriza, precisamente, por su potencialidad aplicativa⁷, si el destinatario del deber de seguridad no acomoda su conducta a los imperativos contenidos en las normas, se producirá una aplicación heterónoma de las mismas, por parte de los aplicadores administrativos o judiciales.

En casos de incumplimiento, el ordenamiento jurídico reacciona frente al empresario incumplidor, siendo la responsabilidad el “puente” entre la infracción de la norma y la correspondiente sanción o indemnización. La responsabilidad es elemento ineludible, que funciona a modo de sustrato en el que se apoyan las reacciones del Ordenamiento Jurídico ante los incumplimientos de la norma de seguridad. Así, la responsabilidad se exigirá para la imposición de sanción –en sentido amplio, ya sea penal o administrativa-, para la exigencia de indemnización –civil- o para la aplicación de las consecuencias de Seguridad Social, cuando procedan.

⁶ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 28.

⁷ En este sentido, cfr. SEMPERE NAVARRO, AV., (DIRECTOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Colex, 2001, pág. 29 y BLASCO PELLICER, A., *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 13.

Las responsabilidades que surgen en los casos de fallas del deber de seguridad han sido calificadas por la doctrina como un “panorama complejo”, puesto que su naturaleza es diversa⁸. Tradicionalmente se suelen distinguir cuatro tipos de responsabilidades, las públicas (penal y administrativa), la privada (civil), y las responsabilidades de Seguridad Social, de naturaleza compleja como se verá⁹.

Todas las responsabilidades poseen puntos en común, pero persiguen finalidades diversas, por lo que las técnicas que emplean son también distintas. En cualquier caso, todas ellas parten del incumplimiento del empresario, que opera como “presupuesto inexcusable en todo caso”¹⁰. Dado que el punto de partida es la transgresión por parte del empresario de su obligación de seguridad, quedaría fuera del panorama de responsabilidades la disciplinaria por posibles incumplimientos por parte del trabajador de sus obligaciones en materia de prevención, recogidas en el artículo 29 LPRL. Algunos autores incluyen esta responsabilidad disciplinaria dentro del esquema general de responsabilidades por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, nos parece más acertado no incluirla, puesto que el trabajador no es

⁸ Cfr. MONTOYA MELGAR, A., “Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 53, Madrid, 2004.

⁹ Esta naturaleza compleja de la responsabilidad de Seguridad Social se pone de manifiesto de manera especial en el recargo de prestaciones, su instituto por excelencia, que ha sido calificado por la doctrina como “sanción compleja unitaria de carácter intimidatorio”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 89. En este mismo sentido, se suele categorizar la responsabilidad de Seguridad Social como de naturaleza pública, puesto que deriva del incumplimiento de deberes de carácter público. Si bien, no tendría carácter sancionador propiamente dicho, puesto que persigue además una finalidad reparadora. Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., págs. 153 y ss.

¹⁰ Cfr. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2012, págs. 21-22.

deudor de seguridad propiamente dicho. De hecho, el artículo 14 LPRL tiene una interesante disposición de cierre a efectos de considerar al empresario como deudor único del deber de seguridad, al señalar que “las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley (...) complementarían las acciones del empresario en esta materia, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia”. El trabajador no es deudor de seguridad, sino acreedor, si bien, una imprudencia temeraria por parte del trabajador, puede llegar a eximir al empresario de responsabilidad, como veremos en el apartado V de esta primera parte.¹¹ Nuestro Ordenamiento Jurídico, acertadamente, y tras unos primeros pasos titubeantes¹², ha dejado fuera de este juego de responsabilidades a la persona del trabajador, no apareciendo como sujeto responsable en el artículo 2 LISOS, y no pudiendo ser objeto de sanción administrativa.

La responsabilidad del trabajador es, por tanto, de naturaleza muy diversa. Los incumplimientos a sus obligaciones de cooperación tienen como consecuencia el ejercicio del poder disciplinario por parte del empresario, que puede imponer sanciones de acuerdo con el régimen previsto en el artículo 59 ET y los convenios colectivos que sean de aplicación. Tales sanciones, como venimos manteniendo, son de naturaleza diversa a las que se imponen por los incumplimientos empresariales¹³, pues son sanciones privadas, con un

¹¹ Entre los autores que incluyen la responsabilidad disciplinaria dentro del panorama general de responsabilidades, cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., págs. 151 y ss.

¹² El Reglamento de Seguridad e Higiene de 31 de enero de 1940 preveía, junto a las multas gubernativas par a los empresarios infractores, sanciones disciplinarias para los trabajadores, que en algún caso podían llegar a multa impuesta por la autoridad laboral (el delegado de trabajo) a propuesta de la dirección de la empresa (art. 3). Igualmente, en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, se preveía la posibilidad de que la Inspección de Trabajo propusiera la imposición de sanción al trabajador infractor, que se podía concretar en multa pecuniaria (artículo 160).

¹³ Cfr. al respecto SEMPERE NAVARRO, AV., (COORDINADOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, cit., págs. 69 y ss.

fundamento que también difiere de la responsabilidad empresarial, puesto que se basan en el poder de dirección del empresario, que le otorga, en la relación laboral, una posición de preeminencia respecto del trabajador, basado en la desigualdad originaria y sucesiva de las partes contratantes.

La responsabilidad disciplinaria del trabajador queda, por tanto, extramuros del presente estudio, que tiene por objeto la responsabilidad administrativa del empresario, por ser éste el principal deudor de seguridad, sin que sea atenuada su responsabilidad por los posibles incumplimientos de los trabajadores. Si nos referimos al resto de responsabilidades del empresario, más allá de la administrativa, es a los solos efectos de hacer su correcto enmarque jurídico, y de definirla con más precisión, a través de su comparación dentro del sistema general de responsabilidades en prevención de riesgos laborales.

Partiendo del común denominador que supone el incumplimiento empresarial, la doctrina esquematiza de distinto modo el sistema de responsabilidades. Montoya Melgar distingue entre responsabilidades públicas (penales o administrativas) y privadas, bien contractuales o extracontractuales (civiles o civil-laborales)¹⁴. Mercader Uguina distingue dentro del sistema de responsabilidad empresarial dos subsistemas, uno al que denomina subsistema reparador, que incluiría la responsabilidad civil y de seguridad social, y un subsistema punitivo, que incluye las sanciones administrativas y las sanciones penales en sentido estricto¹⁵. Por su parte, Alfonso Mellado propone un esquema en el que separa por un lado, la responsabilidad por la conducta, en la que incluye la penal y la administrativa, y por otro, la responsabilidad por los daños, en la que ubica la

¹⁴ MONTOYA MELGAR, A., "Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 53.

¹⁵ El autor realiza esta distinción de subsistemas en relación con el accidente de trabajo, si bien entendemos que esta división es cabalmente aplicable a todo el ámbito de responsabilidad empresarial en prevención de riesgos laborales en general. Cfr. MERCADER UGUINA, R.J., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo, Seguridad Social y derecho de daños*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 50-56.

responsabilidad de Seguridad Social y la civil, de carácter privado¹⁶. Valdeolivas García distingue entre responsabilidades preventivas, que serían la penal y administrativa, por castigar conductas sancionables que suponen incumplimiento del empresario infractor, y las responsabilidades reparadoras, que serían la civil y de Seguridad Social, dirigidas a la reparación del daño causado al trabajador¹⁷.

En cualquier caso, cualquiera que sea el esquema que se siga, queda claro que las responsabilidades que se activan, para los incumplimientos empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, son de cuatro tipos: administrativa, penal, civil y de Seguridad Social. Dentro de estas cuatro, la administrativa tiene un carácter nuclear, como quedó arriba dicho, y como abordaremos a lo largo del presente estudio.

Un aspecto importante a tener en cuenta, y dado que nos encontramos ante cuatro responsabilidades de distinta naturaleza, es la compatibilidad entre ellas. El artículo 42 LPRL aboga por la regla general de su compatibilidad, puesto que son distintas en cuanto a su naturaleza, sus fines, y su manera de actuar¹⁸. Si bien, dicha compatibilidad ha de matizarse entre la responsabilidad administrativa y penal, ya que, en virtud del principio de *non bis in ídem*, no es posible sancionar dos veces una misma infracción, por lo que, de existir triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, se seguirá la regla de la prejudicialidad penal, como exige el artículo 3 LISOS, y veremos más adelante.

¹⁶ ALFONSO MELLADO, C.L., “Manifestaciones de la responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, en VV.AA., PUMAR BELTRÁN, N. (COORDINADOR), *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 16 y ss.

¹⁷ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, cit., págs. 21-22.

¹⁸ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., “El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (COORDINADORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006, págs. 568 y ss.

A continuación, pasaremos a describir brevemente cada una de ellas, y así enmarcar el sistema general de responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales, antes de centrarnos en la responsabilidad administrativa, objeto propio del presente estudio. Esta primera parte tiene, por tanto, un carácter descriptivo, de aproximación a los tipos de responsabilidades existentes como consecuencia de los incumplimientos del empresario, y el juego conjunto de todas ellas según el sistema de compatibilidad general de las mismas.

2. Responsabilidad Penal

El deber de seguridad tiene por finalidad la protección de la vida, salud e integridad física y psíquica del trabajador. Dada la naturaleza misma del bien jurídico protegido, los incumplimientos más flagrantes del mismo vendrían a configurar delitos, dando lugar a la responsabilidad penal del sujeto infractor.

La responsabilidad penal es de naturaleza pública, tiene carácter de derecho sancionador público. Su fin no es otro que la represión pública de las conductas punibles, con un propósito siempre disuasorio y de prevención general¹⁹. Por su carácter de *ultima ratio*, la respuesta penal está reservada para las conductas más aberrantes, dejando el resto a merced de la responsabilidad administrativa, derecho sancionador público por excelencia en la materia que nos ocupa.

En este sentido, el derecho sancionador público del trabajo está integrado por lo que podemos denominar “Derecho Penal del Trabajo” y “Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo”, distinguiéndose entre ilícitos administrativos y penales. Los comportamientos más extremos son los que quedan para el

¹⁹ GARCÍA MURICA, J., “El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A.,(COORDINADORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., págs. 577 y sigs.

Derecho Penal, por su carácter de *ultima ratio*, según el principio de intervención penal mínima. La existencia de delitos penales y sanciones administrativas en la misma materia ha llevado a la Doctrina a buscar una diferencia ontológica entre unos y otros. Si bien, actualmente es pacífico, siguiendo a Nieto, que no existe diferencia ontológica alguna, dado que ambas son manifestación del mismo *ius puniendi* del Estado. Existe, pues, intercambiabilidad entre delitos e infracciones, ya que “en la medida en que se trata de dos figuras normativas están a la libre disposición del legislador, que puede calificar a su arbitrio una acción como delito o como infracción, de tal manera que puede hacer que lo que ayer eran infracciones administrativas, se convierten mañana en delitos, y lo que eran ilícitos penales se convierten de pronto en infracciones administrativas”²⁰. Igualmente García de Enterría pone de manifiesto que todo intento de dotar de sustantividad propia a las infracciones administrativas ha fracasado, quedando como diferencia única entre el ilícito penal y administrativo que sólo los Tribunales pueden imponer penas privativas de libertad²¹. La consideración de un comportamiento ilícito como infracción o como delito, obedece a razones de política legislativa, o incluso de conciencia social, no a razones ontológicas. Por el principio de intervención mínima, queda reservado al Derecho Penal únicamente la protección de los intereses que en cada momento son considerados como esenciales. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional, a través del Voto particular de la STC 99/2000, de 10 de abril, según el cual, “el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena”²².

Sentadas las bases de la distinción entre delitos y sanciones administrativas, conviene ya centrarnos en la responsabilidad penal propiamente dicha. La

²⁰ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, 5ª edición, Madrid, 2012, pág. 128.

²¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, XV Edición, Aranzadi, Pamplona 2017, pág. 192.

²² Continúa dicho voto particular: “Tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden”.

regulación actual del ilícito penal por incumplimientos del deber de seguridad se contiene en el Código Penal –LO 10/1995, y sus modificaciones posteriores, que recoge en los artículos 316 y 317 el delito de riesgo por no facilitar los medios necesarios para para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

El primero de los preceptos recoge el delito doloso, y el segundo el delito culposo por imprudencia grave. Así tenemos:

Artículo 316 CP:

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 CP:

Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.

El análisis de ambos artículos nos lleva a distinguir tradicionalmente, en la configuración de los mismos, entre el sujeto activo, la conducta típica y el bien jurídicamente protegido.

Comenzando por el sujeto activo, cuestión aquí importante, por la trascendencia que puede desplegar en relación a la responsabilidad administrativa y la interdicción de la doble sanción por los mismos hechos, es la determinación del sujeto penalmente responsable. La norma penal lo identifica con el “legalmente obligado” a cumplir la norma de prevención de riesgos laborales. Pues bien, el “legalmente obligado” no es otro que el empresario, tal y como señala el artículo

14 LPRL, al que hemos aludido más arriba²³. Y en este sentido, cabe señalar que el empresario en la relación laboral puede ser persona física, o persona jurídica.

Sin embargo, la persona jurídica no se ha venido considerando tradicionalmente como sujeto activo del delito, de acuerdo con el principio recogido en nuestro Ordenamiento Penal, según el cual *societas delinquere non potest*. Cabe destacar aquí que este principio ha dejado de tener virtualidad en nuestro Derecho positivo, desde el momento en el que la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010 ha establecido un elenco de penas para las personas jurídicas. No obstante, en el ámbito específico del Derecho penal laboral, sigue sin poder ser sujeto activo del delito la persona jurídica, ya que el elenco de sanciones penales que se puede aplicar a la empresa viene establecido como *numerus clausus* en el artículo 31 bis CP, que no incluye el delito del artículo 316 CP²⁴.

Esta imposibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica conlleva consecuencias importantes en relación con el principio de *non bis in ídem*. De acuerdo con el artículo 3 TRLISOS, no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Así, podríamos encontrarnos con incumplimientos del empresario, en los que se daría identidad de hechos y fundamento, pero en los que el sujeto se distingue por ser, en el caso de la responsabilidad penal persona física –encargado, mandos intermedios-, y en el caso de la responsabilidad administrativa persona jurídica –empresa persona jurídica-.

Tradicionalmente, la jurisprudencia del Contencioso-Administrativo venía entendiendo que el empresario persona jurídica respondería administrativamente, mientras que la sanción penal podría recaer en la persona

²³ Cfr. la introducción a este apartado.

²⁴ GALLARDO GARCÍA, R.M., *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores. Derecho penal. Derecho administrativo sancionador*. Comares, Granada, 2016, págs. 217 y sigs.

física que le represente²⁵. Así, la identidad subjetiva decae en el supuesto de empresas personas jurídicas sancionadas administrativamente, y personas físicas representantes legales de aquellas, o, responsables, gerentes, encargados, condenados penalmente por los mismos hechos.

Sin embargo, tras quedar en el Orden Social la impugnación de las actas de infracción por incumplimientos en prevención de riesgos laborales, se ha operado un cambio en esta jurisprudencia²⁶, así, la STS 5794/2015, de 15 de diciembre, que supone el primer pronunciamiento al respecto tras la competencia asignada a este orden jurisdiccional en el año 2011. En ella, se separa de la doctrina mantenida hasta ese momento por el Tribunal Supremo, que venía exigiendo la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Así, esta Sentencia viene a concluir que se vulnera el principio “non bis in ídem” cuando los hechos sancionados son los mismos, aun no existiendo identidad subjetiva. Esta doctrina ha sido confirmada recientemente en la STS (Sala de lo Social) 174/2019, de 6 de marzo.

Así, con esta doctrina se refuerza la atribución preferente al orden penal de los hechos que pudieran constituir ilícitos penales y administrativos. Trataremos sobre este tema más adelante, al estudiar el principio “non bis in ídem”. En cualquier caso, conviene aquí adelantar que con esta doctrina se produce un efecto de administrativización de la justicia, aparte de efectos perversos en relación con la dilación de los procesos penales, y la posible elusión de responsabilidad por parte de las grandes compañías, a través de la técnica que consistiría en esconder su responsabilidad interponiendo mandos intermedios, que no serían otra cosa sino verdaderas cabezas de turco, que habrán de acarrear con las consecuencias de una responsabilidad penal, sin que la empresa llegue a responder por sus incumplimientos.

²⁵ Así ha venido siendo reconocido de manera constante por la Jurisprudencia, ver por todas, STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) 31 marzo 2010.

²⁶ PRADA FERNÁNDEZ, R.M., GORDILLO LÓPEZ, P., “Selección de sentencias sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, *Revista Trabajo y Derecho*, número 3, 2016.

Una vez señaladas las posibles interconexiones entre la responsabilidad administrativa y penal por referencia a los sujetos responsables, hemos de referirnos con mayor precisión a quién puede ser sujeto responsable penalmente. El artículo 316 del Código Penal criminaliza la actuación de quienes “estando legalmente obligados” no faciliten los medios necesarios a los trabajadores para desarrollar sus tareas con medidas de seguridad e higiene adecuadas. De este modo, la posibilidad de criminalización queda reducida a quienes ostentan la posición de garantes de seguridad dentro de la empresa, esto es, el empresario en primer término, y quienes asumen alguna obligación delegada del mismo, como los directivos o quienes asuman algún encargo al respecto²⁷. Se trata, por tanto, de una norma penal en blanco, entendiendo la doctrina penal que existe un reenvío explícito al ordenamiento jurídico laboral para reconocer qué personas pueden formar parte del elenco de sujetos activos de este delito. Así, el máximo responsable será el empresario, según viene definido como deudor de seguridad en el artículo 14 LPRL. Ello no excluye la responsabilidad penal de otros sujetos que, por delegación de funciones, pudieran ser sujetos activos del delito, esto es, sus encargados o personal directivo²⁸.

A mayor abundamiento, el Orden Penal ha de dilucidar la imputación de responsabilidad a los sujetos infractores, que no son otros que los “legalmente obligados”, y para determinar quiénes son los “legalmente obligados” ha de acudir a normas extrapenales, por la técnica de la normativa penal en blanco. Legalmente obligado es en última instancia el empresario, pero también tienen responsabilidades en prevención los trabajadores designados, los técnicos del servicio de prevención, e incluso los propios trabajadores. Y en este sentido,

²⁷ La doctrina laboral suele señalar que no se trata de un delito “especial” desde el punto de vista subjetivo, y que al menos en hipótesis podría ser cometido por cualquier sujeto, si bien, se suele señalar que, en cualquier caso, han de ser personas que tengan obligación de facilitar los medios de seguridad y salud. Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 116.

²⁸ Cfr. GALLARDO GARCÍA, R.M., *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores. Derecho penal. Derecho administrativo sancionador*, cit., págs. 152 y sigs.

dilucidar quiénes de ellos pueden tener responsabilidad penal es una tarea no fácil, ni exenta de riesgos. Para que un sujeto en el ámbito laboral sea penalmente responsable, entendemos que se han de dar dos condiciones cumulativamente: por un lado, que tenga responsabilidad preventiva exigida por la ley, pero además que tenga poder decisorio en la empresa para hacer cumplir sus decisiones dentro de la responsabilidad preventiva que la ley le otorga. Estas dos condiciones, cumulativamente, ambas a la vez, han de darse en las personas físicas a las que se les exija responsabilidad penal. Un trabajador designado, o un técnico de servicio de prevención, pueden ser penalmente responsables si no cumplieron sus funciones dentro del ámbito y poder decisorio con el que cuentan. Esto implica, en una interpretación a contrario, que si habiendo cumplido sus funciones, no tienen poder decisorio para adoptar medidas preventivas en el seno de la empresa, no pueden ser sujetos penalmente responsables, puesto que se les estaría exigiendo una responsabilidad por una obligación de imposible cumplimiento.

Por lo que se refiere a la conducta típica, la lectura atenta del artículo 316 CP nos lleva a considerar que está integrada por tres elementos²⁹. Un primer elemento normativo, la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Un segundo elemento descriptivo, no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad y salud adecuadas, y un tercer elemento valorativo, la puesta en peligro grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

El primer elemento normativo, conlleva la utilización de la técnica de norma penal en blanco, no se queda sólo para la determinación del sujeto activo del delito, sino también para la propia fijación de la conducta punible. Los que “con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales” hace referencia a deberes que pueden venir reconocidos en una gran variedad de normas y disposiciones (internacionales, comunitarias, internas, pactadas) e incluso de

²⁹ Los tres elementos son muy acertadamente deslindados por De Vicente Martínez. Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, Bosch, Barcelona, 2013, págs. 74 y sigs.

normas jurídico-técnicas que tengan incidencia en la materia³⁰. La noción de norma de prevención de riesgos laborales se ha de entender en sentido amplio, en concordancia con el deber genérico de seguridad del artículo 14 LPRL, que obliga al empresario a toda seguridad posible, y actúa como origen de carácter legal³¹ de las medidas de protección a adoptar.

Por lo que respecta al elemento descriptivo, no facilitar los medios supone la incidencia de la omisión de una acción que se espera como necesaria. La omisión de facilitar los medios puede ser total o parcial, de tal modo que puede consumarse el delito por facilitar medios que sean defectuosos, o por no facilitar todos los medios necesarios, sino tan sólo parte de ellos³². En definitiva, la conducta delictiva lo será, en general, por omisión, más concretamente, de comisión por omisión.

El tercer elemento valorativo nos lleva a considerar el tipo como un delito de riesgo³³, puesto que lo que se exige para su consumación es que el incumplimiento ponga así en peligro grave su vida, salud o integridad física. Si el riesgo se actualizara, produciéndose resultado de lesiones o muerte, estaríamos

³⁰ Las normas técnicas, aun cuando no tienen consideración de norma laboral, si inciden en las condiciones de trabajo en materia de prevención, son parte de la “normativa sobre riesgos profesionales”, y ello por cuanto el artículo 9 LPRL las incluye, dentro de la normativa cuya vigilancia corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, cit., pág. 76.

³¹ Cfr. SEMPERE NAVARRO A.V., (DIRECTOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRRES-SOLAR CALVO, B., y MARTÍN JIMÉNEZ R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, cit., pág. 266.

³² GALLARDO GARCÍA, R.M., *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores. Derecho penal. Derecho administrativo sancionador*, cit., pág. 121.

³³ Cfr. VV.AA., DEL REY GUANTER, S., (DIRECTOR), *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, Madrid, LA LEY, 2008, pág. 29.

ante un concurso de leyes, por el que el delito de lesiones o muerte absorbería al delito de peligro, conforme al artículo 8.3 CP.

En cuanto al bien jurídico protegido, podemos definirlo, con Del Rey, como “un valor digno de garantía jurídica y al que, en consecuencia, el Ordenamiento jurídico presta su protección, sancionando al eventual sujeto que lo lesione³⁴”. El artículo 316 CP lo concreta en la “vida, salud e integridad física” de los trabajadores. No habla el Código Penal de la salud psíquica, si bien, entendida la salud en sentido amplio, incluiría tanto la integridad física como la psíquica³⁵, configurándose por tanto el bien jurídico protegido como el derecho a que los trabajadores no vean perjudicada su salud en el desempeño de su actividad laboral. Si el bien jurídico es la salud de los trabajadores concretos, o la salud de los trabajadores en abstracto, es objeto de intenso debate doctrinal³⁶. Nos parece más acertado entender el bien jurídico como la protección de la seguridad y salud de los trabajadores concretos en una relación laboral, no entendida como la del colectivo de los trabajadores en general, puesto que el empresario individualizado no tiene poder respecto del colectivo genérico de trabajadores, sino sólo respecto de sus trabajadores, o, todo a lo más, de los trabajadores que desempeñan su prestación de servicios en su propio centro de trabajo.

Por último, el cuadro de la responsabilidad penal quedará más completo con una referencia al régimen de compatibilidades con otras responsabilidades en prevención de riesgos laborales.

³⁴ DEL REY GUANTER. S., *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, cit., pág. 137.

³⁵ Cfr. SEMPERE NAVARRO A.V., (DIRECTOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRRESOLAR CALVO, B., y MARTÍN JIMÉNEZ R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, cit., pág. 266.

³⁶ En este sentido, cfr. BARTOMEUS PLANA, D., “El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y salud en el trabajo”, en VV.AA., ROJO TORRECILLA, E., (COORDINADOR), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 238.

Tendremos ocasión de referirnos con más detalle a la incompatibilidad entre la responsabilidad penal y administrativa, cuando en la Parte II estudiemos la prohibición del *bis in ídem*. Baste aquí decir que el legislador, en coherencia con un Derecho Público Sancionador Moderno, ha propugnado la interdicción de duplicidad de sanciones en que concorra identidad de hecho, sujeto y fundamento, con preferencia por la vía penal, en su caso. Resulta claro que nadie puede ser condenado dos veces por un mismo hecho, y en caso de posible colisión de responsabilidades, se prefiere la penal, por entender que la pena subsume los posibles ilícitos administrativos que pudieran entrar en concurrencia³⁷.

Por tanto, cuando la Administración entienda que el hecho pudiera ser constitutivo de sanción penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 TRLISOS, pasará el tanto de culpa al órgano jurisdiccional o al Ministerio Fiscal, y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador, que podrá continuar toda vez que los Tribunales no hayan considerado el hecho como delictivo, respetando en todo caso los hechos probados en sede judicial³⁸.

Esta preferencia por el Orden Penal, teóricamente al menos, trata de evitar que las conductas infractoras más graves queden sin respuesta penal, que es la más contundente en su carácter de *última ratio*. Sin embargo, en la vertiente práctica,

³⁷ El fundamento de la preferencia por el orden penal es discutido por la doctrina. Un completo resumen de las distintas posturas doctrinales al respecto lo encontramos en NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 431 y ss. Tras analizar cada una de ellas, Nieto concluye que “el Derecho Administrativo Sancionador necesariamente ha de elaborar en este punto una doctrina propia, aunque se encuentre inicialmente inspirada por la estructura de la cosa juzgada. Dogmática que habría de girar fundamentalmente en torno a las figuras concursales y sobre el análisis y contraste de los hechos constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos por las normas. Sin olvidar por último que el distanciamiento de las técnicas procesales es tanto más necesario cuanto que en el Derecho Administrativo Sancionador el *non bis in ídem* opera incluso para dos sanciones administrativas, es decir, sin que medie sentencia ni cosa juzgada”.

³⁸ La jurisprudencia constitucional es clara y constante en este punto, ya que “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” STC 77/1983, de 3 de octubre.

sustraer a la Administración de muchos de los ilícitos laborales, está suponiendo una *administrativización* de la Justicia, que viene a juzgar ilícitos que son meras infracciones laborales, lo que conlleva una mayor lentitud de los procesos, y a la postre, una aplicación más laxa de la respuesta punitiva del Estado, dado que la pena de multa en el Código Penal tiene cuantías más reducidas que las previstas para las infracciones en el TRLISOS, y la pena de privación de libertad no siempre llega a imponerse, y si se impone no siempre llega a cumplirse. Todo ello nos lleva a la paradoja de un menor efecto disuasorio y preventivo de la responsabilidad penal, de aquél que tiene la responsabilidad administrativa, cuando debiera ser al contrario³⁹.

A diferencia de lo que ocurre entre la responsabilidad penal y administrativa, la penal sí es compatible con la responsabilidad civil, puesto que tienen fines distintos, ya que ésta última pretende la reparación por los daños y perjuicios causados, lo que puede hacerse bien sea dentro del propio proceso penal o a través de un proceso civil, a elección del interesado. La responsabilidad penal es también compatible con la responsabilidad de Seguridad Social, pretendiendo esta última la protección de situaciones de necesidad generadas⁴⁰.

³⁹ Ello ha llevado a la doctrina a cuestionar la eficacia real de tal responsabilidad, que habiendo sido necesaria cuando se carecía de mecanismos sancionadores más garantistas, ahora habría devenido en pervertir el papel recriminatorio de las lesiones sobre bienes de naturaleza laboral. Cfr. VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, cit., pág. 26.

⁴⁰ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., "El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil", en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 581.

3. Responsabilidad Administrativa

En el siguiente epígrafe se abordará con detenimiento la especialidad y virtualidad propia de la responsabilidad administrativa, que será además objeto de tratamiento detenido en toda la Segunda Parte. Ahora, de manera somera, se trata de abordar esta responsabilidad dentro del amplio cuadro de responsabilidades, para así poder acercarnos a ella, posteriormente, con mayor atención, una vez la tengamos claramente enmarcada.

Como hemos señalado al inicio de esta primera parte, el Ordenamiento Jurídico prevé unas obligaciones, y por el carácter coercitivo del Derecho, que distingue a las normas jurídicas del resto de normas –morales o de otra índole- en caso de incumplimientos, se establecen mecanismos de carácter imperativo, de modo que se producirá el cumplimiento de manera heterónoma, por parte de la Administración o los órganos jurisdiccionales. Así, se desarrollan instituciones para vigilar el cumplimiento de las normas, y garantizar la eficacia de las mismas. El sujeto que viene obligado por las normas a un comportamiento concreto, en caso de no cumplir, será sujeto responsable, por su capacidad de soportar la sanción. Se configura así la responsabilidad, como decíamos al inicio, como el “puente” entre la obligación, la infracción y el cumplimiento que se exige de manera coactiva a través de la sanción.

Antes de adentrarnos más en el estudio de la responsabilidad administrativa del empresario, como cuestión previa, conviene detenernos en un aspecto que estamos dando por sentado en todo caso, y es la potestad sancionadora de la Administración. El trío obligación, infracción y sanción se sostiene sólo si a la Administración se le reconoce la capacidad para imponer sanciones en caso de infracción. Estamos viendo cómo históricamente así ha sido, y cómo desde el principio del ordenamiento laboral, se reconoció a la Administración la posibilidad de imponer sanciones. Los fundamentos jurídicos de esta posibilidad los encontramos en la potestad sancionadora de la Administración Pública.

La potestad sancionadora de la Administración Pública se fundamenta en el *Ius Puniendi* del Estado, que puede manifestarse tanto por la vía judicial penal como

por la vía administrativa⁴¹. Es el mismo *Ius Puniendi* del Estado, que tiene dos manifestaciones, la jurisdiccional penal y la administrativa, quedando esta última siempre bajo la posibilidad de ser revisada judicialmente. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, en la célebre STC 77/1983, de 3 de octubre, en la que se reconoce como imposible la separación de poderes estricta: “No cabe duda de que en un sistema en el que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable. (...) siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25.3, aunque, como es obvio, sometiéndola a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos”.

Las cautelas a las que se refiere la Sentencia constitucional son básicamente dos. Por un lado, el sometimiento de las resoluciones sancionatorias de la Administración a la revisión jurisdiccional, y por otro, la aplicación de los principios inspiradores del orden penal “con ciertos matices” al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado⁴². Ambas cautelas serán objeto de estudio en la segunda parte, en la que trataremos sobre los principios del derecho administrativo sancionador, y sobre las garantías jurisdiccionales.

Queda claro que la potestad sancionadora de la Administración se fundamenta en el *Ius Puniendi* del Estado. Ahora bien, dicho esto, resta añadir que el Derecho Administrativo Sancionador no es, en palabras de Nieto “una suerte de Derecho Penal vergonzante”, sino que la potestad sancionadora es aneja a la potestad

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo* Vol. 2, cit., pág. 190.

⁴² STC 18/1981, de 8 de junio.

que tiene la Administración Pública de gestionar los intereses públicos⁴³. Como venimos señalando, la Administración gestiona los intereses público-laborales a través de la imposición de obligaciones, que serán sancionadas en caso de incumplimiento. La posibilidad de la sanción por parte de la Administración se fundamenta, por tanto, en su propia potestad para la gestión de los intereses públicos que le son propios, no es una potestad de sanción penal de segunda categoría.

Una vez que ya tenemos clara la potestad sancionadora de la Administración Pública, procede plantearnos el porqué del ejercicio de la misma en el ámbito de las relaciones laborales, esto es, referirnos a la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo⁴⁴.

En el ámbito del Derecho Social que nos ocupa, la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la Administración Pública ha nacido paralela a la propia normativa laboral. A finales del siglo XIX surgen las primeras normas laborales, en las que el poder público venía a limitar la autonomía de la voluntad, imponiendo condiciones de trabajo heterónomamente, que debían ser respetadas por los empresarios, en atención al trabajador, como parte débil de la relación laboral, fijando así derechos laborales mínimos, irrenunciables para el trabajador⁴⁵.

⁴³ NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, cit., pág. 25. Seguimos en este punto la doctrina de Nieto: “contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su mismo nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos.

⁴⁴ Cfr. Al respecto GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho administrativo y derecho del trabajo”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, cit., págs. 636-643.

⁴⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho administrativo y derecho del trabajo”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, cit., pág. 637.

Para asegurar que se respetaban tales normas mínimas, ya en 1906 nació la Inspección de Trabajo⁴⁶, a la que se encomendó la tarea de velar por el cumplimiento de las obligaciones patronales en materia laboral, especialmente en prevención de riesgos laborales. Hasta el Decreto de 1 de marzo de 1906 que crea la Inspección de Trabajo, los cometidos habían recaído en las autoridades gubernativas locales y en las juntas de reformas sociales. Ya en la Ley de 13 de marzo de 1900 sobre el trabajo de mujeres y niños se hablaba de la función inspectora en los centros de trabajo, si bien quedaba supeditada al desarrollo de su estructura. A partir de 1906, la Inspección de Trabajo comienza su singladura hasta la actualidad, correspondiéndole asegurar la eficacia de las obligaciones patronales.

Estos breves apuntes históricos nos muestran la relevancia de la responsabilidad administrativa como punto de partida y eje del sistema de responsabilidades derivado de los incumplimientos del empresario del deber de protección de los trabajadores a su servicio⁴⁷, habiendo surgido de manera paralela al Derecho Social, como garantía de su misma eficacia. Y así, todo lo relativo al ejercicio de las competencias de control del cumplimiento de las normas, y de represión de los comportamientos desviados, se lleva a cabo mediante el derecho

⁴⁶ Un resumen de los orígenes y evolución histórica de la Inspección de Trabajo lo encontramos en GARCÍA MURCIA, J., "La Inspección de Trabajo en España: Unos cuantos trazos sobre su evolución histórica" *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 128, Madrid, 2017, págs. 19-36, y ampliamente, y en una perspectiva internacional y nacional, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. Y CASALE, D. (DIRECTORES): *A treinta años de la adopción del Convenio nº150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Granada, Comares, 2010.

⁴⁷ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., "El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil", en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., págs. 570 y sigs.

sancionador administrativo público⁴⁸, a través de la exigencia de la responsabilidad administrativa.

Centrándonos ya en las notas características de la responsabilidad administrativa, comenzar poniendo de manifiesto que, igual que la responsabilidad penal, tiene naturaleza pública, y pertenece al Derecho público sancionador. Por este motivo, ambas responsabilidades encuentran su entronque constitucional en el artículo 25 CE, y a ambas se les aplican los principios en ese artículo consagrados, que vienen así a considerarse una suerte de principios comunes del Derecho Sancionador⁴⁹. Más adelante tendremos ocasión de analizar detenidamente los principios del Derecho Administrativo Sancionador, tomados en préstamo desde el Derecho Penal, y su proyección en el ámbito de la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales. Sin perjuicio de su ulterior estudio en la segunda parte, traer a colación aquí que, como señala Nieto, el Derecho Administrativo Sancionador es “Derecho Administrativo”, y en él tiene su origen, aunque haya “tomado en préstamo” del Derecho Penal los mecanismos de protección y garantía de los interesados⁵⁰, por lo que en la actualidad hay una estrecha relación entre la responsabilidad penal y administrativa.

⁴⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho administrativo y derecho del trabajo”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, cit., pág. 639.

⁴⁹ Así lo ha entendido desde un primer momento nuestro más alto Tribunal, en STC 18/1981, de 8 de junio, en la que literalmente se lee que “los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”.

⁵⁰ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 143-145. La Doctrina mayoritaria entiende que la potestad de imposición de sanciones es originariamente judicial, y de ella se deriva la potestad sancionadora de la Administración con carácter secundario. Sin embargo, Nieto se aparta de dicha tesis mayoritaria, y entiende que el Derecho Administrativo Sancionador es ante todo “administrativo” y no penal. Una exposición clarificadora de las tesis doctrinales al respecto lo encontramos en VV.AA., SEMPERE NAVARRO A.V., (DIRECTOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRRE-SOLAR CALVO, B., y MARTÍN JIMÉNEZ R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, cit., págs. 58-60.

Los fines de la responsabilidad administrativa son dos, el sancionador y el preventivo. Esta responsabilidad tiene un claro fin sancionador, que viene marcado por el carácter tuitivo que preside la legislación laboral, que justifica el intervencionismo administrativo por la necesidad de vigilar el cumplimiento del orden social⁵¹. Tiene además, un fin preventivo, puesto que la “amenaza” de la sanción opera como efecto disuasorio de la transgresión normativa, y como potenciador, por tanto, del cumplimiento del deber de seguridad por parte del empresario⁵². Para garantizar la efectividad de la normativa laboral en su vertiente de riesgos profesionales, no basta con la sola existencia de la obligación del empresario, sino que se hace preciso establecer mecanismos de control de su cumplimiento, y un régimen de sanciones previsto para los casos de infracción del deber de seguridad.

La doble finalidad preventiva y sancionadora coincide para la responsabilidad administrativa y penal. Sin embargo, hay una diferencia esencial entre ambas, y es que el principio de intervención mínima sólo rige para el Derecho Penal, pero no para el Derecho Administrativo Sancionador. El intervencionismo de la Administración Pública para la gestión de los intereses generales⁵³ requiere la adopción de medidas para asegurar la eficacia de su cumplimiento. En el ámbito laboral, el intervencionismo de la Administración se justifica por la necesidad de

⁵¹ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, Comares, Granada, 2014, págs. 1 y sigs.

⁵² Esta doble finalidad represiva y preventiva de la responsabilidad administrativa es pacíficamente aceptada por la doctrina. Por todas, cfr. GARCÍA MURCIA, L., “El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., págs. 570 y sigs.

⁵³ “Por imperativo constitucional la tarea primordial de la Administración es la gestión (y defensa) de los intereses públicos y generales” NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 152.

establecer un equilibrio en una relación jurídica –la laboral- que de por sí es desequilibrada, con la superior posición del empresario, que controla los factores de producción.

Aun siendo la doble finalidad preventiva y sancionadora comunes a la responsabilidad administrativa y penal, sí apreciamos una distinción de finalidad entre una y otra. Las penas, por imperativo constitucional, tienen una finalidad superior, pues han de estar orientadas a la reinserción social⁵⁴, cosa que no ocurre en el caso de los ilícitos administrativos, que se quedan anclados únicamente en la finalidad preventiva y sancionadora.

A la infracción administrativa le sucede la correspondiente sanción, siempre y cuando haya responsabilidad administrativa, que actúa como puente entre una y otra. En definitiva, para que haya responsabilidad administrativa, tiene que haber una infracción de tal carácter, que viene definida en el artículo 5.2 TRLISOS como “las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta Ley”. Tras esta primera aproximación definitoria de la infracción con carácter general, la Ley pasa a tipificar las conductas en los artículos 11, 12 y 13 del mismo texto legal. De tal modo que, en caso de que el empresario cometa alguna de las conductas tipificadas en dichos artículos, es merecedor de sanción administrativa tras la incoación del oportuno expediente sancionador⁵⁵.

Sujeto responsable será normalmente el empresario, principal deudor de seguridad, y controlador de la fuente de riesgos. El empresario tiene así una obligación general de seguridad, correlativa al derecho del trabajador a toda

⁵⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo Vol. 2*, cit., pág. 173.

⁵⁵ En la segunda parte del presente estudio, pasaremos a identificar con mayor precisión las infracciones administrativas, así como las sanciones a ellas ligadas. Basta aquí realizar una aproximación a la terminología y características esenciales de la responsabilidad administrativa.

seguridad posible⁵⁶. Al ser el empresario el obligado, será él el responsable en caso de incumplimiento. Téngase en cuenta que, en Derecho Administrativo, la persona jurídica sí puede ser responsable, tal y como se dijo en el apartado anterior.

La infracción se comete con el mero incumplimiento, no siendo requisito de imputabilidad en la sanción administrativa la existencia de resultado dañoso⁵⁷. De hecho, la producción de resultado no se considera sino como una agravante de la infracción en sí, tal y como prevé el artículo 39 TRLISOS, a través de la consideración de la gravedad de los daños causados. La infracción no consiste en la producción de un daño, sino en la producción de un riesgo, de tal forma que ilícito es la actividad que produce un riesgo.

Se pone aquí de manifiesto el traslado del eje del daño hacia el riesgo, como demanda de seguridad de la nueva sociedad del riesgo, que ha venido a poner el foco en los riesgos a los que estamos expuestos. Este cambio de paradigma se aprecia en las infracciones administrativas en general, y en la materia de seguridad y salud en particular, que tipifican como infracción la producción de riesgos, aun cuando no se materialice el daño. Para probar la existencia de infracción, no es necesario que se haya producido un daño, sino que bastaría con probar que el riesgo se ha producido. Con el nuevo paradigma de la sociedad del riesgo⁵⁸, se trata de evitar, minimizar, canalizar los riesgos y peligros que se

⁵⁶ MONERO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 22.

⁵⁷ GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 76.

⁵⁸ Cfr. BECK, U., *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, Paidós, Madrid, 1998, págs. 25-26. Beck describe la nueva sociedad del riesgo, característica de la postmodernidad, que vendría a sustituir a la sociedad de clases. Esta nueva sociedad del riesgo se caracteriza por ser una sociedad insegura, en la que el reparto de riesgos sustituye al reparto de riquezas. La demanda de seguridad crece, y de ahí que se ponga el foco de atención en evitar y minimizar los riesgos, principalmente a través del saber, puesto que los riesgos catastróficos lo son precisamente por el desconocimiento de los mismos.

han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización, lo que se traduce, en el ámbito laboral, en tratar de evitar, y en su caso minimizar los riesgos laborales a los que estén expuestos los trabajadores.

Ahora bien, podemos distinguir dos tipos de riesgo, según sea este abstracto o concreto. La infracción de peligro concreto precisa de una valoración concreta de lo que sucedió, mientras que la infracción de peligro abstracto desvalora el riesgo potencial producido por una acción u omisión concreta, con independencia de que se materialice o no dicho riesgo⁵⁹.

Así, bastaría con el “riesgo potencial”, para considerar que hay infracción administrativa. Si el empresario no adopta todas las medidas de prevención posibles, se estaría creando riesgo para los trabajadores, si bien ese riesgo habitualmente será concreto, para los trabajadores propios de la empresa en la que no se adoptan las medidas, puede ser que el riesgo no se llegue a materializar, situándonos en el ámbito del “riesgo potencial”, esto es, del riesgo abstracto.

En la práctica, tanto en casos de riesgo abstracto como concreto, nos encontraríamos con el ilícito administrativo. La apreciación y valoración de los riesgos corresponderá al Inspector de Trabajo que desarrolle la labor de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales. De ahí la conveniencia de estos ilícitos administrativos, que permiten una mayor inmediación respecto de los hechos a enjuiciar que la que tienen los Jueces y Tribunales, como bien ha reconocido el Tribunal Constitucional, en STC 77/1983: “La conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados”. Aunque en sentido estricto, no se produce una verdadera inmediación de la autoridad sancionadora, puesto que la

⁵⁹ En cuanto al riesgo abstracto y concreto, cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 148 a 151. Nieto considera que “el riesgo abstracto es el puente por el que se pasa del Derecho Administrativo Sancionador de culpa al de mera inobservancia, (...) es el gran desafío del Moderno Derecho”. La figura del riesgo abstracto habría provocado un “verdadero cataclismo” en el Derecho Administrativo “desde el momento en que se exige responsabilidad en ausencia de daño, y aun de riesgo concreto”, pág. 150.

Inspección de Trabajo es propiamente autoridad instructora, correspondiendo la sanción a la Autoridad Laboral.

Referencia especial merece la culpabilidad del sujeto infractor, de la que ya hemos adelantado algo al referirnos a la mera inobservancia, y que es, en palabras de Nieto, el corazón mismo del Derecho Administrativo Sancionador⁶⁰. De este aspecto nos ocuparemos con detenimiento en la segunda parte, si bien, y a efectos de no dejar incompleta esta primera aproximación, conviene aquí referirnos a la atenuación del principio de culpabilidad en esta responsabilidad administrativa, a través de la consideración de la responsabilidad “cuasi objetiva”, toda vez que cierta culpabilidad se ha de exigir al sujeto, en aplicación del principio de culpabilidad consagrado constitucionalmente en el artículo 25 CE, si bien dicha culpabilidad no se exige de modo estricto, sino que basta que con falta de cuidado y atención se produzca la infracción⁶¹. Así, se suele mencionar que existe una responsabilidad “cuasi objetiva”, pero no exenta de dolo o culpa en cualquiera de sus variedades (dolo directo, dolo eventual, imprudencia temeraria, imprudencia simple), y que debe estar presente fundamentalmente en la comisión del ilícito administrativo. En este sentido, conviene tener presente que en prevención de riesgos laborales tienen mucha relevancia práctica algunas modalidades muy específicas de culpabilidad en los

⁶⁰ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 319. Este autor es crítico con la doctrina mayoritaria, que entiende que la exigencia de culpabilidad es una cuestión pacífica, en cuanto a su exigencia por parte del derecho administrativo sancionador, al venir sustentada constitucionalmente en el artículo 25 CE. Nieto entiende, por el contrario, que la exigencia de culpabilidad carece de base constitucional y que no ha razones fundadas para extender su aplicación al Derecho Administrativo Sancionador.

⁶¹ En este sentido, Cfr. MONERO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., págs. 28 y sigs., GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 77 y sigs., y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales*, cit., pág. 17.

ilícitos administrativos, como son los de *culpa in vigilando*, *culpa in eligendo* o *culpa in instruendo*⁶².

Por lo que se refiere a las compatibilidades con el resto de responsabilidades, tal y como se indicó en la introducción del presente apartado, la regla general es la de compatibilidad, a salvo de la interdicción de doble sanción en los casos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, lo que pone de manifiesto su incompatibilidad con la responsabilidad penal, en su caso, por entrar en consideración el principio *non bis in ídem*.

En definitiva, el régimen de compatibilidades entre las responsabilidades pone de manifiesto la peculiaridad del Derecho del Trabajo, con una recíproca influencia entre los ordenamientos laboral, administrativo, penal y de seguridad social⁶³. Existen un conjunto de normas que imponen al empresario obligaciones de naturaleza jurídico-pública, que podrían encuadrarse como derecho civil, administrativo o penal. Sin embargo, por su referencia a la relación laboral, vienen a integrar un derecho propio, el Derecho del Trabajo. Las interconexiones entre estos ordenamientos han dado lugar a distintos sistemas de responsabilidad en caso de incumplimiento, y al régimen de compatibilidad entre unas y otras.

4. Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil trata de resolver el problema social de distribución de los infortunios⁶⁴, que en el caso que nos ocupa, serán infortunios derivados de

⁶² SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, LEX NOVA, Madrid, Valladolid, 2007, pág. 199.

⁶³ VV.AA., SEMPERE NAVARRO A.V., (DIRECTOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRREZ CALVO, B., y MARTÍN JIMÉNEZ R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, cit., pág. 32.

⁶⁴ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 41.

accidente de trabajo o enfermedad profesional, y ello porque consiste en la indemnización de los daños y perjuicios causados por actos u omisiones culpables o negligentes.

La civil se distingue de los anteriores tipos de responsabilidad en atención a su naturaleza, privada, y a sus fines, pues persigue la reparación del daño y perjuicio causado, sobre la base de que nadie puede causar daño a otro, según el principio *neminem laedere*.

Su acomodo normativo lo encontramos en las normas de Derecho Común, y podemos distinguir dos tipos, la contractual (artículos 1101 y ss CC) y la extracontractual o aquiliana (artículos 1902 y ss CC). La primera derivará del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las relaciones jurídicas, que en este caso será entre empresario y trabajador, y la segunda, que no precisa relación jurídica previa, surge tras el daño derivado de una conducta dolosa o negligente del sujeto⁶⁵.

En principio, en el ámbito que nos ocupa, ambas vías, de responsabilidad contractual o extracontractual serían accionables por el trabajador para reclamar los daños y perjuicios causados por accidente de trabajo. Dado que el accidente se produce en el ámbito de la relación *contractual* laboral, parece que lo lógico sería accionar la responsabilidad civil contractual, que además tiene un periodo de prescripción general más amplio -15 años-. Sin embargo, en la práctica es frecuente que se acuda a la vía de la responsabilidad extracontractual, para evitar la doble prueba de existencia de contrato, además de la prueba del daño causado⁶⁶. A ello viene a añadirse el principio de “unidad de culpa”, y que la *causa petendi* en una y otra se basa en los hechos y no en su fundamentación

⁶⁵ CARRANCHO HERRERO, M.T., *Responsabilidad civil del empresario en el ámbito de los riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 25 y sigs.

⁶⁶ Cfr. MONTOYA MELGAR, A., “Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 310.

jurídica, lo que permitiría al perjudicado ejercitar las acciones de manera alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra⁶⁷.

En cuanto a las diferencias entre una y otra responsabilidad, la contractual tiene origen en una previa relación jurídica, y se sustenta en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de esa obligación surgida del contrato que vincula a las partes. La indemnización vendrá conformada por los daños producidos, así como por el lucro cesante (artículo 1106 CC). La responsabilidad extracontractual, por su parte, exige que haya relación de causalidad entre la conducta del sujeto y el daño producido. Además del nexo causal, el artículo 1902 CC exige que intervenga culpa o negligencia, esto es, se exige culpabilidad subjetiva en el responsable⁶⁸.

Por otra parte, la responsabilidad extracontractual no surge sólo por actos propios, sino también “por los de aquellas personas de quienes se debe responder”. Concretamente, los dueños o directores de empresas y establecimientos son responsables de “los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”. En estos casos surge lo que García Murcia denomina una responsabilidad directa, y no subsidiaria del empresario, por ser el centro de imputación del riesgo inherente a la actividad empresarial⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 135.

⁶⁸ Un amplio estudio de las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual en el ámbito de los riesgos laborales lo encontramos en CARRANCHO HERRERO, M.T., *Responsabilidad civil del empresario en el ámbito de los riesgos laborales*, cit., págs. 31 y sigs.

⁶⁹ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., “El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., págs. 591 y sigs.

Dado que la naturaleza jurídica y sus fines son distintos al resto de las responsabilidades, es en principio compatible con todas ellas. Ya vimos que era compatible con las responsabilidades penal y administrativa. Respecto de la responsabilidad de Seguridad Social, constante y reiterada jurisprudencia civil declara que la reclamación de indemnizaciones por culpa extracontractual planteada ante la jurisdicción civil es compatible con la reclamación de prestaciones por accidente de trabajo sustanciada ante la jurisdicción social. Igualmente se considera compatible con el recargo de prestaciones de la Seguridad Social. No obstante, en ocasiones se plantea por la doctrina la compatibilidad entre responsabilidad civil y de seguridad social, pues aunque tengan distinta naturaleza, los fines no son otros que los reparadores en ambos casos⁷⁰.

Estas mismas dudas se reflejan respecto de la Jurisdicción competente para reclamar la indemnización por daños. La Jurisprudencia civil, solía entenderse competente para conocer en supuestos de reclamación por daños derivados de accidente de trabajo. Si bien, tras largos periodos de discusión e incertidumbre, hoy en día está claro que la competencia para entender de esta responsabilidad patrimonial en materia de seguridad y salud en el trabajo corresponde a la Jurisdicción Social⁷¹. Así queda definitivamente fijado en Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008, en la que se reconoce sin ambages la competencia del Orden Jurisdiccional social, por razón de la materia, para conocer la indemnización por daños y perjuicios, por tratarse de una reclamación por responsabilidad del empresario consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo, así dispone el Tribunal Supremo que La obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo la ley de Prevención

⁷⁰ En este sentido, resulta clarificador lo que indica GARCÍA MURCIA respecto de la compatibilidad de ambas responsabilidades y las dudas doctrinales al respecto. Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., págs. 129-130, en especial nota al pie número 5.

⁷¹ MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2016, pág. 47.

de riesgos laborales en el art. 14: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido del contrato de trabajo. Esta Sala, por tanto, fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el art. 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social⁷². Si bien, esa misma Sentencia matiza tal afirmación para los casos en que sean demandadas terceras personas que no sean el empresario y no tengan relación laboral contractual con el demandante⁷³. La competencia de uno u otro orden jurisdiccional tiene trascendencia puesto que la jurisprudencia social es más restrictiva que la civil en la valoración de la culpabilidad exigible en la conducta empresarial para poder derivar de ella consecuencias indemnizatorias⁷⁴.

5. Responsabilidad de Seguridad Social

El panorama de responsabilidades por incumplimientos de prevención de riesgos laborales se completa con la responsabilidad de Seguridad Social, para aquellos casos en los que, además de incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, se haya actualizado un resultado dañoso. Es precisamente la producción del resultado dañoso una especificidad propia de la responsabilidad de Seguridad Social. Mientras, como veíamos, la responsabilidad administrativa se exige por el mero incumplimiento, sin que sea preciso que se haya producido un daño concreto, por ser una infracción de riesgo, no de resultado, para la

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2008.

⁷³ Así tendríamos que, para el caso de la responsabilidad contractual, la competencia correspondería al orden social, mientras que, para la responsabilidad extracontractual, la competencia sería del orden civil.

⁷⁴ Cfr. MONTROYA MELGAR, A., "Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 308.

exigencia de responsabilidad de Seguridad Social sí es presupuesto que haya habido un daño concreto. Ello es así por la propia naturaleza de la Seguridad Social, que nace para subvenir necesidades de los trabajadores por las rentas que dejan de percibir cuando se actualiza alguna de las situaciones protegidas por la normativa de Seguridad Social. Así, en caso de que un trabajador haya sufrido un daño como consecuencia de un incumplimiento del empresario por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, además de la responsabilidad administrativa o incluso penal que pudiera derivarse del incumplimiento, se derivará también la responsabilidad de Seguridad Social, compatible con aquélla. Es decir, la responsabilidad de Seguridad Social viene a sumarse al resto de responsabilidades –administrativa, penal y civil- en aquellos casos en los que, como consecuencia de falta de medidas de seguridad, el trabajador haya tenido un accidente causado precisamente por esa falta de medidas de seguridad. En tal caso, además de la responsabilidad administrativa o penal, procederá también la responsabilidad de Seguridad Social, de naturaleza jurídica compleja, como veremos a continuación.

El estudio de la responsabilidad de seguridad social lo centraremos en el recargo de prestaciones, del artículo 164 LGSS. No es la única manifestación de esta responsabilidad⁷⁵, pero sí es la más característica estrechamente ligada a los accidentes de trabajo producidos por falta de medidas de seguridad, con resultados dañosos para los trabajadores, lo que se pone de manifiesto tanto en la naturaleza jurídica como en la función propia del recargo de prestaciones, como veremos más adelante.

En cualquier caso, antes de adentrarnos en el recargo, hemos de tener en cuenta que el contenido de esta responsabilidad de Seguridad Social es más amplio y hay otros supuestos además del recargo de prestaciones. Concretamente, dentro de la responsabilidad de Seguridad Social nos encontramos con los supuestos previstos en el artículo 167 LGSS, y en los artículos 242 y 243 LGSS, que admiten la responsabilidad directa del empresario en el pago de

⁷⁵Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., págs. 154.

prestaciones en determinados casos por incumplimientos de sus obligaciones específicas. Así tenemos:

Artículo 167.2 LGSS:

El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.

Así, en el primero de estos supuestos, el del artículo 167 LGSS, se prevé la responsabilidad directa del empresario en el pago de prestaciones en caso de haber incumplido las obligaciones de afiliación, alta, baja o cotización. Esto es, en caso de que el empresario no haya cumplido con las obligaciones básicas de afiliación, alta, baja o cotización, le corresponderá asumir el pago directo de las prestaciones. Sin embargo, esta responsabilidad directa es muy limitada, por cuanto en esta materia juega el principio de automaticidad de prestaciones, por lo que la responsabilidad del empresario, en la práctica, es casi inexistente.

Por su parte, los artículos 242 y 244 LGSS, respectivamente, prevén dos supuestos de responsabilidad directa del empresario en el pago de prestaciones:

Artículo 242 LGSS:

El incumplimiento por parte de las empresas de las órdenes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad y salud se equipará, respecto de los accidentes de trabajo que en tal caso pudieran producirse, a la falta de formalización de la protección por dicha contingencia de los trabajadores afectados, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción a que hubiera lugar.

Artículo 244.2 LGSS:

El incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora.

En el primer caso, el artículo 242 LGSS prevé la responsabilidad directa por falta de cumplimiento de la orden de paralización dictada por la Inspección de Trabajo, si como consecuencia de ese incumplimiento se produce un accidente de trabajo.

En el segundo caso, del artículo 244 LGSS, la responsabilidad directa vendría dada en caso de declararse una enfermedad profesional, sin haber cumplido el empresario su obligación de vigilancia de la salud. Ambos supuestos de responsabilidad directa son escasos en la práctica, y tienen por tanto una virtualidad limitada, si bien el legislador ha optado por mantenerlos por la grave trascendencia que supone el incumplimiento de las obligaciones sustantivas de base.

Centrándonos ya en el recargo de prestaciones, la más dañina de las responsabilidades susceptibles de recaer sobre el empresario incumplidor del deber de seguridad⁷⁶. Es el recargo la institución por antonomasia de responsabilidad de Seguridad Social, y muy anudada a las normas de seguridad y salud laboral, lo que se pone de manifiesto tanto en su naturaleza jurídica como en su función.

⁷⁶ MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., Derecho Crítico del Trabajo, Atelier, Barcelona, 2016, pág. 116.

Artículo 164 LGSS:

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

El recargo entra en juego, por tanto, en aquellos casos en los que se haya producido un accidente de trabajo –o enfermedad profesional- “por equipos de trabajo, o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características, y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador” (artículo 164 LGSS). Es decir, el recargo procederá en los casos en los que nos encontremos con un empresario infractor, de cuya infracción en condiciones materiales de seguridad se haya derivado un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

En cuanto a la naturaleza jurídica, señalar que se ha debatido ampliamente si el recargo es de naturaleza sancionadora o indemnizatoria⁷⁷, y ello por cuanto conlleva que en él se une un componente sancionador y otro reparador. Así, tenemos un componente sancionador –se propone cuando el accidente haya tenido lugar por falta de medidas de prevención-, y un componente reparador – la consecuencia es el aumento de la prestación que corresponda de un 30 a un 50%-.

Tal naturaleza compleja ha llevado a Monereo a definirlo acertadamente como “sanción compleja unitaria de carácter intimidatorio”⁷⁸, y ello por cuanto la sanción negativa no tiene una función únicamente represiva o intimidatoria, sino también reparadora, en forma indemnizatoria, que se traduce en el aumento de la prestación para el trabajador o sus causahabientes, en su caso. Y la especificidad de esta figura reside, precisamente, en que no se puede separar ambos componentes, puesto que el recargo es tanto sanción para el empresario (de carácter represivo), como en indemnización para el trabajador (con su naturaleza reparadora propia). De estos dos aspectos se derivaría el carácter “sui generis” del recargo⁷⁹.

Por su parte, la jurisprudencia solía pronunciarse por el carácter sancionador, aun reconociendo un cierto sentido indemnizatorio. Si bien finalmente, la posición que ha acabado triunfando en la Jurisprudencia ha sido la entender la naturaleza del recargo como sanción unitaria compleja de carácter intimidatorio. Por todas, la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 octubre de 2000 reconoce la naturaleza sancionatoria del recargo de prestaciones, y no

⁷⁷ Un resumen del debate al respecto lo encontramos en MONEREO PÉREZ, J.L., “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (DIRECTORES), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I, Murcia, Laborum, 2017, págs. 606-628.

⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 89.

⁷⁹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., págs. 28 y sigs.

puramente indemnizatoria. En ella se afirma que el recargo “es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo”. Incluso la jurisprudencia ha venido a reconocer la naturaleza compleja del recargo distinguiendo hasta tres componentes diferentes: preventivo, sancionador y resarcitorio⁸⁰.

A esta naturaleza compleja, corresponde también una funcionalidad del instituto de carácter complejo también. El recargo posee intencionalidad represiva – aflictiva-, por traducirse en una sanción económica, y tiene también una clara función preventiva, pues la amenaza de su imposición juega con carácter de prevención frente al incumplimiento de las obligaciones del empresario.

Esta función preventiva del recargo es fundamental para entender porqué se ha de mantener esta institución, a pesar de las voces doctrinales que propugnan su desaparición⁸¹. El recargo cumple una función esencial en orden a incentivar y garantizar la prevención colectiva, ya que trata de incentivar al empresario, principal deudor de seguridad, a cumplir con su deuda de seguridad con la mayor diligencia posible, potenciando así la vertiente colectiva, centrándose no sólo en la víctima, sino en la misma evitación del accidente, en la protección frente al riesgo. Para ello, se actúa sobre los costes de prevención y los costes de no prevención, elevando estos mediante el recargo de prestaciones, lo que abarata

⁸⁰ En este sentido, STS de 20 de abril de 2017.

⁸¹ A favor de la supresión del recargo se manifestó el conocido como “Informe Durán”, encargado por el Presidente del Gobierno en julio del año 2000 a Federico Durán López, entonces presidente del Consejo Económico y Social, al que se encargó un estudio sobre la siniestralidad laboral en España, en el que participaron especialistas del mundo de la Universidad, de la Administración y profesionales. Respecto de la propuesta concreta para abolir el recargo de prestaciones, cfr. VVAA.; *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, DURÁN LÓPEZ, F., (COORDINADOR), Madrid, Ministerio de Presidencia-BOE, 2001, pág. 78. Cfr. Al respecto, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., TUDELA CAMBRONERO, G., *Informe Durán sobre riesgos laborales y su prevención. Notas para un debate necesario*. Fraternidad-Muprespa, 2006, págs. 22 y sigs.

por comparación los costes de prevención⁸². Así, la “amenaza” del recargo supone un incentivo para potenciar el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral. En esta funcionalidad preventiva se pone de manifiesto la estrecha relación entre la responsabilidad administrativa y de Seguridad Social por incumplimientos en prevención de riesgos laborales.

Así las cosas, para que entre en juego la aplicación del recargo de prestaciones, el supuesto de hecho exige varios elementos, concretamente, que se produzca un accidente de trabajo o enfermedad profesional, que haya falta de medidas de seguridad, la relación de causalidad entre falta de medidas de seguridad y accidente, y el daño producido como consecuencia del mismo⁸³.

Sujeto de la responsabilidad por recargo es el empresario⁸⁴ infractor, que es quien tiene la obligación de garantizar las medidas de seguridad como consecuencia del deber que le impone el artículo 14 LPRL. Será precisamente la infracción de su deber de seguridad el que genere la consecuencia del recargo en caso de actualizarse el daño.

Ahora bien, aun cuando el presente estudio lo estamos centrando en el empresario de la relación laboral, no podemos obviar que responsable es el “empresario infractor”, conforme al artículo 164.2 LGSS, pudiendo existir supuestos en los que empresario infractor sea un sujeto distinto del propio

⁸² ALFONSO MELLADO, C. L., “El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su futuro”, *Revista Laborum*, número 17, Murcia, 2018, pág. 59.

⁸³ La relación de causalidad se traduce en la “objetivación del nexo causal entre falta y siniestro”. La medida del recargo no se aplica porque exista accidente de trabajo y falta de medidas de seguridad, sino que se exige la relación de causalidad típica entre uno y otras. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., págs. 30 y sigs.

⁸⁴ El empresario “laboral” puede ser un ente sin personalidad jurídica. En tales ocasiones, dichos entes devienen en centros de imputación de obligaciones, y por tanto la responsabilidad por incumplimiento de las mismas recaerá sobre las personas físicas a través de las cuales actúe la organización. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 64.

empresario del trabajador, cuando se trate de empresario con obligaciones preventivas hacia el trabajador dañado. Ello sucede en los casos de descentralización productiva –contratas o subcontratas correspondientes a la propia actividad y en los centros de trabajo del empresario principal y en las restantes contratas por el deber de coordinación del artículo 24 LPRL-, en los supuestos de empresas de trabajo temporal –en los que es la empresa usuaria la responsable de la seguridad y salud del trabajador en el desarrollo de su actividad, sin perjuicio de las obligaciones preventivas de la ETT-, o en los casos de sucesión de empresas que conlleven transmisión de la personalidad empresarial –fusión, absorción, escisión, transformación de sociedades-⁸⁵.

Para la imputación de esta responsabilidad, se precisa exista culpa o negligencia, si bien la misma se traduce en una responsabilidad “cuasi-objetiva”, toda vez que, cuando se reconozca la relación de causalidad entre el accidente producido y la falta de medidas de seguridad, se entenderá que hay culpabilidad, de modo que la culpabilidad se reconoce a modo de presunción legal de su existencia, en el momento en el que opera la relación de causalidad⁸⁶.

El carácter de inasegurabilidad del recargo responde a la naturaleza compleja del recargo y a su función preventiva de carácter colectivo. Dado que en parte el recargo es sanción, no procede su aseguramiento. Si sólo fuera indemnización, y no sanción, sí podría ser asegurable. En este aspecto se nos muestra, una vez más, la naturaleza compleja que posee. A su vez, impedir su aseguramiento garantiza mejor la función propia del recargo⁸⁷ de fomentar el cumplimiento de

⁸⁵ Un resumen completo de las distintas situaciones que pueden dar lugar a responsabilidad en el recargo de prestaciones por sujeto responsable distinto del empresario del trabajador lo encontramos en ALFONSO MELLADO, C. L., “El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su futuro”, *Revista Laborum*, cit., págs. 66 a 75.

⁸⁶ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., págs. 28 y sigs.

⁸⁷ En este sentido, ALFONSO MELLADO, C. L., “El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su futuro”, *Revista Laborum*, cit., pág. 79.

las obligaciones sobre prevención de riesgos laborales y disuadir de su incumplimiento.

Respecto de la compatibilidad con otras responsabilidades, y dada la naturaleza compleja del recargo, éste es compatible con la responsabilidad administrativa e incluso penal, y ello por su naturaleza reparadora, que justifica que no se conculque el principio del *non bis in ídem*. Y así viene recogido en la propia norma reguladora del instituto, que reconoce su compatibilidad con el resto de responsabilidades derivadas del ilícito, incluso penales. Ello no obstante, se hace preciso matizar que, en el caso de entrar en juego la responsabilidad civil por los daños derivados y perjuicios causados, el Juez de lo Civil habrá de modular la cuantía de la indemnización teniendo en cuenta el recargo impuesto⁸⁸.

De acuerdo con las características analizadas del recargo de prestaciones, se pone de manifiesto que tiene una estrecha relación con la responsabilidad de carácter sancionador, ya sea administrativa o penal, en los casos en que hay un resultado dañoso por incumplimiento del deber de seguridad por parte del empresario. Junto a ello, precisamente por su carácter reparador de prestación de Seguridad Social, tiene una naturaleza indemnizatoria, que deriva precisamente del incumplimiento existente.

La naturaleza reparadora propia de esta institución hará que el recargo entre en juego incluso en casos en que haya podido prescribir la infracción, teniendo cierta independencia respecto de ella, y por tanto pueda no exigirse la responsabilidad administrativa propiamente dicha, pero sí pueda exigirse el recargo de prestaciones, que prescribe con posterioridad a la propia prescripción de la infracción administrativa. Así las cosas, la acción para reclamar el recargo prescribirá a los cinco años del reconocimiento de la prestación a la que se anuda⁸⁹. Todo ello pone de manifiesto que, siendo el recargo en cierto modo “adjetivo” respecto de la infracción, tiene también independencia respecto de

⁸⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 78. En el mismo sentido MONTOYA MELGAR, A., “El panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 312.

⁸⁹ En este sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia, por todas, STS 18 de diciembre de 2015.

ella, ya que puede reconocerse aun cuando no pueda iniciarse un procedimiento sancionador por haber prescrito la infracción de la que deriva.

CAPÍTULO 2: EL EMPRESARIO COMO SUJETO RESPONSABLE

1. La configuración del empresario como sujeto responsable en prevención de riesgos laborales

Una vez realizado, en el apartado anterior, el boceto del juego de responsabilidades, procede ahora centrarnos en la responsabilidad administrativa del empresario, eje del sistema y objeto del presente estudio.

Al comienzo, señalábamos cómo la responsabilidad administrativa es la que de forma más ágil y contundente responde a los incumplimientos del empresario en prevención de riesgos laborales. En los breves apuntes históricos a los que se ha hecho referencia, indicábamos que la imposición de sanciones por infracciones en esta materia nació de manera paralela a la misma creación del derecho del trabajo. La Administración Pública vio desde los inicios la necesidad de intervenir en el orden social a fin de garantizar la equidad en una relación que de por sí es desigual, y tratar de proteger así a la parte más débil, el trabajador. Las primeras normas de orden social fueron precisamente de prevención de riesgos laborales –piénsese en la Ley de Accidentes de Trabajo y en la Ley del Trabajo de Mujeres y Niños, ambas de 1900-, y se creó la Inspección de Trabajo para verificar, en la propia empresa, el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Desde los albores mismos de la creación del Derecho del Trabajo, y más concretamente del Derecho Sancionador del Trabajo, se impuso la consideración del empresario como el sujeto responsable de los incumplimientos en materia de seguridad y salud, por cuanto el empresario es quien ostenta el dominio de la fuente de riesgo, cual es el trabajo mismo. Se establecen así una serie de obligaciones para el empresario, que en caso de incumplimiento habrán de ser exigidas de manera heterónoma, a través de la oportuna sanción, siempre y cuando haya sujeto responsable.

El trío entre obligación, infracción y sanción se completa con la responsabilidad administrativa, que actúa como puente entre ellas, como base sobre la que se

asienta la imposición de la sanción. Así, tendríamos que una vez establecidas las obligaciones a través de normas jurídicas, procede su cumplimiento por parte de los destinatarios de las mismas. Si ello no es así, tendríamos un incumplimiento por parte del empresario como sujeto obligado, incumplimiento que viene a ser el presupuesto inexcusable para la exigencia de la responsabilidad administrativa a través de la imposición de la oportuna sanción.

Si el incumplimiento del empresario es el presupuesto inexcusable, resulta que el empresario será el sujeto imputado típico, sujeto responsable en prevención de riesgos laborales. En este apartado nos vamos a centrar en él, en su cualidad como sujeto responsable.

Cualquier referencia al sujeto responsable por infracciones en el orden social, pasa por la mirada al artículo 2 LISOS. Precepto que se conforma sobre una noción general del sujeto responsable, conjugada con un listado pormenorizado de los mismos. De modo que combina la definición genérica con la determinación específica en función del ámbito material de la infracción. Con esta técnica, se trata de evitar la impunidad de incumplimientos en el orden social por falta de determinación del sujeto activo⁹⁰.

Si bien, y dado el principio de tipicidad, que actúa como principio general del derecho punitivo, la Administración no puede ir más allá de los sujetos responsables que se determinan en este artículo 2, que actuaría como *numerus clausus* de los mismos, no pudiendo ser sujeto responsable de una infracción el que no venga definido como tal en este precepto, o en otro precepto de rango legal, que así lo determine.

De este modo, la detallada identificación responde a la necesidad de garantizar el principio de seguridad jurídica en materia sancionadora, de forma que sólo los

⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Comentario al art. 2. Sujetos responsables de la infracción”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 64.

mencionados en el artículo 2 TRLISOS, y no otros, serán sancionados como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones⁹¹.

Quiere esto decir que, en aras de cumplir con los principios de legalidad y de tipicidad, los sujetos responsables han de estar claramente definidos, no quedando al amparo de decisiones administrativas ulteriores. El vigente texto de la LISOS quiso acabar con la dispersión normativa anterior en lo que se refiere a las infracciones en el orden social, y recoger en un texto único infracciones, sanciones, y sujetos responsables. Sin embargo, han quedado fuera de esta unificación normativa las infracciones en materia de extranjería, que siguen regulándose en la LOEX.

El empleador es el responsable por excelencia en las relaciones laborales, y por tanto en la materia concreta de prevención de riesgos laborales, si bien, como veremos *infra*, hay más variedad de sujetos a responsabilidad. Si bien, tendremos en cuenta que el presente estudio se centra en la responsabilidad administrativa del empresario propiamente dicha, de modo que sólo se tratará tangencialmente los otros sujetos responsables.

Así, el primer sujeto imputado típico, es el “empresario en la relación laboral”, como reza el primer apartado del artículo 2 LISOS, que completado con la definición de empresario contenida en el artículo 1.2 ET, podrá ser persona física, o jurídica o comunidad de bienes, que reciba la prestación de servicios del trabajador. Así, no será necesario que el empresario lleve a cabo una actividad económica productiva, ni tampoco que exista una organización, ni que ostente la titularidad dominical de los medios de producción, ni que persiga la obtención de lucro. Basta, para ser sujeto responsable, que el empresario sea quien recibe la contraprestación del trabajador, esto es, que sea empresario “laboral”⁹².

⁹¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, nº 282-283, 2009, pág. 213.

⁹² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, cit., pág. 213.

La responsabilidad está íntimamente unida al principio de culpabilidad. Ya ha quedado dicho que nos referiremos a este principio en la parte II, pero es preciso ahora adelantar algunos aspectos, a fin de configurar convenientemente la categoría jurídica de la responsabilidad administrativa.

A priori, podríamos decir que sólo puede ser responsable quien puede ser culpable. Y a *sensu contrario*, que clarifica aún más lo que queremos decir, si no se es culpable, no se puede exigir responsabilidad. La culpabilidad es elemento volitivo, subjetivo, que se exige al sujeto responsable para que se le pueda imponer la sanción. Estudiaremos la culpabilidad más detenidamente, en la Segunda Parte. A la vez, ya nos hemos referido a ella como el corazón de la responsabilidad administrativa en el apartado primero. Pero cualquier estudio sobre la responsabilidad administrativa gira una y otra vez alrededor de la culpabilidad, como si del mito de Sísifo se tratara. Y es que la culpabilidad hace temblar los cimientos sobre los que se construye la responsabilidad administrativa.

Tal y como estamos viendo, de acuerdo con el artículo 2 LISOS, será sujeto responsable típico el empresario, y éste puede, a su vez, ser persona física, o jurídica o comunidad de bienes. Y ello nos lleva a detenernos en la capacidad de imputabilidad de las personas jurídicas, e incluso de los entes sin personalidad. Por su propia definición, una persona jurídica no es capaz de culpabilidad, dado que carece de elemento volitivo, de intención subjetiva.

Tradicionalmente, las personas jurídicas no han podido ser sujetos activos de delitos, bajo el principio *societas delinquere non potest*. Si bien, tras la reforma operada en el Código Penal en el 2010, se ha quebrado dicho principio, y las personas jurídicas pueden ya ser imputadas penalmente, como vimos en el Apartado I.

Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad administrativa, no rige este principio de inimputabilidad de las personas jurídicas, y se ha admitido sin ambages la responsabilidad de personas jurídicas e incluso de entes sin personalidad, y ello por cuanto que el principio de personalidad de las penas viene atenuado en el Derecho Administrativo Sancionador, al no imponerse pena

privativa de libertad.⁹³ El principio de culpabilidad a las personas jurídicas se ha de aplicar, pues, de forma distinta, más atenuado.

Esta doctrina ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en la STC 246/1991, de 19 de diciembre. Así, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de personalidad de la sanción no impide que el Derecho administrativo sancionador admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas. Llegados a este punto, hemos de plantearnos si ello implica la supresión del elemento subjetivo de culpa. En cualquier caso, queda claro que al menos su exigencia se modula, llegando a la responsabilidad a través de la capacidad de soportar la sanción⁹⁴. No se precisa que se constate intención de infringir, ni siquiera negligencia o descuido, pero sí que se constate que por falta de cuidado y atención se produzca la infracción⁹⁵. Se trata, por tanto, de llegar a la responsabilidad no a través de la culpabilidad, como es lo ordinario, sino a través de la capacidad de soportar la sanción⁹⁶.

Las personas jurídicas tienen una naturaleza de ficción jurídica, se crea la *fictio* de su personalidad, con capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Tienen capacidad de infracción, de no cumplir con las obligaciones que les vienen impuestas, y por tanto tienen capacidad para soportar la sanción. Así se

⁹³ MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Comentario al art. 2. Sujetos responsables de la infracción", en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., págs. 65 y sigs.

⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Comentario al art. 2. Sujetos responsables de la infracción", en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit.,, pág. 66

⁹⁵ GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., pág. 78.

⁹⁶ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 402.

ha entendido siempre en Derecho Administrativo, donde además no actúa la pena privativa de libertad, y no se quiebra el principio de personalidad de la sanción.

La responsabilidad administrativa vendría configurada, en definitiva, por la capacidad de soportar la sanción, y no tanto por la culpabilidad del sujeto responsable. Esta afirmación no pretende llevar a una ausencia total de la exigencia del principio de culpabilidad, ni a una responsabilidad totalmente objetiva sin elemento volitivo. Se trataría, más bien, de adecuar la teoría a la realidad, y no al revés. En la materia que nos ocupa, nos encontramos, como hemos dicho más arriba⁹⁷, con una responsabilidad que podríamos denominar “cuasi objetiva”, sobre todo por la especial trascendencia que tiene aquí el ámbito de las personas jurídicas. Si responsable es el empresario, cada vez es más raro el caso en el que el empresario sea persona física, dada la proliferación de personas jurídicas empleadoras, precisamente con el objetivo de limitar la responsabilidad de todo tipo. La culpabilidad que se le exige a la persona jurídica en la materia preventiva es la mera inobservancia, esto es, una responsabilidad “cuasi objetiva”, que se aleja de las exigencias de culpabilidad propias de la responsabilidad penal.

Todas estas consideraciones nos conducen a que la responsabilidad administrativa venga definida por la capacidad de soportar la sanción⁹⁸. Puede ser sujeto responsable, entonces, quien, habiendo incurrido en un incumplimiento, pueda soportar la sanción que conlleva la infracción. Si la responsabilidad administrativa es el puente que une la obligación, el incumplimiento y la sanción, tendríamos que es la capacidad de soportar la

⁹⁷ Vid. *Supra*, Parte I, Capítulo 1, Apartado 3.

⁹⁸ Cfr. NIETO GARCÍA, J., *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 391 a 414. Al hilo de la culpabilidad de las personas jurídicas, pone de manifiesto los límites del principio de culpabilidad como sostén de la responsabilidad administrativa, y la necesidad de llegar a la responsabilidad administrativa a través de la capacidad de soportar la sanción, y no a través de la culpabilidad, como es lo ordinario.

sanción por quien ha incumplido una obligación el núcleo mismo de la responsabilidad.

Ello nos lleva a distinguir entre autores y responsables⁹⁹. Autor es el infractor, a quien se le aplicaría la regla de la culpabilidad propiamente dicha. Responsable, sin embargo, será quien debe soportar las consecuencias de la infracción. Lo habitual será que autor y responsable sean el mismo sujeto, pero puede ocurrir que no sea así, como por ejemplo en el caso de las personas jurídicas, en que el autor será la persona física concreta, mientras que la responsabilidad recaerá sobre la persona jurídica en nombre de quien actúa. Se trata de ver no quiénes han incumplido, sino de quiénes responden por el incumplimiento, y es que en ocasiones, la ley disocia ambas figuras, y las concreta en personas distintas, hasta el punto de que se es infractor por haber realizado el tipo, y se es responsable porque así lo declara la ley.

El artículo 2 LISOS responde a esta circunstancia, señalando de manera expresa, a modo de *numerus clausus*, como venimos diciendo, quiénes pueden ser responsables, esto es, a quiénes se les puede exigir que soporten las consecuencias de la infracción. Con esta doble figura, podríamos encontrarnos con que la culpabilidad se le exija al autor, pero no necesariamente al responsable, ya que se trata de determinar no quiénes “han hecho”, sino quiénes “responden”.

A estos efectos, para determinar la relación de un sujeto con una infracción, habrá que analizar, caso por caso, si es autor y si es responsable, pues pudiera ocurrir que concurren ambas cualidades, o que siendo autor no sea responsable, o que sin ser autor sí sea responsable. En definitiva, de acuerdo con Nieto, para saber quién sea el responsable de la infracción, habrá que determinar quién es el autor, y junto a ello, habrá que buscar la causa de imputabilidad de responsabilidad, para determinar si el autor es o no responsable. Dicha causa de imputación de responsabilidad puede venir determinada *ex lege*, *ex culpa* (*in vigilando*, *in eligendo*, *in conservando*), *ex contractu* o *ex bono*). En el orden sancionador social, y concretamente en prevención de riesgos laborales, tiene

⁹⁹ Para la distinción entre autor y responsable que aquí se expone, cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 418 a 425.

una gran relevancia la culpa *in vigilando*, puesto que, en la mayoría de los casos la culpa del empresario se extrae de la falta de vigilancia de una determinada situación que ha supuesto la creación de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Pero incluso, yendo más allá hasta los confines mismos de la culpabilidad, en prevención de riesgos laborales observamos que la mayoría de los tipos son de peligro abstracto, y con la mera inobservancia se produce la infracción, lo que lleva a atenuar tanto la exigencia de culpa, que prácticamente podemos hablar de una responsabilidad cuasi-objetiva, como veremos en la segunda parte del presente estudio¹⁰⁰.

Algunos autores, sin embargo, niegan la disociación de la autoría y responsabilidad, por aplicación del principio de personalidad, según el cual la responsabilidad ha de ser consecuencia de la participación en los hechos, esto es, sólo se puede ser responsable por hechos propios¹⁰¹. Sin embargo, distinguir entre autor y responsable facilita entender la responsabilidad de las personas jurídicas, e incluso la responsabilidad solidaria que estudiaremos en el siguiente epígrafe.

En definitiva, el infractor habrá de ser responsable para que se le imponga la sanción. Si hay otro sujeto que sea autor, pero no responsable, la sanción se le impondrá al que sea sujeto responsable. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos en los que el empresario es persona jurídica, y materialmente la infracción la comete uno de sus subordinados, pero la sanción será imputada al empresario, en cuanto que es el sujeto imputado típico, según lo previsto en el artículo 2 TRLISOS.

¹⁰⁰ Vid., *infra*, Parte II, Capítulo 1, Apartado 2.3.

¹⁰¹ Cfr. SEMPERE NAVARRO A.V., (DIRECTOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRRES-SOLAR CALVO, B., y MARTÍN JIMÉNEZ R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, cit., págs. 313-314.

2. Supuestos de estructuras empresariales complejas

Como hemos tenido ocasión de analizar *supra*, en el apartado anterior, el empresario se configura como principal deudor de seguridad, y por tanto como principal responsable en los casos en que infrinja su deber. Y ello por cuanto es el propietario de los factores de producción, y posee el poder de dirección empresarial, que le faculta para adoptar las decisiones relativas a la protección de los trabajadores en el ámbito de su actividad laboral.

Si bien, no podemos obviar la incidencia en la responsabilidad en prevención de riesgos laborales en aquéllos casos en los que se produce una situación de pluralidad empresarial, ya sea a través de la figura de las empresas de trabajo temporal, que introduce la relación triangular en el ámbito laboral, o a través de la descentralización productiva propia en los casos de empresas coordinadas.

La creciente complejidad de las relaciones laborales nos lleva a cuestionarnos, para los casos concretos, quiénes son responsables del cumplimiento de las medidas preventivas, y en caso de omisión de las mismas, quienes van a responder de la infracción.

Cuestión aquí crucial es la responsabilidad solidaria, que puede hacer quebrar el principio de personalidad de la infracción, por la posibilidad, si quiera teórica, de exigir responsabilidad por hechos cometidos por un tercero. Es decir, la clave está en la presencia del principio de culpabilidad, en si es inexcusable o no la exigencia de la culpabilidad en el responsable solidario en todo caso¹⁰². En cualquier caso, si por culpabilidad entendemos la mera inobservancia, en el responsable solidario se habrá de dar una culpa, aunque sea levísima, por la mera inobservancia, o al menos una culpa *in vigilando*.

¹⁰² Nieto considera la solidaridad como el “nudo gordiano” de la responsabilidad. La legislación a este respecto es confusa, y la jurisprudencia vacilante, negando la responsabilidad objetiva en la teoría, pero admitiéndola en la práctica. Un claro ejemplo de ello es la STS de 26 de enero de 2002, que propugna la responsabilidad solidaria de todos los incluidos en la cadena de subcontratación en el sector de la construcción. Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 387-391.

2.1. Empresas de Trabajo Temporal

Las empresas de trabajo temporal introducen la triangularidad en las relaciones laborales. A la tradicional bilateralidad de las relaciones laborales, constituidas por empresario y trabajador, se adiciona un tercer miembro relacional. Así, la empresa de trabajo temporal es aquella que contrata a un trabajador para ser puesto a disposición de una empresa usuaria, de tal modo que el empresario que va a recibir la prestación de trabajo (empresa usuaria) es distinto del empresario contratante (empresa de trabajo temporal).

La triangularidad, por lo que a la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales se refiere, implica una distribución de obligaciones entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores contratados para ser puestos a disposición.

La doctrina ha discutido si la responsabilidad de la empresa usuaria es contractual o extracontractual, puesto que no es la parte contratante de la relación laboral, sino la perceptora de la prestación¹⁰³. Lo que sí queda claro, en cualquier caso, es que se trata de una responsabilidad directa, no subsidiaria, correspondiente a la deuda de seguridad que la empresa usuaria tiene con los trabajadores puestos a su disposición.

La empresa de trabajo temporal será responsable de los incumplimientos de sus obligaciones de seguridad y salud respecto de los trabajadores, esto es, en materia de información, formación y vigilancia de la salud. También será responsable cuando ponga a disposición de la empresa usuaria trabajadores

¹⁰³ En este sentido, Montoya Melgar mantiene que la responsabilidad de la empresa usuaria es extracontractual. Cfr. MONTOYA MELGAR, A., "Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 316. En contra, Lousada Arochena califica la responsabilidad de la empresa usuaria como contractual y directa, porque "no obstante la ausencia de relación contractual de la empresa usuaria con los trabajadores de la ETT, se ha producido un traslado ex lege a la empresa usuaria de la obligación contractual de seguridad que le corresponde a la ETT", en LOUSADA AROCHENA J.L., *La protección de la salud laboral en el trabajo temporal y en las empresas de trabajo temporal*, Bomarzo, Albacete, 2016, pág. 65.

cuyas características personales o profesionales fuesen incompatibles con las condiciones del puesto de trabajo a cubrir¹⁰⁴. Esto es, la empresa de trabajo temporal se responsabiliza de lo que se vienen a denominar “obligaciones formales de prevención”, y no respecto de las “obligaciones materiales”, puesto que no posee dominio sobre la fuente de riesgo, esto es, al prestar el trabajador los servicios fuera de su campo de actuación, no puede la ETT ejercer control sobre las condiciones materiales en las que se trabaja, y al no controlar la fuente de riesgo, no es merecedora del reproche en caso de incumplimiento.

Por su parte, la empresa usuaria se configura como la deudora de seguridad propiamente dicha. El artículo 16.2 LETT señala que “la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo”. Por ello, las principales responsabilidades preventivas van a recaer sobre la empresa usuaria, porque es en su centro de trabajo donde se desarrolla la prestación laboral, y porque ésta se desarrolla dentro del ciclo productivo de ésta¹⁰⁵. En este sentido, la deuda de seguridad se manifiesta aquí en idénticos términos a los de cualquier empresa tradicional¹⁰⁶, puesto que es la empresa usuaria la que posee el control de la fuente de riesgo, incluyendo las responsabilidades civiles, penales y administrativas, y responsabilidad por recargo de prestaciones.

Es decir, que entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria se establece una distribución de obligaciones preventivas, cuyo incumplimiento supondrá la exigencia individualizada de sus responsabilidades propias, sin que exista una extensión de responsabilidades entre ambas¹⁰⁷. No se extiende la

¹⁰⁴Cfr. LÓPEZ BALAGUER M., *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 62-63.

¹⁰⁵ Cfr. LOUSADA AROCHENA J.L., *La protección de la salud laboral en el trabajo temporal y en las empresas de trabajo temporal*, cit., pág. 66.

¹⁰⁶ LOUSADA AROCHENA J.L., *La protección de la salud laboral en el trabajo temporal y en las empresas de trabajo temporal*, cit., pág. 67.

¹⁰⁷ Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La indemnización por daños y perjuicios derivados de riesgos profesionales en la construcción”, en VV.AA., MONGE FERNÁNDEZ A., (DIRECTOR),

responsabilidad por falta de medidas de seguridad a la empresa de trabajo temporal, ni solidaria ni subsidiariamente¹⁰⁸. Y ello por cuanto que, para que haya responsabilidad, aun solidaria o subsidiaria, tiene que haber obligación, incumplimiento, y nexo causal entre ambos, siendo así que al no recibir la prestación de servicios la empresa de trabajo temporal, no es ni la obligada a establecer las medidas de seguridad, no pudiendo por tanto incumplir la normativa, rompiéndose el nexo causal que exige la responsabilidad.

2.2. Empresas coordinadas. Art 24 LPRL y Art 42 TRLISOS

En el caso de las empresas coordinadas entramos de lleno en el controvertido aspecto de la responsabilidad solidaria, que veremos con más detenimiento en la segunda parte del presente estudio, al ocuparnos del principio de culpabilidad¹⁰⁹. Si bien ahora nos referiremos de manera somera a esta situación de responsabilidad solidaria en los casos en que, la peculiaridad del régimen productivo hace que entren en la relación laboral terceros sujetos, ajenos a la relación laboral propiamente dicha, pero muy imbricados en ella.

La descentralización productiva que ha venido caracterizando las relaciones laborales en las últimas décadas está inevitablemente vinculada a la siniestralidad laboral¹¹⁰. Ello propicia la necesidad de la existencia de

Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 174.

¹⁰⁸ Así lo pone de manifiesto, a nuestro juicio con acierto, López Balaguer que, refiriéndose a las dudas de la Doctrina al respecto, concluye señalando que no existe extensión de responsabilidad, sino reparto de obligaciones y consiguientes responsabilidades entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria. Cfr. LÓPEZ BALAGUER M., *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, cit., págs. 49 y sigs.

¹⁰⁹ Cfr. *Infra*, parte II, Capítulo 1, Apartado 2.3.

¹¹⁰ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., ÁLVAREZ MONTERO, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Colección *Práctica de Derecho Social*, Comares, Granada, 2001,

mecanismos que faciliten la comunicabilidad de la responsabilidad empresarial, o lo que es lo mismo, delimitar un régimen jurídico que garantice la extensión de la responsabilidad en los casos en los que la atribución de la responsabilidad únicamente al empresario directo dificultaría la eficacia del sistema preventivo¹¹¹.

La subsidiariedad no tiene entrada en la materia preventiva, pero sí la tiene la solidaridad. El hecho es que nuestro Ordenamiento Jurídico admite la responsabilidad solidaria de los varios empresarios que puedan estar implicados en una misma infracción. En este caso, la responsabilidad será solidaria para todos los empresarios que pudieron haber adoptado medidas de prevención y no lo hicieron. Podemos encontrarnos con que haya una única obligación que corresponde a varias personas conjuntamente por la vía de la solidaridad, y por tanto responderán todas ellas solidariamente, o podemos encontrarnos con tantas infracciones y sanciones individuales como incumplimientos.

En este sentido, el artículo 24 LPRL ha venido a establecer un deber de cooperación entre empresarios de empresas coordinadas, que prestan servicios en el mismo centro de trabajo. Para ello, el artículo prevé tres niveles, distinguiendo si la relación entre empresas intercurrentes es de tipo vertical u horizontal. Se configura así la norma sustantiva, que encuentra su correlato tipificador en el artículo 42 TRLISOS, donde se distribuyen las responsabilidades para los casos de incumplimientos de la norma sustantiva.

Artículo 24 LPRL:

1. 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

págs. 78 y sigs. Los autores evidencian la vinculación entre el sistema de organización de la producción y la siniestralidad laboral.

¹¹¹ Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La indemnización por daños y perjuicios derivados de riesgos profesionales en la construcción”, en VV.AA., MONGE FERNÁNDEZ A., (DIRECTOR), *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, cit., págs. 165 y sigs.

riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.

2. 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.

3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

El apartado primero de dicha norma se refiere a los casos de empresas que concurren en un mismo centro de trabajo con una relación horizontal entre ellas, esto es, sin que haya un empresario que sea titular del centro de trabajo. En tales casos, la norma prevé un genérico deber de cooperación y coordinación entre todas ellas. Ello nos lleva a plantearnos si dicho deber de cooperación se impone de manera común a un colectivo de sujetos, o si, de manera individualizada se atribuyen obligaciones a cada sujeto. En este sentido, cabría distinguir dos fases en la coordinación de actividades empresariales. Una primera fase, en la que se implantarían los medios y mecanismos de coordinación en sí, y una segunda fase, en la que se adoptarían las medidas específicas de cooperación por cada una de las empresas intercurrentes. En la primera fase, tendríamos una obligación única, que corresponde a varias personas conjuntamente, por la vía de la solidaridad. En la segunda fase, tendríamos tantas infracciones y sanciones individuales como incumplimientos de las medidas concretas haya habido¹¹².

¹¹² Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., ÁLVAREZ MONTERO, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, cit., págs. 83-84. En sentido contrario se manifiesta FERNÁNDEZ

En el supuesto de existir un empresario titular del centro de trabajo, nos hallaríamos ante la situación contemplada en el apartado segundo del artículo 24 LPRL, según el cual, además del genérico deber de cooperación, el empresario titular del centro de trabajo está obligado a una información preventiva¹¹³ dirigida a los restantes empresarios, que habrán, a su vez, de remitirla a sus propios trabajadores. La relación entre el titular del centro de trabajo y los restantes empresarios que desempeñan en él su actividad es de tipo vertical, puesto que la posición del primero es preeminente, al ser la “persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo” (Artículo 2 del Real Decreto de Coordinación de Actividades). La titularidad del centro de trabajo no tiene que ser necesaria de tipo dominical, sino que bastaría cualquier título jurídico que le coloque en situación preeminente frente a los demás empresarios que desempeñan actividades en el centro de trabajo¹¹⁴.

Así pues, el titular del centro de trabajo tiene deberes de coordinación y cooperación, y además debe adoptar medidas para que los empresarios que desarrollen actividades en su centro reciban la información que abarca los riesgos existentes, las medidas preventivas y de protección a adoptar y las

BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 75. Señala este autor que el genérico deber de cooperación se descompone de concretos deberes de información que se asignan a todos y cada uno de los empresarios intercurrentes, de modo que hay un reparto de obligaciones y se responde individualmente de los incumplimientos.

¹¹³ Cfr. MONTOYA MELGAR, A., “Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 315.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 76. Señala el autor que los deberes que impone el artículo 24.2 LPRL se le imputan al empresario titular en exclusiva, y exige una previa evaluación de los riesgos objeto del deber, a diferencia de lo que ocurre con los otros empresarios, a los que únicamente se les encomienda que trasladen la información recibida del titular a sus propios trabajadores.

medidas de protección y emergencia¹¹⁵. Información toda ella que debe suministrarse con carácter previo al inicio de las actividades.

A este respecto, es interesante resaltar que, aunque el titular del centro de trabajo no sea empresario de la relación laboral, sí es sujeto responsable de infracción administrativa, tal y como prevé el artículo 2 TRLISOS, que lo enumera entre los sujetos responsables en el apartado 8. Es por ello, que tiene una infracción específica, para los casos en los que no haya procedido a cumplir con su obligación de información, tipificada en el artículo 12.14 TRLISOS.

Por otra parte, más interesante sin duda, por su mayor virtualidad en la práctica jurídica, resultan los supuestos de contratación y subcontratación previstos en el apartado tercero del artículo 24 LPRL, de acuerdo con el cual, en el caso de contrata o subcontrata de la propia actividad, que se desarrolle en el centro de trabajo de la empresa principal, ésta va a responder solidariamente, durante el periodo de vigencia de la contrata, de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores de la contratista o subcontratistas, siempre que desarrollen su prestación de trabajo en los centros de trabajo de la empresa principal.

La literalidad de la norma lleva a la necesidad de analizar los elementos que, de forma cumulativa, desembocan en la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

En primer lugar, hemos de referirnos al complejo concepto de “propia actividad”¹¹⁶. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que la Jurisprudencia ha tratado de perfilar a través del criterio de “inherencia”. Así, propia actividad sería aquella que sea inherente al empresario principal, que le

¹¹⁵ La información que ha de suministrar el titular del centro de trabajo viene exigida en el artículo 4 del RDCA.

¹¹⁶ La doctrina no ha dudado en calificar el concepto “propia actividad” como “ambiguo y resbaladizo”, cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La indemnización por daños y perjuicios derivados de riesgos profesionales en la construcción”, en VV.AA., MONGE FERNÁNDEZ A., (DIRECTOR), *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, cit., pág. 171.

resulte indispensable¹¹⁷. De tal modo, que todas las actividades que sean complementarias del ciclo productivo propio de la empresa quedarían fuera de dicho concepto. Si bien, algunos autores se decantan más por una interpretación amplia, entendiendo que lo determinante sería el desarrollo del trabajo en un centro del empresario principal, y no tanto la naturaleza del trabajo que se realiza, pues ello supondría hacer depender los niveles más altos de seguridad de la naturaleza de la actividad que se desempeñe¹¹⁸. En cualquier caso, sigamos una interpretación más amplia o restrictiva de la “propia actividad”, queda claro que se trata de delimitar los supuestos de extensión de responsabilidad, con el fin de facilitar, por un lado, que el empresario principal sea responsable cuando tiene dominio efectivo de la fuente de riesgos, y evitar, por otro lado, esa misma extensión de responsabilidad cuando no tiene dominio de la fuente de riesgo, por haber contratado o subcontratado una actividad que, por no pertenecer a su ciclo productivo, escapa de su ámbito de control.

En este sentido, y por lo que respecta al concepto de “propia actividad” como limitador de la responsabilidad de la empresa principal, interesa destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 842/2018, de 18 de septiembre de 2018, que considera responsable en materia de recargo de prestaciones a la empresa titular del centro de trabajo, que subcontrata una obra que no pertenece a su propia actividad, y a pesar de ello considera que la empresa principal es responsable, puesto que, según señala la Sentencia “lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad es que el accidente suceda por una infracción imputable a ella”. Por tanto, se considera como elemento determinante para imputar la responsabilidad que el accidente haya ocurrido dentro de la esfera de responsabilidad de la compañía en materia de seguridad de los trabajadores. Con ello se estaría relajando el concepto de “propia actividad”, para pasar a una exigencia más centrada en “la esfera de

¹¹⁷ En este sentido se viene manifestado la Jurisprudencia, por ejemplo en STS de 18 de enero de 1995, 25 de octubre de 1998 y 22 de noviembre de 2002.

¹¹⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., ÁLVAREZ MONTERO, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, cit., págs. 86-87. Así, en esta interpretación se da más peso al elemento locativo que a la naturaleza de la actividad que se desarrolla en sí.

responsabilidad de la compañía”, y por tanto, centrándose en el dominio de la fuente de riesgo.

Un segundo elemento que se precisa para la responsabilidad del empresario principal es lo que viene a denominarse elemento locativo, esto es, que la prestación laboral se desempeñe en el centro de trabajo de la empresa principal. Entendiendo por centro de trabajo, en sentido material o físico, el lugar donde se desempeña el trabajo¹¹⁹.

El tercer elemento, cronológico, se refiere a la extensión de responsabilidad durante el periodo de vigencia de la contrata, lo que supone que sólo se le exigirá responsabilidad al comitente por los incumplimientos preventivos mientras durara la contrata, no por los anteriores ni posteriores. Por último, un cuarto elemento hace referencia a la responsabilidad respecto de los trabajadores que hayan prestado servicios para el comitente, esto es, que de algún modo, el empresario principal se beneficia de los trabajos que generan riesgo, y es por ello que tiene obligaciones preventivas al respecto.

Así las cosas, la responsabilidad del empresario principal se configura como responsabilidad *in vigilando*, lo que significa que sólo quedará exento de responsabilidad cuando el contratista o subcontratista cumpla con sus obligaciones. Ello no supone que la responsabilidad sea ilimitada ni objetiva, pues no se construye la solidaridad como responsabilidad por actos de otro, sino por actos propios al no respetarse el deber de vigilancia¹²⁰.

Por último, en lo que respecta a la responsabilidad solidaria para los casos de descentralización productiva, no podemos dejar de hacer mención a la infracción muy grave que prevé el artículo 13.14 TRLISOS, en el que se tipifican los pactos

¹¹⁹ Por todos, MONEREO PÉREZ, J.L., y ÁLVAREZ MONTERO, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, cit., pág. 87. El centro de trabajo se identifica como el lugar de ejecución del contrato.

¹²⁰ La responsabilidad por actos propios por incumplimiento del deber de vigilancia ha sido puesta de manifiesto en MONEREO PÉREZ, J.L., ÁLVAREZ MONTERO, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, cit., págs. 88-89.

que pretendan eludir las responsabilidades previstas en el artículo 42.3 TRLISOS, que se extiende a la empresa principal, junto con contratistas y subcontratistas respecto de los trabajadores que aquéllas ocupen, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de la principal, y la responsabilidad de la empresa usuaria de las condiciones de ejecución del trabajo de los trabajadores en misión. Esta infracción muy grave se suma a la previsión de que dichos pactos se considerarán nulos y por no puestos, en aplicación de la normativa supletoria del artículo 6.3 del Código Civil, que entiende nulos y sin efectos los pactos contrarios a la ley¹²¹. Con esta infracción muy grave se pretende, a modo de norma de cierre, evitar el fraude de ley al que se puede llegar a través de los mecanismos de relaciones triangulares complejas y descentralización de la actividad productiva, en perjuicio evidente de la seguridad y salud de los trabajadores.

2.3. Especial referencia al sector de la construcción

El sector de la construcción ha sido objeto de desarrollo específico por el legislador, en la Ley 32/2006, por encontrarse la descentralización productiva muy extendida, y por tener unos altos índices de siniestralidad, motivados por los riesgos de las actividades que se desarrollan, la alta temporalidad, la rotación, y por el sistema de organización productiva de subcontratación, que tiene tanto arraigo en el sector¹²².

¹²¹ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 104.

¹²² La Exposición de Motivos de la Ley 32/2006, de Subcontratación en el sector de la construcción, pone de manifiesto que, siendo la construcción uno de los ejes económicos de nuestro país, está sometido a unos riesgos especiales y sigue teniendo altas cifras de siniestralidad. Reconoce que ello no obedece a una única causa, pero que una de las más importantes es la forma de externalización productiva que supone la subcontratación.

En la construcción intervienen una pluralidad de sujetos, no habituales en otros sectores de actividad, dándose así una complejidad subjetiva¹²³ merecedora de atención por cuanto va a tener especial trascendencia en el régimen de responsabilidades y su posible extensión a otros sujetos que no sean propiamente el empresario de la relación laboral.

De las definiciones que aporta el artículo RD 1627/1997, regulador de las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a la construcción, importa aquí señalar, por su trascendencia en el ámbito de la responsabilidad en prevención de riesgos laborales, las figuras del promotor, el contratista y subcontratistas, los autónomos, y el coordinador de seguridad y salud.

El promotor es cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra. Es figura clave en la obra, y también en el sistema de reparto de obligaciones y consiguientes responsabilidades. Para determinar el sistema de responsabilidades, es fundamental distinguir entre el promotor en sentido estricto y el promotor que asume directamente las tareas propias del constructor. En el segundo caso, el promotor adquiriría la función de contratista principal, y tendría por tanto las obligaciones de vigilancia previstas en el artículo 24.3 LPRL. En el primer caso, si el promotor no tiene funciones propias de constructor, no tendría consideración de contratista principal. Ello, en materia de responsabilidad solidaria por infracciones cometidas por contratistas y subcontratistas, implica que sólo se le podría extender al promotor la solidaridad en los casos en los que haya asumido directamente tareas propias de constructor, y con la salvedad de que no se trate de la construcción o reparación de su vivienda contratada por un cabeza de familia, por la precisión adicional del artículo 2.3 del RD 1627/1997.

Como obligaciones del promotor, se distinguen dos tipos, las que se le imponen como obligaciones propias, y las que tiene que realizar a través de la figura del coordinador de seguridad y salud. Son obligaciones directas propias del promotor designar al coordinador de seguridad durante el proyecto de obra, designar al coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra y designar

¹²³ Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, J., "La indemnización por daños y perjuicios derivados de riesgos profesionales en la construcción", en VV.AA., MONGE FERNÁNDEZ A., (DIRECTOR), *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, cit., págs. 116 y sigs.

a la dirección facultativa. A su vez, tiene también obligaciones indirectas, esto es, obligaciones cuya realización debe impulsar y vigilar que se llevan a cabo. Así, ha de elaborar el estudio de seguridad y salud –o en su caso estudio básico–, aprobar el plan (o planes) de seguridad y salud, asegurar que en la obra haya libro de incidencias y asegurar que el coordinador cumple con sus funciones –vigilar su cumplimiento-¹²⁴.

Las obligaciones llevan anejas las responsabilidades para el caso de incumplimiento. Así, resulta que al promotor se le exige responsabilidad por incumplimiento de obligaciones directas suyas –si no designa coordinador cuando sea preceptivo, si no elabora el estudio o estudio básico de seguridad y salud cuando sea preceptivo–, pero también se le imputan responsabilidades por incumplimientos de obligaciones que atañen al coordinador, y ello por cuanto el coordinador no se ha configurado por el legislador como sujeto responsable, aun cuando se le imponen obligaciones preventivas, pero de sus obligaciones responde el promotor. Nos encontramos ante un caso de responsabilidad por hechos cometidos por un tercero, que actúa por cuenta del titular y en su nombre. En otras palabras, se trata de una responsabilidad del promotor que se fundamenta en la culpa *in eligendo* o en la culpa *in vigilando*¹²⁵. Y es que la designación del coordinador corresponde al promotor, que no queda eximido de sus responsabilidades tras la misma, tal y como señala el artículo 3.3 del RD 1627/1997.

En la obra interviene también el contratista, que es la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y

¹²⁴ Cfr. PARAMIO PARAMIO, A., *Problemática de la subcontratación en la construcción. Análisis jurídico y resoluciones prácticas*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 46 y sigs.

¹²⁵ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 79. La conducta del coordinador no exime al promotor de sus obligaciones, que es responsable cuando el coordinador es quien no las cumple, cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., RICO LETOSA, S., “Infracciones Graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 248.

materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y contrato, tal y como viene definido en el artículo 2 del RD 1627/1997. El contratista asume, por tanto, la figura de empresario principal, y tiene el deber de vigilancia del resto de subcontratistas y trabajadores autónomos para el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales.

El subcontratista, por su parte, es la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra.

Los contratistas y subcontratistas son, en esencia, los empresarios que asumen la “deuda de seguridad”¹²⁶, que han de garantizar a los trabajadores a su servicio, e incluso a los trabajadores autónomos a los que contraten. Respecto de todos ellos, tendrán responsabilidad en caso de infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Y aquí tiene relevancia todo lo que respecta a la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 24.3 LPRL, en relación con el artículo 42 ET, respecto del empresario principal –contratista- en relación con los incumplimientos preventivos cometidos por subcontratistas. Y ello por cuanto se extenderá la responsabilidad al contratista empresario principal, e incluso a todos los incluidos en la cadena de subcontratación –en la cadena ascendente-, en virtud de la interpretación amplia que del precepto realiza el Tribunal Supremo, que viene trasladando la responsabilidad por vía de solidaridad a todos los contratistas y subcontratistas de una obra situados en escala ascendente. A este respecto, la STS (Sala IV Social) de 9 de julio de 2002 llega a la conclusión de que “el artículo 42 ET constituye un reflejo del principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo, y que fue ésta en definitiva la intención del legislador aunque éste, a la hora de redactar el

¹²⁶ Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La indemnización por daños y perjuicios derivados de riesgos profesionales en la construcción”, en VV.AA., MONGE FERNÁNDEZ A., (DIRECTOR), *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, cit., pág. 118.

precepto, no tuviera realmente en cuenta más que la figura del empresario principal y la de los “subcontratistas”, dentro de cuya último plural es donde deben entenderse incluidos todos los situados en la cadena de subcontratación”.

Por otra parte, resulta interesante el tratamiento que en la construcción se da al trabajador autónomo, al que se advierten indicios de interés por ofrecerle una mayor protección, sin embargo, no se prevé un mecanismo de cierre que exija responsabilidades correlativas a las obligaciones que se le imponen.

Ya hemos visto, que el promotor adquiere la condición de contratista respecto a los trabajadores autónomos, salvo que se trate de construcción o reparación de la vivienda contratada por el padre de familia. A su vez, los contratistas y subcontratistas tienen obligación de velar por el cumplimiento de las medidas de prevención por parte de autónomos.

Igualmente, a los propios trabajadores autónomos se les imponen obligaciones en el artículo 12 del RD 1627/1997, que plasma la tensión entre su consideración como empresario y como trabajador, pues se les impone el cumplimiento del artículo 29.1 y 2 LPRL¹²⁷. En cualquier caso, y aun cuando se les impongan obligaciones preventivas, no hay un mecanismo de exigencia de responsabilidades, por lo que no acaban de tener verdadera eficacia. Si bien la exigencia de su cumplimiento se encuentra con dificultades de tipo técnico-jurídico, puesto que el autónomo ha de velar por su propia seguridad, y como dijimos supra, no se prevé en nuestro Ordenamiento Jurídico la responsabilidad administrativa de los trabajadores respecto de incumplimientos que puedan afectar a su propia seguridad.

No obstante, se ha de tener en cuenta que sí hay respuesta en el plano administrativo sancionador para los incumplimientos de los autónomos relativos a obligaciones de coordinación e información derivadas del artículo 24 LPRL¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La indemnización por daños y perjuicios derivados de riesgos profesionales en la construcción”, en VV.AA., MONGE FERNÁNDEZ A., (DIRECTOR), *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, cit., págs. 120-122.

¹²⁸ Ibidem.

3. Los otros sujetos responsables

Hemos visto *supra*, que el empresario es el principal sujeto responsable, por ser él quien controla la fuente de riesgo, quien puede dar órdenes en cumplimiento de su deber de seguridad, por ser él quien posee el poder de dirección. También hemos visto como, de acuerdo con el principio general del derecho, quien recibe los frutos de una acción, ha de asumir también los riesgos y perjuicios que ésta conlleva. Esto es, si el empresario se va a beneficiar del fruto del trabajo, ha de correr con los riesgos, y con las obligaciones y con las responsabilidades en caso de que se actualicen esos riesgos.

Igualmente, hemos analizado supuestos de extensión de responsabilidad a empresarios que no son propiamente el empresario laboral, pero que en participan en el proceso productivo a través de empresas coordinadas – contratación y subcontratación, empresas de trabajo temporal, sujetos intervinientes en la construcción-.

Además, toda exposición sobre los sujetos responsables ha de tener en cuenta la ampliación de la responsabilidad subjetiva que se ha producido progresivamente en la legislación, desde la aprobación de la LPRL en adelante¹²⁹. En un primer estadio, la LPRL configuraba como único sujeto responsable. Posteriormente, la Ley 50/1998, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social opera una importante ampliación subjetiva, incluyendo a otros sujetos infractores, concretamente a los Servicios de Prevención Ajenos, las empresas auditoras y las entidades formadoras en prevención de riesgos laborales. También incluye esta misma Ley la responsabilidad de los promotores y propietarios de obra y los trabajadores autónomos. Posteriormente, la LISOS perfila y clarifica el papel de sujetos como

¹²⁹ El *íter* histórico de ampliación de los sujetos responsables viene tratado en GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La indemnización por daños y perjuicios derivados de riesgos profesionales en la construcción”, en VV.AA., MONGE FERNÁNDEZ A., (DIRECTOR), *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, cit., págs. 134-135.

el promotor, y la Ley 54/2003 hace hincapié en las funciones de vigilancia y control.

Aun cuando el empresario sea el principal sujeto responsable, la norma se refiere a otros sujetos responsables. En los apartados 8 y 9 del artículo 2 LISOS se hace mención a los promotores en las obras de construcción y a los trabajadores por cuenta ajena –ya vistos en el apartado anterior-, así como a los servicios de prevención ajenos, a las empresas auditoras del sistema de prevención en las empresas y las entidades que desarrollen o certifiquen la formación de prevención de riesgos laborales.

Así, en materia de prevención de riesgos laborales, el apartado 8 del artículo 2 TRLISOS recoge un amplio elenco de sujetos que pueden incurrir en responsabilidad¹³⁰:

- a) Los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obras y los trabajadores por cuenta propia. A ellos habría que añadir a los contratistas y subcontratistas, que tras la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, deben considerarse responsables respecto de los incumplimientos tipificados en los artículos 12, apartados 27 y 28, y 13, apartados 15 y 16 TRLISOS.
- b) 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 riesgos laborales que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia.

¹³⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, cit., pág. 218.

- c) Las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias podrán ser sujetos responsables cada una de sus propias infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Al incluir como responsables a estos otros sujetos, distintos del empresario laboral, lo que se pretende por el legislador es “desencorsetar” las responsabilidades preventivas, expandiéndola a otros sujetos que se benefician del trabajo desempeñado por los trabajadores y tienen cierto control¹³¹ de las condiciones materiales en que se prestan los servicios.

Habiéndonos referido ya anteriormente a las empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, así como a los casos de empresas complejas y empresarios de la construcción, restaría aquí referirnos a los servicios de prevención ajenos, a las empresas auditoras y a las entidades que desarrollan o certifican la formación de prevención de riesgos laborales.

En estos casos, la imputación de responsabilidad a estos sujetos no proviene de la relación laboral propiamente dicha, puesto que estos sujetos no reciben la prestación de trabajo en ningún modo, como ocurría por ejemplo con la empresa usuaria, o con las empresas coordinadas.

Aquí, la imputación de responsabilidad proviene de una concepción integral de la actividad preventiva, así como de la configuración legal de un sistema pluralista de responsabilidad, de tal modo que cada sujeto interviniente en prevención de riesgos laborales, ha de responder por las obligaciones que asume.

Así, los servicios de prevención ajenos, las entidades auditoras o las formativas pueden ser objeto de responsabilidades administrativas, pero por título distinto

¹³¹ Es esa “controlabilidad” de las condiciones de prestación laboral la que fundamente la expansión de la responsabilidad preventiva a sujetos distintos del empresario. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Comentario al art. 2. Sujetos responsables de la infracción”, en GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 64.

del que lo puede ser el empresario, no por falta de medidas de seguridad y salud de los trabajadores a su servicio –pues no lo son los trabajadores que se han puesto en riesgo por sus incumplimientos-, sino por el incumplimiento de sus funciones como tales entidades¹³². Así, por ejemplo, si el empresario concierta con un servicio de prevención ajeno la gestión de la prevención de riesgos laborales, y este no lleva a cabo sus tareas con el alcance previsto en la normativa preventiva, el servicio de prevención ajeno incurrirá en responsabilidad por ello.

Pero, en cualquier caso, y aun cuando estas entidades pudieran haber cometido ilícitos sancionables, en ningún caso puede trasladar el empresario a estas entidades su responsabilidad de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, tal y como, por otra parte, viene reconocido en el artículo 14 LPRL, que impide al empresario desligarse de su deuda de seguridad, aun cuando otros sujetos tengan sus propias obligaciones. De ahí la concepción nuclear que tiene el empresario de la relación laboral en esta materia, razón por la cual es el sujeto nuclear del presente estudio.

Por otro lado, no hemos tratado aún tampoco de la Administración Pública como empresario de la relación laboral, y por tanto sujeto obligado del deber de seguridad respecto de los trabajadores a su servicio. El presente estudio lo centramos en el empresario “privado”, quedando extramuros la responsabilidad de las Administraciones Públicas, que se exige no a través de la sanción, sino a través de un procedimiento específico previsto en el RD 707/2002, que prevé no un sistema de sanciones pecuniarias¹³³, sino un sistema de requerimientos, a través de la propuesta de requerimiento y la elevación de requerimiento a

¹³² FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 104.

¹³³ La responsabilidad de las Administraciones Públicas, en lo que a exigencia de multas pecuniarias se refiere, se encuentra con el obstáculo de admitir la autosanción desde la perspectiva ontológica de la unidad de poder ejecutivo. Cfr. Al respecto RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, cit., pág. 214.

definitivo, que difiere de lo previsto para los empresarios “privados”, y que queda fuera del presente estudio, centrado en la responsabilidad del empresario privado.

CAPÍTULO 3: LA IMPRUDENCIA DEL TRABAJADOR Y SU INFLUENCIA EN LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL

Un estudio sobre la responsabilidad del empresario quedaría incompleto sin una referencia, que viene aquí obligada, a la figura del trabajador y sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, y las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones.

Como se dijo en ese primer apartado, el incumplimiento del empresario de su deber de seguridad es el presupuesto inexcusable para que se active el sistema de responsabilidades complejo que ha sido objeto de estudio en esta primera parte¹³⁴.

El juego de responsabilidades tiene en común, precisamente, al empresario como sujeto infractor. En caso de que el empresario incumpla las obligaciones implícitas en el deber de seguridad, se prevén por el ordenamiento jurídico una serie de responsabilidades, con distintos fines, funciones y naturaleza.

Como hemos visto en el apartado anterior, el empresario no es el único sujeto con obligaciones en prevención, si bien, la atribución de funciones a otros sujetos –servicios de prevención, trabajadores designados etc.- no eximen al empresario del cumplimiento de su deber de seguridad.

Así, el deber de seguridad exige adoptar cuantas medidas sean necesarias mediante un comportamiento diligente del empresario. Así, la diligencia se convierte en criterio de imputación de responsabilidad, teniendo el empresario una altísima exigencia técnica que la convierte en una obligación cuasi objetiva. Si bien, al mismo tiempo, existen situaciones de exoneración, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la negligencia exclusiva no previsible del trabajador o la culpa exclusiva de terceros no inevitable¹³⁵.

¹³⁵ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, nº 75, 2016, pág. 103.

1. El deber de colaboración del trabajador

Por lo que respecta a la actuación del trabajador y su colaboración en materia de seguridad y salud, ya el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores establece el deber básico del trabajador de “observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten”.

Este deber de colaboración se desarrolla en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 29, que establece la obligación del trabajador de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo. Se trata, por tanto, de la conducta del trabajador, que tiene su propio “estatus preventivo”, de manera que se valorada la diligencia del trabajador en términos de cumplimiento efectivo de su labor según lo comprometido con el empresario, si bien, siempre será preciso que con carácter previo, el empresario lleve a cabo una adecuada actividad de prevención de riesgos laborales¹³⁶. Esto es, la conducta de colaboración del trabajador será consecuente con la previa conducta preventiva del trabajador, y ello por cuanto el deber de seguridad es previo al deber de colaboración del trabajador.

Artículo 29 LPRL:

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.

¹³⁶ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, cit., pág. 106.

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. Lo dispuesto en este apartado será igualmente aplicable a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno.

Tal y como se extrae de la dicción literal del precepto, la obligación de colaboración viene modulada por su conocimiento, sus posibilidades, su formación y las instrucciones del empresario. Es por ello que se trata de un deber que podríamos llamar “relativo”, y no absoluto.

La consecuencia por el incumplimiento de la obligación del trabajador, es la responsabilidad disciplinaria, que puede ser impuesta por el empresario, a tenor de lo que se establezca en los Convenios Colectivos¹³⁷, y siempre revisable en sede judicial. Algunos autores consideran esta responsabilidad disciplinaria dentro del elenco de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales¹³⁸. Sin embargo, no parece que esta sistematización tenga virtualidad operativa, puesto que rompe el núcleo común de la responsabilidad derivada de incumplimientos del empresario infractor. El trabajador no es deudor del deber de seguridad, sino acreedor del correlativo derecho de seguridad, por lo que su responsabilidad disciplinaria es de otra muy distinta naturaleza¹³⁹. Se trata de una responsabilidad de carácter privado, que responde al carácter mismo del contrato de trabajo, que impone al trabajador el deber de cumplir con los elementos esenciales de la relación laboral, fundamentalmente trabajar –el contrato de trabajo es intercambio de salario por trabajo-, pero también le impone el deber de trabajar cumpliendo con sus obligaciones de seguridad y salud –

¹³⁷ En este sentido, para la responsabilidad disciplinaria, al contrario de lo que sucede en la responsabilidad administrativa, es la norma convencional la que establece qué tipo de acciones u omisiones del trabajador son sancionables. Cfr. VV.AA., DEL REY GUANTER, S., (DIRECTOR), *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, cit., pág. 68.

¹³⁸ cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, cit., págs. 171 y ss.

¹³⁹ Cfr. GALLEGO MORALES, A.J., “Derechos y obligaciones de los trabajadores”, en VV.AA., VIDA SORIA, J., (DIRECTOR), *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 6ª edición, 2010. Págs. 370-373.

deber relativo, porque dependerá de sus conocimientos y de los medios puestos a su alcance-.

2. La imprudencia del trabajador y su influencia en la responsabilidad del empresario. Tipos de imprudencia.

En otro orden de cosas, sí podría resultar que una actuación imprudente del trabajador pueda ser eximente de la responsabilidad del trabajador en caso de incumplimiento de medidas de prevención. El empresario será responsable de los incumplimientos del deber de seguridad si hay infracción, esto es, si es empresario infractor. Pero podría ocurrir que, debido a una actuación imprudente del trabajador, se desvirtuara el nexo causal entre accidente y trabajo, y por consiguiente, no se dé la circunstancia de empresario infractor. Esto es, la imprudencia grave del trabajador podría anular la culpabilidad del empresario, impidiendo así que se sucediera el desencadenamiento de la responsabilidad del empresario.

Si bien, y aun cuando esta imprudencia grave del trabajador podría anular la responsabilidad empresarial, hay que señalar que el empresario tiene amplias obligaciones preventivas, y se le impone también un alto grado de diligencia – objetiva, técnica, y máxima-, que reduce notablemente los supuestos de posible exención de responsabilidad empresarial¹⁴⁰. Así, la acción empresarial actúa como condición previa, puesto que si la empresa no implanta medidas de seguridad el trabajador no puede cumplirlas. Por ello, con carácter previo, es preciso esclarecer si el empresario llevó a cabo la protección eficaz exigida por la LPRL, tanto en el marco de su responsabilidad *in eligendo, in vigilando, e in instruendo*¹⁴¹.

¹⁴⁰ Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La indemnización por daños y perjuicios derivados de riesgos profesionales en la construcción”, en VV.AA., MONGE FERNÁNDEZ A., (DIRECTOR), *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, cit., pág. 134.

¹⁴¹ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, cit., pág. 106.

Por todo ello, la imprudencia del trabajador y sus repercusiones sobre la responsabilidad empresarial es una cuestión compleja y escasamente tratada en la normativa¹⁴². Encontramos dos referencias en el Derecho de Prevención de Riesgos Laborales. La primera, en el artículo 15.4 LPRL, según el cual “la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”. La segunda, en el artículo 156 LGSS, referido al accidente de trabajo, que excluye de la definición del mismo al que sea debido a “dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado”.

Estos primeros datos legales nos llevan a tomar interés por la *imprudencia temeraria*, al ser ésta la que puede, en cierto modo, anular la responsabilidad empresarial. No se interesa el legislador por la imprudencia no temeraria, ni siquiera por la imprudencia profesional que dimana de la excesiva confianza en el trabajo. En tales casos, no se anularía la responsabilidad empresarial.

Asimismo, de estos datos legales resulta que, en el ámbito de la sanción administrativa, sólo se tendrá en cuenta la imprudencia en los casos de investigación de accidente de trabajo o enfermedad profesional¹⁴³, puesto que se trataría de dilucidar si, la imprudencia temeraria pudo causar el accidente y los daños derivados del mismo, de tal modo que pudiera llegar a anular la relación de causalidad entre accidente e incumplimiento empresarial. Esto es, la posible imprudencia del trabajador entra en juego, y se toma en consideración, en los casos en los que, habiendo ocurrido un accidente en el tiempo y en el lugar de trabajo, éste pudiera no ser calificado como accidente de trabajo por la

¹⁴² Cfr. PÉREZ CAPITÁN, L., *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 21 y sigs.

¹⁴³ En otros casos de actuación inspectora, el Inspector de Trabajo no valorará la posible imprudencia temeraria del trabajador, puesto que existe el deber de vigilancia impuesto al empresario. Cfr. PÉREZ CAPITÁN, L., *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, cit., pág. 131.

incidencia que pudiera llegar a tener la actitud del trabajador –por imprudencia temeraria- en el mismo.

Llegados a este punto, resulta de primer interés distinguir entre la imprudencia temeraria y la mera imprudencia profesional. Y ello por cuanto el legislador ha señalado claramente que sólo la imprudencia temeraria rompería el nexo causal entre accidente y trabajo. De hecho, dentro del deber de seguridad del empresario está el prever la imprudencia profesional del trabajador.

El legislador no ha establecido definición de una u otra imprudencia, ni ha señalado líneas de distinción entre ambas, por lo que se hace preciso acudir a la Jurisprudencia, que caso por caso ha ido dilucidando y entresacando las características principales de uno y otros conceptos jurídicos indeterminados.

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo considera la imprudencia temeraria desde una perspectiva claramente restrictiva, como aquella en la que incurre el trabajador que “consciente y voluntariamente contraría las órdenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal¹⁴⁴”. Así, se hace especial hincapié en el acto arriesgado, innecesario para la actividad laboral, y que se lleva a cabo con menosprecio de cualquier cuidado¹⁴⁵. Existe una “imprudencia contra todo instinto de conservación de la vida y contraviniendo las órdenes recibidas¹⁴⁶”.

Así, la temeridad es la actitud del trabajador que escapa de toda posibilidad de control, factor de imposible fiscalización preventiva. Con una acción realizada con este tipo de imprudencia, el trabajador no pretende necesariamente dañarse, aunque asuma riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves, con desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental. Aun cuando este tipo de imprudencia podría eximir de culpa al empresario, habría que evaluar la conducta

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de julio de 1985.

¹⁴⁵ Cfr. PÉREZ CAPITÁN, L., *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, cit., pág. 36.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1970.

preventiva de la empresa, si puso las medidas necesarias, las prohibiciones al trabajador correspondientes¹⁴⁷.

Por su parte, la imprudencia profesional es aquella imprudencia que asume el trabajador como derivada de la confianza que tiene en su propio trabajo. La realización de su trabajo, el conocimiento del mismo y la habitualidad, le lleva en ocasiones a poner un menor cuidado en el desempeño de sus funciones, por la confianza que tiene en las mismas. “Se produce por una excesiva confianza del empleado en su actuación como consecuencia del ejercicio habitual de su trabajo, debido a una disminución consciente de su actuar, sustituido por un automatismo inconsciente, tal conducta se inserta en una serie de circunstancias como la reiteración de actuaciones semejantes en ocasiones anteriores sin que se produjera ningún daño, en definitiva la falta de una conciencia del riesgo asumido¹⁴⁸”.

Así, las distracciones y las imprudencias no temerarias o profesionales se producen como fruto de la confianza que proporciona el medio productivo. La habitualidad hace que el riesgo se asuma de un modo inconsciente e involuntario. Ante ello, habrá que valorar y hacer balance de si el empresario cumplió con todas las medidas de seguridad, si ignoró o no los comportamientos imprudentes del trabajador, si tuvo en cuenta la capacidad del trabajador al suministrar la información e instrucciones necesarias o si existían protecciones colectivas¹⁴⁹. De la valoración de todas estas circunstancias resultará si el empresario cumplió con sus obligaciones, y qué tipo de imprudencia cometió el trabajador, así como la posible compensación de culpas entre las actitudes de ambos.

¹⁴⁷ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, cit., pág. 110.

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 3 de marzo de 1998.

¹⁴⁹ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, cit., pág. 109.

Una vez que se definen ambas imprudencias, queda claro que sólo la temeraria puede incidir en la responsabilidad del empresario, si desvirtúa el nexo causal entre accidente y trabajo, al entrar el elemento volitivo subjetivo de la personal del trabajador. La imprudencia temeraria, que en todo caso ha de ser apreciada con carácter restrictivo, podría interrumpir dicho nexo, por la influencia que la volición del trabajador acreedor de seguridad demuestra en el caso concreto. Sin embargo, en los supuestos de imprudencia profesional, no se rompe dicho nexo. Ello se deduce del propio texto legal, que indica que el empresario habrá de prever las distracciones o imprudencia profesional del trabajador (artículo 15.4 LPRL), por lo que el deber de seguridad del empresario se extiende a este tipo de imprudencia. Y por el carácter restrictivo en su interpretación que tiene el concepto de imprudencia temeraria, derivado del fin tuitivo del Ordenamiento prevencionista, según la máxima "*in dubio pro operario*", el trabajador queda protegido frente a cualquier injerencia del empresario que pretenda achacar a la imprudencia del trabajador la virtualidad del accidente, y así pretenda evitar su responsabilidad.

Una vez definidos ambos tipos de imprudencia, resta valorar las consecuencias de la imprudencia del trabajador en la responsabilidad del empresario. Hasta ahora, se ha mantenido que la imprudencia temeraria exoneraría al empresario de su responsabilidad, por romperse el nexo causal entre accidente y trabajo.

Si bien, el esquema no es tan simple, puesto que la propia doctrina jurisprudencial está dividida a la hora de valorar los efectos de la imprudencia sobre el actuar del trabajador. De hecho, se aprecian tres líneas jurisprudenciales. Por un lado, la línea de la negación de la influencia de los efectos de la imprudencia del trabajador en la responsabilidad empresarial. Por otro, la línea de la exclusión de la responsabilidad del deudor de seguridad ante la aparición de la imprudencia del trabajador, y por último, la línea de la ponderación de la influencia de la imprudencia del trabajador sobre la responsabilidad del deudor de seguridad¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Cfr. PÉREZ CAPITÁN, *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, cit. Pág. 132 y sigs. Aquí el autor hace un desarrollo pormenorizado de las tres líneas jurisprudenciales, con Sentencias exponentes de cada una de las líneas.

Vistas así las cosas, se hace preciso acudir a los principios generales del Derecho Administrativo Sancionador, para decidimos por una u otra teoría. De acuerdo con el principio de culpabilidad, no cabe la imputación de ilícito administrativo sin conducta culpable del empresario, no siendo la responsabilidad administrativa de tipo objetivo sino subjetiva, aunque sea de un tipo “cuasi-objetivo”. Ello impediría considerar infractor al empresario que, desplegando toda su diligencia y deber de cuidado, no puede impedir la imprudencia temeraria del trabajador que actúa en menosprecio a esas normas de seguridad y contraviniendo las órdenes empresariales. Así mismo, el principio de causalidad exige nexo causal entre la vulneración de la norma y el accidente. Y bien, si el accidente no se produce por vulneración de norma por parte del empresario, es evidente que éste no puede ser responsable del mismo.

En cualquier caso, la interpretación ha de hacerse caso por caso, y siempre teniendo en cuenta el carácter restrictivo a la hora de apreciar la posible imprudencia temeraria, y la resolución a favor del trabajador en caso de duda.

Incluso, habría que tener en cuenta que puede que la imprudencia del trabajador no exonere del todo al empresario de su responsabilidad, pero sí que habría que tenerla en cuenta para valorar la importancia que este incumplimiento pueda tener para reducir la graduación y la cuantía sancionatoria. Así, se aplicaría la doctrina de compensación de culpas en los casos en los que, concurriendo imprudencia del trabajador, no se exima del todo la responsabilidad empresarial. De tal modo que, habiendo infracción de la empresa, pero también imprudencia del trabajador –no temeraria, porque ésta excluiría la responsabilidad empresarial-, procedería aplicar la compensación de culpas para graduar la sanción, que podría imponerse, en su caso, en grado mínimo.

Si bien, cuando lo verdaderamente trascendente sea el incumplimiento de las obligaciones preventivas por parte de la empresa, no cabe apreciar la

compensación de culpas aunque el trabajador haya cometido algún acto negligente¹⁵¹.

Por otra parte, además de la actitud de negligencia temeraria del trabajador, podemos encontrarnos con actitudes que supongan imprudencia temeraria de un tercero, ya sea un tercero de la empresa –otro trabajador-, y que también podrían excluir la responsabilidad empresarial cuando se trate de un hecho del todo imprevisible por parte de la empresa, y que no haya podido prever, existiendo actitud diligente por parte de la empresa, a la que no se le pueda achacar otro incumplimiento preventivo. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2019, de 28 de febrero de 2019. En este caso, se exime a la empresa de responsabilidad por una imprudencia temeraria de un tercero, compañero de trabajo del accidentado, suficientemente formado, que no desconecta la fuente de energía que dio lugar a la descarga que provocó el accidente. Ello pone de manifiesto que la imprudencia temeraria, para ser eximente de la responsabilidad de la empresa, puede provenir tanto de parte del propio trabajador como de otro trabajador de la empresa –un tercero-.

¹⁵¹ En relación con la doctrina de compensación de culpas, cfr. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., págs. 230 y sigs.

PARTE II: ESTUDIO ESPECIAL DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

CAPÍTULO 1: CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DEL TIPO “RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA” EN MATERIA PREVENTIVA

Tras haber abordado la parte general sobre la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales en las páginas anteriores, corresponde ahora adentrarnos en la responsabilidad administrativa como categoría jurídica.

Para ello, vamos a realizar una aproximación a la responsabilidad administrativa tanto desde una perspectiva interna o técnico-jurídica, como desde una perspectiva externa, funcional y crítica. Ambas perspectivas son necesarias para identificar el fenómeno jurídico en que consiste la responsabilidad administrativa en materia preventiva en su complejidad¹⁵².

Trataremos así de referirnos tanto a la estructura de la responsabilidad administrativa en materia preventiva, como a su función, puesto que una integración de ambas –estructura y función- nos permitirá caracterizar la categoría jurídica de manera precisa¹⁵³. El estudio de estructura y función de la

¹⁵² Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 18 y 19. El contenido de la nota 6 arroja mucha luz sobre ambas perspectivas, y su necesidad en el estudio del Derecho. “Lo que queda claro es que se puede hacer recaer la identificación conceptual de un ordenamiento dado sobre su función, explicando su fundamento y papel en la sociedad; o abstrayéndose más o menos de aquella, sobre su configuración técnico-jurídica (o jurídico-formal), poniendo el acento en las estructuras normativas, extrayendo o comprendiendo su significado objetivamente incorporado en las normas y en los institutos de Derecho positivo”. Más adelante, continúa: “Ambos métodos de análisis del Derecho no se deben confundir sino integrar, lo que es bien distinto, complementándose y coordinándose al objeto de conocer todas las dimensiones del fenómeno jurídico”.

¹⁵³ La estructura y función del Derecho son estudiados por Carnelutti desde su “singular dualismo metodológico” –en palabras de Monereo-, que nos parece aquí muy útil para la aproximación a la categoría jurídica de la responsabilidad administrativa, cuya función nos va a facilitar

responsabilidad administrativa en materia preventiva nos permitirá deslindarla de otras figuras afines, pero de naturaleza diversa, y poder aprehenderla y comprenderla en toda su riqueza y extensión.

Finalmente trataremos de conceptualizar la categoría objeto de estudio, puesto que es la elaboración de los conceptos lo que nos permite ordenar, clasificar y conformar la realidad jurídica que investigamos¹⁵⁴.

1. La responsabilidad administrativa como categoría jurídica.

En la primera parte del presente estudio nos hemos referido a la responsabilidad administrativa en materia preventiva enmarcándola en el panorama complejo de responsabilidades que se derivan en casos de incumplimientos en prevención de riesgos laborales, y dijimos cómo obligación-incumplimiento-sanción actúan como trío del que la responsabilidad administrativa es el puente que los une¹⁵⁵, de modo que, si hay obligación e incumplimiento, habrá sanción siempre y cuando haya responsabilidad administrativa.

Metodológicamente, nos parece útil comenzar por la función de la responsabilidad administrativa, para luego detenernos en su estructura interna.

distinguirla de otras responsabilidades en materia preventiva, de naturaleza diversa, y su estructura nos va a permitir expresar su singularidad formal. Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar "La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti"*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., págs. LX y sigs.

¹⁵⁴ En este sentido, Carnelutti otorgó a la elaboración de conceptos una importancia trascendental, puesto que son "la célula de la ciencia". Entiende que los conceptos son necesarios, imprescindibles, para la ciencia jurídica porque a través de ellos puede comprenderse, conocerse y ordenarse la realidad jurídica, cit., pág. XL y pág. LIV.

¹⁵⁵ Vid., SUPRA, Parte I, Capítulo 1, Apartado 2.

1.1. Función de la Responsabilidad administrativa en materia preventiva.

Abordar la configuración jurídica de la responsabilidad administrativa supone, en primer lugar, considerar la función que le es propia, es decir, analizar la configuración jurídica de la institución desde una perspectiva externa.

La función de la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales nos lleva directamente a la consideración de su fin¹⁵⁶. Tal y como hemos visto en la primera parte del presente estudio¹⁵⁷, la finalidad de la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales es doble, por una parte es de tipo represivo –represión por haber incumplido el deber de seguridad- y por otra parte es de tipo preventivo –se pretende que la amenaza de sanción haga que los sujetos obligados se vean compelidos a cumplir, y evitar así las infracciones antes de que se cometan-.

Hemos partido en el presente estudio del deber de seguridad que tiene el empresario respecto a los trabajadores a su servicio. Este deber de seguridad ha de ser cumplido autónomamente por el empresario, pero en caso de que no sea así, el Ordenamiento Jurídico prevé mecanismos para compeler a dicho cumplimiento. La responsabilidad viene a ser, así, el instituto jurídico-procesal por el que se garantiza la coactividad del Derecho.

De ahí que la responsabilidad en prevención de riesgos laborales tenga esta doble finalidad, preventiva, para que la amenaza de la sanción conlleve el cumplimiento de las normas por parte de los sujetos obligados a ello, y la finalidad represiva, imponiendo una sanción –la mayor parte de las veces económica- a los destinatarios incumplidores de las normas, esto es, al empresario infractor.

¹⁵⁶ Cfr., CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. XXVI.

¹⁵⁷ Vid., SUPRA, Parte I, Capítulo 1, Apartado 2.

En esta doble finalidad, la responsabilidad administrativa coincide con la responsabilidad penal, no habiendo distinción de naturaleza entre sanciones administrativas y sanciones penales. Si el legislador opta por considerar un comportamiento como sanción administrativa o delito penal, es por razones de política legislativa, dejando las conductas más reprochables al ámbito de la responsabilidad penal.

Con esta doble finalidad, preventiva y represiva, la responsabilidad administrativa pretende conseguir el cumplimiento del deber de seguridad. La obligación que tiene el empresario es de carácter material, y ha de cumplirla autónomamente. El empresario, tiene el deber de proporcionar a los trabajadores a su servicio condiciones de trabajo que respeten su salud y seguridad. Se trata de un deber de tipo material. Como pudiera ser que este deber no se cumpla de manera autónoma, el carácter coactivo del Derecho viene a exigir su cumplimiento de manera heterónoma, a través del instituto de la responsabilidad, que tiene, por tanto, índole procesal¹⁵⁸. Este carácter procesal de la responsabilidad pone de manifiesto que se trata de un instituto adjetivo, que no sustantivo o material, actualizándose sólo en segundo término, en caso de incumplimiento de obligación previa del sujeto responsable.

La responsabilidad viene así a ser un refuerzo para lograr la finalidad de protección de los derechos de los trabajadores a la vida y a la integridad física y psíquica en el trabajo, puesto que es la manera de garantizar que las normas tienen carácter coactivo para sus destinatarios.

Respecto de esta funcionalidad de la responsabilidad administrativa en materia de prevención de riesgos laborales, cabe plantearnos el porqué de esta intromisión del Derecho administrativo sancionador en la relación laboral, y si es

¹⁵⁸ En esta distinción entre derecho material y procesal seguimos a Carnelutti, que aísla el concepto de obligación del concepto de responsabilidad: “Mientras que la obligación es una institución de derecho material, la responsabilidad corresponde al derecho procesal”, en CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 203.

necesario este instituto, o si para conseguir ambos fines no bastaría con la responsabilidad civil contractual, o en su caso, extracontractual.

En este sentido, hay que tener en cuenta el carácter tuitivo que se ha concedido por parte de los poderes públicos a la relación laboral, por existir una parte débil en la misma, el trabajador. Es por ello, que el Derecho del Trabajo reacciona estableciendo normas mínimas de obligado cumplimiento, indisponibles para los trabajadores. A su vez, se establecen una serie de mecanismos para la vigilancia y control del cumplimiento de esas normas, mecanismos que quedarían dentro del Derecho Administrativo, en cuanto al control y represión de los comportamientos desviados¹⁵⁹.

No obstante, y para que el instituto de la responsabilidad administrativa quede mejor configurado, hay que tener en cuenta que la función inspectora en el ámbito laboral se ha enriquecido con intervenciones de otra naturaleza, que no son propiamente sanciones administrativas,¹⁶⁰ sino advertencias, funciones de mediación, asistencia técnica etc., que persiguen también el fin preventivo, y no el represivo propiamente. Además, junto a las medidas reactivas propiamente dichas –la sanción- y las puramente preventivas –asistencia técnica, mediación etc.- encontramos otras medidas, que podemos denominar de naturaleza mixta, puesto que parten del supuesto de incumplimiento empresarial –y de ahí que sean reactivas- pero su fin es propiamente preventivo y no represivo: Es el caso de los requerimientos y la paralización de actividades, que son consecuencia de la responsabilidad administrativa del empresario, y por tanto estudiaremos más adelante¹⁶¹.

Así, las medidas de naturaleza mixta forman parte de la responsabilidad administrativa –no en vano, se arbitran en momentos de incumplimientos

¹⁵⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, cit., pág. 637.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, cit., pág. 641.

¹⁶¹ Vid. *Infra*, Parte II, Capítulo 4.

normativos- pero de segunda clase, dirigidas básicamente a la prevención, a compeler al cumplimiento, y no tanto a la represión.

En cualquier caso, esta doble finalidad preventiva y represiva que tiene la responsabilidad administrativa, es común con la responsabilidad penal, y con la naturaleza pública que a ambas unen. Teniendo en cuenta que no hay distinción ontológica entre delitos y penas, lo que supone que se considere a ambas conjuntamente como pertenecientes a una suerte de Derecho Público Sancionador, que uniría en sí al Derecho Penal y al Derecho Administrativo Sancionador. Es por ello que los principios que inspiran al ordenamiento penal, más desarrollados científica y jurisprudencialmente, se apliquen, si bien con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, como manifestaciones ambos del *Ius Puniendi* del Estado¹⁶². A tales principios nos dedicaremos más adelante en el siguiente epígrafe, señalando las características propias de los mismos en el ámbito administrativo sancionador.

1.2. Estructura de la Responsabilidad Administrativa en materia preventiva

Desde el punto de vista interno, la responsabilidad administrativa en materia preventiva presenta una estructura interna al servicio de la función que asume. Esto es, la estructura interna de la responsabilidad administrativa está al servicio de su funcionalidad externa.

Para poder penetrar en la estructura de la responsabilidad, es necesario referirnos al objeto jurídico, esto es, a aquello que se observa en el Derecho. El objeto de la responsabilidad son los actos con relevancia jurídica, y concretamente los actos del que desobedece¹⁶³. La responsabilidad viene a ser

¹⁶² Respecto de la comunidad de principios entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, Vid., INFRA, Parte II, Capítulo 1, Apartado 2.

¹⁶³ Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar "La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti"*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., págs. XXXIX y LVIII.

la consecuencia procesal de haber incumplido –desobedecido- una obligación material.

Ante un incumplimiento del deber de seguridad, aparece el instituto de la responsabilidad, que impone la consecuencia jurídica de la sanción al sujeto responsable. En el caso de la responsabilidad administrativa, para que ésta surja, el incumplimiento ha de venir tipificado como infracción, por ir anudado a intereses de índole colectiva, cuya gestión corresponde a la Administración.

Por tanto, para que surja la responsabilidad administrativa, ha de haber una obligación material –en el caso que nos ocupa, el deber de seguridad del artículo 14 LPRL-, un incumplimiento de dicha obligación –la infracción en sí, que ha de estar tipificada como tal en la LISOS-, y un sujeto responsable de dicho incumplimiento.

Así, los elementos configuradores de la responsabilidad administrativa serían la obligación material, el incumplimiento de dicha obligación, y el sujeto incumplidor.

Junto a estos elementos configuradores de la responsabilidad administrativa, cabe preguntarnos si con la presencia de estos tres elementos es suficiente para que se accione el instituto procesal que es la responsabilidad administrativa, o si faltaría añadir un cuarto elemento configurador. Concretamente, se trata de dilucidar si habiendo obligación, incumplimiento y sujeto incumplidor se activa necesariamente la responsabilidad, o por el contrario, si se precisa otra característica más en el elemento subjetivo, con carácter necesario, para que haya responsabilidad administrativa. Es decir, si existiendo obligación, sujeto e incumplimiento se acciona la responsabilidad administrativa, o si es necesario algún otro elemento.

Concretamente, nos referimos a la condición de culpabilidad en el sujeto incumplidor, a si la culpabilidad es elemento configurador y necesario *sine qua non* para la existencia de la responsabilidad administrativa¹⁶⁴, o si por el

¹⁶⁴ Nos referiremos a la culpabilidad como principio inspirador del Derecho Penal, aplicable al Derecho administrativo Sancionador INFRA Parte II, Capítulo 1, Apartado 2.3.

contrario, no es un elemento esencial de la misma. Y es que con la culpabilidad llegamos al corazón mismo del Derecho Administrativo Sancionador, y por ende, al corazón mismo de la responsabilidad administrativa¹⁶⁵.

Tradicionalmente, venía entendiéndose que, en materia de prevención de riesgos laborales, la responsabilidad era objetiva, sin consideración alguna respecto de la culpabilidad del sujeto infractor. Así, aunque la culpabilidad forma parte del tipo del injusto en el ámbito penal, no venía considerándose como necesaria en el ámbito del ilícito administrativo a efectos sancionatorios, y concretamente no se consideraba necesaria su presencia en los casos de incumplimientos preventivos, para exigir la correspondiente responsabilidad¹⁶⁶. Si bien, esta doctrina fue fuertemente combatida por García de Enterría, por la aplicación de los principios inspiradores del orden penal al administrativo sancionador, y por tanto por la aplicación del principio de culpabilidad a este ámbito¹⁶⁷.

Bien es cierto que la responsabilidad administrativa, genéricamente considerada, ha de ser subjetiva, con apreciación de la culpabilidad, toda vez que tiene un carácter represivo, no resarcitorio, y una naturaleza pública, que la acercan a la responsabilidad penal, con la que comparte naturaleza entre sanciones y penas.

Si bien, junto a ello, hemos de reconocer que la entidad del bien jurídico que se protege en la materia concreta de prevención de riesgos laborales, hace que en la especie “responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales”, la exigencia de culpabilidad venga muy atenuada, toda vez que cierta culpabilidad va a ser exigida, pero no en la misma intensidad que si estuviéramos

¹⁶⁵ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 319.

¹⁶⁶ Cfr. DEL REY GUANTER, S., *La potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción Penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cit., págs. 70-74. El autor expone la doctrina y jurisprudencia que entendía la responsabilidad administrativa como objetiva, realizando un resumen histórico al respecto.

¹⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo vol. 2*, cit., pág. 185.

en el ámbito penal, y ni siquiera en el propio ámbito administrativo, pero en otra materia menos sensible por la intensidad de los bienes jurídicos que se protegen, cuales son aquí la vida e integridad física y psíquica del sujeto.

De hecho, en prevención de riesgos laborales observamos cómo se pretende encontrar quién es el sujeto responsable, y no tanto quién es el autor, deslindándose así ambas figuras, y por tanto restando importancia a la culpabilidad como configuradora de la responsabilidad administrativa. Lo normal es que el autor sea el responsable, pero también es posible que se disocie ambas figuras –autor y responsable- y se concreten en personas distintas¹⁶⁸. Piénsese, por ejemplo, como señalamos en la primera parte¹⁶⁹, en los casos de grandes empresas, en las que la categoría empresarial la ostenta una persona jurídica, y con un entramado de mandos directivos e intermedios, en los que, en caso de incumplimiento en prevención de riesgos laborales, la autoría se diluye entre todos ellos, mientras que la responsabilidad administrativa se exigirá a la empresa persona jurídica.

En este sentido, Nieto afirma que la responsabilidad por infracciones administrativas se está acercando a la responsabilidad civil, y alejándose de la responsabilidad penal: “La responsabilidad por infracciones administrativas se aparta llamativamente de la responsabilidad criminal para aproximarse a la responsabilidad civil (...), en algunas manifestaciones el derecho Administrativo Sancionador parece estar dejando atrás las aguas del Derecho Penal y adentrándose en las de la responsabilidad civil, que prometen ser no menos interesantes tanto para la teoría como para la práctica”¹⁷⁰.

Todo ello nos lleva a sostener que la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales es de tipo cuasi-objetiva, acudiendo en

¹⁶⁸ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 419. La diferencia entre autor y responsable la trataremos INFRA, Parte II, 1.2.3., al tratar sobre el principio de culpabilidad.

¹⁶⁹ Vid. Supra, parte I, Capítulo 1, Apartado 1.

¹⁷⁰ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 421.

numerosas ocasiones a la *culpa in vigilando* para salvar la presencia del elemento de culpabilidad, que se encuentra enormemente atenuado en esta materia, hasta tal punto de hacerlo casi desaparecer por completo.

Tendríamos, por tanto, que distinguir por un lado entre la deuda y el deudor – que es quien está obligado a un determinado comportamiento-, y por otro lado, un responsable que es quien está sujeto a las consecuencias del incumplimiento del autor¹⁷¹. Así, el responsable no siempre tiene una clara culpabilidad de índole subjetiva, siendo ésta más bien una culpabilidad cuasi-objetiva, por el mero incumplimiento, o por *culpa in vigilando, in eligendo o in instruendo*.

En resumen, por tanto, los elementos configuradores de la responsabilidad administrativa vendrían a ser la obligación, el incumplimiento, y el elemento subjetivo, esto es, sujeto responsable, con responsabilidad que vendría a ser de tipo cuasi-objetiva, toda vez que cierta culpa se exige al sujeto responsable. La responsabilidad administrativa se configura así como institución de índole procesal, para los casos de incumplimientos materiales del deber de seguridad, ya sea el deber genérico de seguridad, o cualquiera de los deberes instrumentales.

1.3. Concepto de responsabilidad administrativa en materia preventiva

Una vez expuesta la función y estructura de la responsabilidad administrativa en materia preventiva, estamos ya en condiciones de acercarnos a su concepto. Definir un concepto es una tarea no fácil, si queremos abarcar la especificidad propia del objeto definido con sus elementos esenciales, y sus distinciones respecto a figuras afines. Aun siendo una tarea ardua, es de todo punto

¹⁷¹ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 422. De acuerdo con este autor, el error del Derecho Administrativo Sancionador estaría en no separar acertadamente las figuras de autoría y responsabilidad.

necesaria, puesto que “los conceptos son los instrumentos para apoderarse de la realidad”¹⁷².

Con este objetivo de aprehender la realidad de la responsabilidad administrativa en materia preventiva, hemos de distinguir la responsabilidad administrativa, en sentido amplio, de la figura estricta de la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales.

La responsabilidad, en sentido amplio, sería la vertiente procesal del incumplimiento de una obligación material. Es decir, hay una obligación, que corresponde al sujeto obligado –deudor en términos amplios-, y de cuyo incumplimiento surge la consecuencia de la responsabilidad. Se distingue así entre obligación y responsabilidad, puesto que la primera tiene un contenido material, y la segunda un contenido procesal.

Si esa obligación viene impuesta por la Administración, en la gestión de sus propios intereses, la responsabilidad en caso de incumplimiento será de carácter administrativo.

En sentido estricto, la responsabilidad administrativa sería la sujeción a las consecuencias del incumplimiento de la obligación por parte del autor, cuando tal obligación venga impuesta por la Administración en la gestión de sus propios intereses. Es decir, habría un incumplimiento material de un autor, del que respondería el sujeto responsable, sea o no autor. En sentido estricto, se deslinda la responsabilidad de la autoría, lo que permite que entendamos la

¹⁷² CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 12. Continúa Carnelutti señalando la importancia de los conceptos para el conocimiento “Cuando proyectado el haz de luz sobre la realidad se ilumina una zona de ésta y vemos en ella alguna cosa, para saber, después de haber visto, algo más sólo podemos servirnos de un concepto; decir que se trata de una mariposa o de una rosa, es introducir el objeto en un concepto, o al revés, comprender al primero en el segundo. Así pues, las relaciones entre concepto y objeto son exactamente las de continente y contenido, lo que resulta bien claro, una vez más, del significado de la palabra, que quiere decir algo que toma o encierra en sí”.

responsabilidad como cuasi-objetiva, a caballo entre la responsabilidad penal y la administrativa.

Si hay responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales, es porque nuestro Ordenamiento Jurídico entiende que, por el carácter tuitivo propio del Derecho del Trabajo, los incumplimientos lo son no sólo de la obligación “inter-partes” de aquéllos que están ligados por el contrato privado de trabajo (de lo que surgiría una responsabilidad civil), sino que además, el interés colectivo que subyace en la relación laboral es un interés propio de la Administración, que gestiona la seguridad y salud en el trabajo con carácter público, y no lo deja al libre arbitrio de las partes, por el desequilibrio natural de la relación de trabajo. Es decir, la Administración gestiona sus propios intereses en el ámbito de la salud laboral.

De este modo, la Administración trata de proteger los incumplimientos de las normas de prevención de riesgos laborales, por la trascendencia del bien jurídico protegido, cual es la seguridad y salud de los trabajadores.

Así, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, se produce una combinación entre obligaciones públicas, por el fin de preservación de la vida y la integridad de los trabajadores y por la implicación de la Administración Pública en la consecución de la salud laboral, y obligaciones privadas, por la obligación contractual de seguridad de naturaleza privada, dimanante del contrato de trabajo. Así, mediante la responsabilidad administrativa se viene a garantizar el cumplimiento de las normas mínimas de seguridad y salud. Y es por ello que la responsabilidad administrativa tiene cabida, en sentido estricto, en los casos de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales.

2. Principios del Derecho Administrativo Sancionador y su proyección en el ámbito de la responsabilidad administrativa de prevención de riesgos laborales.

Vimos en la primera parte cómo el *Ius Puniendi* del Estado se expresa a través del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, que vienen a ser,

ambos, dos manifestaciones del mismo Ordenamiento punitivo. De ahí que los principios inspiradores del Derecho Penal hayan venido a aplicarse, con “ciertos matices”, al Derecho Administrativo Sancionador.

Históricamente, estos principios inspiradores se desarrollaron en el seno del Derecho Penal, habiendo venido el Derecho Administrativo Sancionador a tomarlos “en préstamo”, puesto que tales principios actúan como una suerte de Derecho común para el ámbito punitivo, ya sea penal o administrativo.

Como breve apunte histórico, interesa resaltar que la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador se intuía ya en la jurisprudencia preconstitucional, en la década de los 70¹⁷³, si bien será a partir de la Constitución, cuyo artículo 25 residencia un común fundamento para delitos y faltas, cuando se desarrollará la aplicación directa de los principios penales al ámbito sancionador administrativo.

Ya desde los albores mismos de nuestro Tribunal Constitucional, en la trascendental STC 18/1981, de 8 de junio, se pronuncia rotundamente a favor de la aplicación de los principios penales al derecho administrativo sancionador: “Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad)”.

La base de esta comunicabilidad o extensión de principios es, por tanto, que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador son manifestaciones paralelas de un mismo Ordenamiento punitivo. En este sentido, Nieto afirma que el Ordenamiento Penal y el Ordenamiento Administrativo Sancionador constituyen un conjunto normativo que comprende ambas “manifestaciones”¹⁷⁴. Este conjunto normativo único se fracciona en dos subgrupos normativos, el penal y el administrativo sancionador. De tal fraccionamiento se deduciría que la

¹⁷³ Por todas, STS de 30 de enero de 1978.

¹⁷⁴ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 134-135.

aplicación de los principios de uno de los subgrupos al otro requiera “matices” adaptativos.

Aceptando esta comunidad de principios, y con carácter previo al estudio de los “matices” aplicativos, habría que determinar cuáles son los principios que del Derecho Penal se aplican al Derecho Administrativo Sancionador, si todos ellos o sólo los constitucionalmente reconocidos. En este sentido, y siguiendo a Nieto, habría que precisar que, en todo caso, son de aplicación los principios penales constitucionalizados, que se entenderán comunes a todo el ordenamiento punitivo del Estado. Pero además, también serán de aplicación los principios penales que no hayan sido constitucionalizados, si bien en este caso pueden ceder ante los específicos del otro ámbito que tengan conveniente rango de ley¹⁷⁵.

Determinar cuáles sean específicamente esos principios es una tarea no exenta de riesgo, que puede llevar a fáciles excesos o defectos. Por ello, y sin pretender dar una lista exhaustiva de *numerus clausus* de principios, en el presente estudio nos vamos a centrar a tratar únicamente aquéllos que tienen una mayor incidencia en el ámbito administrativo sancionador social, y concretamente, en la materia de prevención de riesgos laborales, que es objeto del presente estudio.

Ahora bien, y aun cuando se apliquen los principios de un ámbito a otro, habrá que tener en cuenta que dicha aplicación no es automática, sino con “matices”, tal y como ha advertido el Tribunal Constitucional desde el primer momento, en la ya referida Sentencia de 18 de junio de 1981, y ha reiterado posteriormente. A este respecto, mencionar por su trascendencia en este campo la STC 76/1990, de 26 de abril, que analizaremos más detenidamente por la incidencia que tiene en los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, y que en este asunto de la comunidad de principios insiste: “La recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho Administrativo Sancionador no pueden hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico”.

¹⁷⁵ NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 133-134.

El motivo por el que se han de tener en cuenta matizaciones no puede ser de carácter ontológico, ya que penas y sanciones poseen una misma naturaleza jurídica, como tuvimos ocasión de ver en la primera parte¹⁷⁶. Si la diferencia entre penas y sanciones se deben al órgano que las sustancia y al tipo de penas que se imponen en uno y otro caso –singularmente, la pena privativa de libertad para las penas-, el motivo de las matizaciones habrá que residenciarlo en la diferencia entre unas y otras, que no es de naturaleza, sino orgánica y funcional. Los matices responden, por tanto, a que la Administración no tiene el mismo carácter que los órganos jurisdiccionales, y a que, al no poder imponer penas privativas de libertad, no se pueden aplicar los principios con la misma rigidez que en el Derecho Penal. Éste actúa como *ultima ratio*, mientras que la potestad punitiva de la Administración se fundamenta en la necesidad que gestionar sus propios intereses¹⁷⁷, sancionando los casos en que los administrados no cumplen con las obligaciones que les ha impuesto el intervencionismo administrativo.

En las siguientes páginas, trataremos de mostrar los “matices” en la aplicación a la materia que nos ocupa de los principios inspiradores del orden penal de mayor relevancia práctica, resaltando su relación con la responsabilidad administrativa, eje del presente estudio.

Metodológicamente, para cada uno de los principios, realizaremos en primer lugar un planteamiento general de la incidencia del principio en el Derecho Administrativo Sancionador, y seguidamente resaltaremos la particularidades de la aplicación de cada principio al ámbito de la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales, poniendo de relieve las aplicaciones prácticas que tienen en el ámbito de las infracciones en materia de prevención.

Para ello, llamaremos Derecho Social Sancionador al Derecho Administrativo Sancionador en el orden social, a fin de señalar la especificidades propias que el Derecho Administrativo tiene en este ámbito, que viene delimitado por la

¹⁷⁶ Vid. Supra Parte I, Capítulo 1, Apartado 2.

¹⁷⁷ El régimen sancionador es una mera e inevitable consecuencia del régimen de intervención, cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 31.

relación laboral y las normas mínimas en protección del trabajador, parte débil de la relación laboral, y sujeto de protección en su seguridad y salud en el ámbito de la prestación de servicios.

2.1. Legalidad.

2.1.1. Planteamiento general

El principio de legalidad sancionadora viene recogido con el artículo 25 de la Constitución, cuya dicción literal reza: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Ello significa, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional¹⁷⁸, la necesaria cobertura de la potestad sancionadora administrativa por una norma de rango legal, que no excluye remisiones por parte de la ley a normas reglamentarias, siempre que ello se haga de forma subordinada a la primera¹⁷⁹.

Antes de adentrarnos en los matices, hemos de comenzar por el alcance y contenido del principio. Por de pronto, en cuanto a su contenido, el Tribunal Constitucional ha venido a extraer de este principio una doble garantía: “La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de

¹⁷⁸ STC 77/1983, de 3 de octubre.

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, cit., pág. 205.

certeza (*lex certa*) aquéllas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal” (STC 61/1990, de 29 de marzo).

Son dos garantías, la reserva legal y la tipicidad, que están incluidas ambas en el principio de legalidad, viniendo a ser dos vertientes del mismo principio, que podríamos denominar principio de legalidad formal –reserva de ley-, y principio de legalidad material –tipicidad-.

En cuanto al fundamento de la legalidad, el principio responde al dogma según el cual sólo la ley, en tanto que expresión de la voluntad popular, puede limitar la libertad y la propiedad de los ciudadanos. Dogma que es parte del trasfondo ideológico de la concepción política y jurídica que la Revolución Francesa inaugura. En análisis histórico-jurídico, García de Enterría identifica el principio de legalidad con un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto. Frente al gobierno personal y arbitrario, se acoge el ideal del gobierno por y en virtud de las leyes. La ley, como expresión de la voluntad popular, resuelve el problema de legitimidad, puesto que “obedeciendo a la ley, me obedezco a mí mismo”¹⁸⁰.

¹⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Pamplona, Civitas, 1994, pág. 24. En la ideología de la que nació la Revolución Francesa, la ley se consideraba como protectora de la libertad de los individuos. “La idea naturalista de la soberanía de la Ley (...) que erige en contenido de esa Ley precisamente la libertad privada, fundamenta del modo más estricto ese contenido del Estado reducido a definir y sostener el Derecho, pero el Derecho referido inmediatamente a la libertad de los súbditos, entendido como *norma agendi* para ellos, sustancialmente generalizable (...) No cabe, por consiguiente, subsumir el Derecho Administrativo entre el Derecho cuya ejecución es confiada al denominado poder ejecutivo. La Ley cuya definición y sostenimiento agota la función del Estado es, estrictamente, la Ley civil o interprivada (...). La idea de la Administración, como su accesoria, la del Derecho Administrativo, quedan así al margen de la concepción política que va a actuar la Revolución.” GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea*, cit., pág. 36. Sin embargo, la libertad, que es uno de los dogmas de la Revolución, va a venir coartado por el alumbramiento de una Administración sumamente poderosa, que se trata de someter bajo el imperio de la Ley. “Paradójicamente, la misma Revolución Francesa, movida por ese ideario y

Sin embargo, esta concepción dogmática-teórica de la ley como voluntad popular ha perdido buena parte de su virtualidad. Tal y como reconoce Nieto, el principio de legalidad desde el punto de vista dogmático, no tiene en la actualidad las connotaciones que tenía en el siglo XIX, cuando se le consideraba como una de las grandes conquistas del Derecho Penal Liberal, que coartaba así el despotismo del monarca absoluto. A diferencia, hoy día se advierte la divergencia entre el dogma riguroso en la teoría, y una práctica alejada de él, que en Derecho Administrativo Sancionador se ha relajado a través de formulaciones como la “colaboración reglamentaria” o la “cobertura legal”¹⁸¹, que estudiaremos con detenimiento al analizar la reserva legal.

Y ello sobre todo porque dogma del imperio de la Ley, sobre el que se asienta este principio, adolece de no poca dosis de formalismo, que ha sido objeto de revisión en el derecho occidental en las últimas décadas. Ya se ha pasado mucha concepción ingenua de la Ley como única manera de limitar la libertad, por el sólo hecho de estar promulgada por el Parlamento, como órgano depositante de la soberanía popular¹⁸². Hoy día se ha perdido mucho de esa

dispuesta a su realización histórica, va a ser la que alumbre la poderosa Administración contemporánea y, consecuentemente a ella, el Derecho Administrativo (...) Los revolucionarios siguen una interpretación claramente disidente de la ortodoxia doctrinal que representaban (...) pero los dogmas jurídico-políticos de la Revolución obran ahora, ya que no para impide ese hecho, para someterlo a una cierta disciplina y esta disciplina fue justamente el Derecho Administrativo”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución francesa y administración contemporánea*, cit., pág. 41. En definitiva, se somete la Administración a la Ley, entendiendo ésta como protectora de la libertad, y surge así el Derecho Administrativo contemporáneo, con el dogma del principio de legalidad con el objetivo de aplacar la conciencia de quienes veían como se pasaba del imperio del poder absolutista del rey al imperio de la nueva Administración, tratando de establecer con la ley un mínimo de la protección de las garantías y libertades individuales.

¹⁸¹ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs.165-167.

¹⁸² En este sentido, resulta muy interesante la revisión que del positivismo se hace en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Pamplona, Civitas, 1984, págs. 18 y sigs., en las que resume la revisión crítica de esta gran concepción en una evolución en cuatro etapas. Según esquematiza el autor, pronto se advierte que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de

ingenuidad decimonónica al respecto, y se hacen sentir voces que piden otras maneras para proteger las libertades, que por otra parte nunca son absolutas, en bien de los intereses comunes de la sociedad, que gestiona precisamente la Administración.

En cualquier caso, ello no obsta a que el principio de legalidad, y sus corolarios de reserva legal, tipicidad e irretroactividad, despliegan su virtualidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, siendo piezas claves y necesarias para limitar la discrecionalidad administrativa, y evitar así que tal discrecionalidad pudiera convertirse en arbitrariedad.

Por ello, y por la importancia que despliega este principio y también sus corolarios en el ámbito del Derecho Sancionador Social, nos detenemos en el estudio de este principio, teniendo en cuenta sus corolarios, principalmente la reserva legal y la tipicidad, de los que, como veremos, hay jurisprudencia muy relevante, precisamente en ámbito del Derecho Sancionador Social, que no siempre ha sido respetuoso con estos principios, viniendo los Tribunales a exigir su respeto.

situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene. En un segundo paso, se advierte que la ley tiene una autonomía propia que “no podría explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo sustancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya”. En una tercera etapa, advierte que “en toda decisión judicial se reproduce necesariamente en mayor o menor medida el proceso de creación o producción del Derecho, en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico”. En este sentido, trae a colocación la existencia de lo que denomina “órganos respiratorios del derecho”, esto es, cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, principios generales del derecho, que permitan evitar las rigideces del texto escrito de la ley, valorando la necesaria aportación de la Jurisprudencia. Por último, en una cuarta etapa, se considera que la ley puede llegar a ser una amenaza para la misma libertad que trata de proteger, y pone de manifiesto la “desvalorización moral y social de la ley como técnica de gobierno humano. (...) La ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la liberta, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable “amenaza para la libertad”.

2.1.2. Reserva Legal

2.1.2.1. La Reserva Legal en el Derecho Administrativo Sancionador: Planteamiento General

La reserva de ley implica que sólo por norma con rango de ley será posible la tipificación de infracciones y el establecimiento de sus correlativas sanciones. La reserva de ley se explica por los requisitos formales que envuelven su producción. La ley emana del Parlamento, representante de la voluntad popular, en cuanto representante de los titulares de la soberanía popular¹⁸³.

Formalmente, el principio de legalidad se proyecta en esta reserva, según la cual sólo mediante una norma con rango formal de ley, pueden establecerse infracciones y sanciones. Si bien, la exigencia de ley formal es un principio reconocido en nuestro derecho Sancionador entendido en sentido amplio, no rige con igual rigor en Derecho Penal y en Derecho Administrativo Sancionador¹⁸⁴. El Derecho Penal, por entrañar penas privativas de libertad ha de regularse necesariamente por ley orgánica, no así el derecho administrativo. Pero veamos más detenidamente el alcance del principio de legalidad en el Derecho

¹⁸³ Cfr. VV.AA., REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORES), *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010. Señalan los autores que el sentido de la reserva de ley está rodeado de su “peculiar halo de misticismo algo ingenuo”. Se trata de que sólo mediante ley emanada de la voluntad popular se pueden establecer infracciones y sanciones que vengán a coartar la libertad o la propiedad.

¹⁸⁴ Nieto hace referencia a la articulación del principio de reserva legal en el derecho punitivo del Estado a lo ancho de círculos concéntricos en los que se iría diluyendo el rigor de su exigencia desde el interior a la periferia. El círculo central sería el Derecho Penal, luego vendría el derecho Administrativo Sancionador de protección del orden general y un tercero para las relaciones especiales de sujeción. Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 213.

Administrativo Sancionador, partiendo de un estudio del artículo 25 de la Constitución.

Lo primero que llama la atención en el texto constitucional es el término que se utiliza, que no recoge expresamente la reserva legal, sino que acoge el término “legislación”. La ambigüedad del mismo podría llevar a pensar que no se está consagrando técnicamente la reserva formal de ley. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha venido a aclarar que el citado artículo ha establecido una reserva de Ley estricta, despejando posibles dudas al respecto. Así, en STC 3/1988, de 21 de enero, se recoge que “la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el artículo 25.1 el límite consistente en el principio de legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de una norma de rango legal, como consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración representan”. Para la determinación de infracciones y sanciones se exige, pues, la existencia de una norma con adecuado rango legal¹⁸⁵.

Una vez que tenemos claro que la reserva legal rige en el ámbito punitivo de la Administración, cabe preguntarse si dicha reserva exige ley orgánica, o basta con ley ordinaria para su desarrollo. La duda surge, sobre todo, al comparar la potestad punitiva de la Administración con el Derecho Penal, que sí requiere de Ley Orgánica para establecer delitos y penas. Ello es así por cuanto el Derecho Penal afecta a los derechos fundamentales y libertades públicas, para los que se exige la mayoría cualificada que supone la aprobación de la Ley Orgánica, a fin de asegurar una alta protección. Sin embargo, el Derecho Administrativo Sancionador no afecta a tales derechos fundamentales y libertades públicas. El pago de la multa se contrae a la propiedad privada, cuyo reconocimiento como derecho no se encuentra en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, sino en la Sección Segunda. Esto es, aun cuando la propiedad privada es un derecho constitucionalmente reconocido, no es de los derechos fundamentales que gozan de una mayor regulación, y su limitación no

¹⁸⁵ Al respecto, cfr. STC 24/1987, de 7 de abril, que desarrolla la jurisprudencia constitucional en relación con la reserva legal.

precisa de Ley Orgánica, bastando con la ley ordinaria, en cualquiera de sus formas¹⁸⁶ –ley ordinaria, decreto legislativo, decreto-ley-.

En esta admisión de la ley ordinaria para establecer infracciones y sanciones, a diferencia de lo que ocurre en Derecho Penal, descubrimos una de los primeros “matices” a tener en cuenta a la hora de aplicar los principios inspiradores del Derecho Penal al ámbito de la potestad punitiva de la Administración. Mientras que la Ley Orgánica se exige sin excusas en el establecimiento de delitos y sus penas, en el ámbito administrativo basta con la ley ordinaria.

Ahora bien, la reserva de ley exige que sea la propia ley la que tipifique infracciones y sanciones, pero no excluye la colaboración reglamentaria, con lo que nos encontramos con nuevos “matices” en la aplicación de los principios inspiradores del Derecho Penal. El ámbito de la reserva de ley en Derecho Administrativo no tiene la misma extensión que el ocupado en el Derecho Penal¹⁸⁷. La materia administrativa es muy amplia, y regular todo por ley supondría anquilosar la Administración, que no podría gestionar sus propios intereses y los de los ciudadanos, para cuya salvaguarda ha de establecer de modo coactivo el cumplimiento de obligaciones, que, en caso de no ser respetadas, habrán de ser sancionadas. Exigir la reserva total de ley supondría paralizar la Administración, dado que la difícilmente la Ley podrá regular todos los supuestos. Se precisa la colaboración reglamentaria, que permita una mejor adaptación a la amplia realidad cambiante. En palabras de Nieto, “llevar la reserva a sus últimas consecuencias terminaría beneficiando a los infractores, puesto que la red legal nunca puede ser tan densa ni modificarse tan rápidamente como la reglamentaria”¹⁸⁸. La mayor lentitud del proceso legislativo

¹⁸⁶ Téngase en cuenta a este respecto que tanto el Decreto Legislativo como el Decreto-Ley tienen fuerza y valor de ley, distinguiéndose de la ley ordinaria únicamente por su modo de producción, pero no por su naturaleza jurídica, que es igual. A este respecto, cfr. STC de 31 de mayo de 1982.

¹⁸⁷ Cfr. VV.AA. REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORES), *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 118.

¹⁸⁸ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 220.

ha supuesto una atenuación de la reserva legal, permitiendo la colaboración reglamentaria. La posibilidad de imponer sanciones por infracciones administrativas ha de contar con la necesaria cobertura legal, pero ello no obsta a la colaboración reglamentaria a través de Reglamentos ejecutivos o de desarrollo que concreten las prescripciones legales. Así, a través de normas de remisión, se llamaría a la colaboración reglamentaria para el desarrollo pormenorizado¹⁸⁹. No se trata de admitir el Reglamento autónomo, lo que no tendría cabida alguna en nuestro sistema punitivo, pero sí la regulación reglamentaria más detallada. Es decir, el carácter del Reglamento será siempre de colaborador, cuando haya sido llamado por la Ley para ello, y en ningún caso podrá tipificar nuevas infracciones o introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes¹⁹⁰. Por esta vía, no se podrá realizar una deslegalización de la materia, ni regular infracciones y sanciones por Reglamento que no tenga la cobertura legal necesaria y adecuada.

2.1.2.2. La reserva legal en el Derecho Sancionador Social

Importa aquí traer a colación la gran trascendencia que este principio de reserva legal ha tenido en la configuración de nuestro bloque normativo sancionador del Orden Social tal y como se ha configurado en la actualidad.

Tal y como venimos señalando, la reserva legal en el Derecho Administrativo Sancionador no es absoluta, permitiéndose la colaboración reglamentaria,

¹⁸⁹ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo: Principios y rasgos constitutivos” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006, págs. 16-17.

¹⁹⁰ A este respecto, cfr. la STC 42/1987, de 7 de abril.

siempre que ello se haga de forma subordinada a la ley, que habrá de remitir expresamente al Reglamento.

A pesar de ello, la TRLISOS actualmente ha optado por no hacer un uso excesivo de la colaboración de la regulación reglamentaria¹⁹¹, existiendo dos únicas remisiones expresas a este tipo de norma infralegal: La Disposición Adicional 1ª en relación con la actualización de las cuantías de las sanciones, y la Disposición Adicional 2ª que establece mandato al Gobierno para que dicte un Reglamento sobre el procedimiento para la imposición de sanciones.

Para entender esta opción de política legislativa, es necesario hacer algunos breves apuntes históricos, en relación con el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción original, y el Real Decreto 2347/1985¹⁹². El artículo 57 ET seguía la estructura del anterior artículo 33 de la LRL preconstitucional, estableciendo una conceptualización genérica de la infracción laboral, una referencia también genérica a los criterios de graduación de las sanciones, y una determinación concreta de la competencia sancionadora y de las cuantías, con determinación de mínimas y máximos. Este artículo 57 ET fue desarrollado por el RD 2347/1985, en el que se tipificaban las infracciones y sanciones. De modo que dicho artículo 57 lo que venía era a realizar una práctica de deslegalización de la materia, puesto que no tipificaba infracciones y sanciones, ni desarrollaba criterios ni directrices para su posterior regulación. El RD 2347/1985 vino a intentar llenar el vacío, mediante la regulación de infracciones y sanciones por Reglamento, con lo que se desborda la colaboración reglamentaria, habiéndose producido una deslegalización total de la materia. Y es por ello que la STS de 10 de noviembre de 1986 viene a anular el Reglamento, por no respetar el principio de reserva legal. Así, con esta Sentencia, se viene a aplicar de manera estricta los principios de reserva legal y tipicidad. Ante el vacío normativo producido con

¹⁹¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, cit., pág. 205.

¹⁹² Una exposición detallada de la situación del artículo 57 ET y el RD 2347/1985 la encontramos en DEL REY GUANTER, S., *La potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción Penal en el orden social*, cit., págs. 166 y sigs.

la anulación de dicho Reglamento, se vino a promulgar la LISOS en 1988, con el fin de llenar el hueco existente, tratando de tipificar infracciones y sanciones de manera exhaustiva, respetando el principio de reserva legal, puesto que se hace mediante ley.

La historia del artículo 57 ET y del RD 2347/1985 nos muestran hasta qué punto los principios inspiradores del Derecho Punitivo tienen entrada en el Derecho Administrativo Sancionador, y hasta qué punto se exigen a fin de garantizar los derechos de los presuntos infractores.

La promulgación de la LISOS pretendía, precisamente, respetar de manera escrupulosa el principio de legalidad, tanto en su vertiente formal –reserva de ley-, como material –tipicidad, como veremos en el siguiente epígrafe-. Estamos ante una ley formal que desarrolla una regulación sustancial prácticamente autosuficiente¹⁹³. Las llamadas a la colaboración reglamentaria son escasas, referidas únicamente a dos cuestiones, el desarrollo reglamentario del procedimiento, y la actualización de las cuantías por el gobierno. No cabe, por tanto, mucho margen al Reglamento, con lo que la LISOS ha tratado de evitar los demonios anteriores que, en materia sancionadora social, habían llevado a vacíos normativos e impunidades de sujetos infractores.

Estas escasas remisiones al Reglamento han supuesto como consecuencia un robustecimiento del principio de reserva de ley formal en esta materia, y también la opción por el criterio de *numerus clausus* en la tipificación de las infracciones¹⁹⁴, como veremos más adelante. Este robustecimiento del principio de legalidad trae, sin embargo, consecuencias negativas por la “petrificación” de las conductas sancionables, impidiendo la necesaria adaptación por vía

¹⁹³ DEL REY GUANTER, S., *La potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción Penal en el orden social*, cit., pág. 175.

¹⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo: Principios y rasgos constitutivos” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 17.

reglamentaria, dificultando las modificaciones en una materia como la social que es muy dinámica de por sí¹⁹⁵.

Además, la colaboración reglamentaria, en lo que al procedimiento administrativo sancionador se refiere, no ha sido llevada a cabo por el gobierno, de tal modo que el procedimiento administrativo sancionador sigue llevándose a cabo de acuerdo a lo establecido por el RD 928/1998, anterior a la TRLISOS y a la Ley 23/2015, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Llama la atención esta desidia del legislador en este punto, haciéndose necesaria una nueva regulación, que venga a aclarar las disfunciones y recoger las novedades legislativas posteriores.

Vistos estos antecedentes históricos en el orden social, cabe preguntarnos ahora cuál es el contenido mínimo de la reserva legal, y como cuestión derivada de ella, cuál puede ser el ámbito de la colaboración reglamentaria en esta materia.

De acuerdo con Nieto, la reserva de ley puede actuar de dos maneras, una primera, en sentido estricto, la Ley regularía por sí misma toda la materia reservada. Una segunda, en la que la Ley no regularía exhaustivamente la materia, sino que se limita a lo esencial y, para el resto, se remite al reglamento, al que invita a colaborar en la normación. En este segundo caso, tendríamos que la reserva legal se desarrollaría en dos fases, primero por ley, con un desarrollo parcial y una remisión, y luego, por el reglamento remitido, que completa el régimen parcial de la ley desarrolla su contenido de acuerdo con sus instrucciones expresas¹⁹⁶. A ello, podríamos añadir una tercera opción, no mencionada por Nieto, pero que es la que parece haber adoptado la LISOS. En esta tercera opción, que sería intermedia entre las dos anteriores, la Ley regularía la práctica totalidad de la materia reservada, dejando al Reglamento

¹⁹⁵ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo: Principios y rasgos constitutivos” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 18.

¹⁹⁶ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 223.

únicamente cuestiones marginales o procedimentales, o de necesaria adaptación evolutiva, como es el caso de la adaptación de la cuantía de las sanciones.

Esta tercera opción es la que parece que también se ha adoptado con carácter general, de tal manera que la LPAC reserva a la ley la tipificación de infracciones y de sanciones, en el artículo 128.2. No existe, sin embargo, reserva legal para el procedimiento, que no se considera como sustancial, y por tanto cabe su regulación mediante Reglamento.

La colaboración reglamentaria se justifica, según el propio Tribunal Constitucional en Sentencia 77/1985, de 27 de junio, por la propia naturaleza de las cosas, “pues no hay ley que pueda dar entrada a todos los problemas imaginables”. Se llama al Reglamento por la propia lógica, pues no tendría sentido exigir una previsión tan casuística, que impidiera el ejercicio en la práctica de la potestad sancionadora y favoreciera, en definitiva, la impunidad de los comportamientos infractores. Es el propio sentido común el que insta la colaboración del Reglamento, cuya función es precisamente la del desarrollo de la ley y su colaboración con ella.

En todo caso, la colaboración reglamentaria exige dos requisitos, por un lado, la habilitación previa que abre paso a la intervención reglamentaria en general y, además, la remisión, que incluye el establecimiento de unas condiciones o directrices esenciales que sirvan de pauta al Reglamento¹⁹⁷. No basta con una llamada genérica de la Ley al Reglamento. Se precisa, además de la habilitación, que se especifiquen las condiciones, las directrices, los detalles que habrán de ser reglamentariamente desarrollados.

Centrándonos en la materia social objeto de nuestro estudio, y concretamente en las dos remisiones al Reglamento que encontramos en el TRLISOS, advertimos ambos requisitos de habilitación previa y remisión en los dos casos en los que se prevé la colaboración reglamentaria.

¹⁹⁷ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 248.

Así, se habilita al Gobierno, a través de la potestad reglamentaria, a dictar el Reglamento de procedimiento, y en la remisión se incluyen los criterios, que se concretan cuando la LISOS indica que el desarrollo reglamentario se ajustará a lo previsto en la propia TRLISOS, en la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y en la LPAC. Si bien, tal mandato no ha sido cumplido, y el procedimiento se sigue regulando por el RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones en el orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social¹⁹⁸.

Por otro lado, también se habilita al Gobierno a actualizar la cuantía de las sanciones, y en la remisión se incluyen los criterios a tener en cuenta para ello, que será el IPC. El parámetro de revisión a tener en cuenta será, por tanto, la variación del IPC. La habilitación es una potestad del Gobierno, que puede utilizar o no, pudiendo, por tanto, actualizar o no las cuantías sancionadoras. La disposición no tiene por objeto que se reajusten las cuantías de manera automática, sino que el reajuste, en su caso, será a través de la revisión gubernativa mediante la colaboración reglamentaria¹⁹⁹.

La colaboración reglamentaria, con los requisitos de habilitación e indicación de las condiciones para su desarrollo, dejan claro que no cabe en ningún caso es

¹⁹⁸ El cumplimiento de este mandato sería deseable, para abordar los problemas técnicos que el RD 928/1998 posee, y que han sido puestos de manifiesto por la doctrina. En efecto, entre otros defectos de los que adolece el Reglamento, podemos citar que no se regulan algunas cuestiones cruciales como la prueba, la regulación de la fase instructora es muy confusa, y se regula de manera desordenada los informes de la Inspección. Cfr. al respecto ÁLVAREZ ALCOLEA M., "Procedimiento sancionador" en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006, págs. 681 y sigs.

¹⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., "Actualización del importe de las sanciones" en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006, págs. 681 y sigs.

un reglamento independiente, y no claramente subordinado a la Ley, como ha reiterado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, entre las que podemos citar, por todas la STC 83/1984, de 24 de julio.

Pero aun cuando no caben las reglamentaciones autónomas y no claramente subordinadas a la ley, sí es frecuente que nos encontremos con otra técnica legislativa, a tener en cuenta en el análisis de la reserva legal y la colaboración reglamentaria, cual es la utilización de las denominadas leyes sancionadoras en blanco. En el Derecho Penal se utiliza esta técnica, de las leyes penales en blanco, de donde ha pasado al Derecho Administrativo sancionador. En estos casos, la ley regula lo esencial, dejando “huecos en blanco”, que serán rellenados por el Reglamento. No se trata de una deslegalización, sino de la técnica de la colaboración reglamentaria.

Su estructura²⁰⁰ se conforma con el uso de dos preceptos distintos para integrar un solo tipo infractor. En primer lugar, se encuentra la norma en blanco, que es la que tipifica al señalar que la adopción de un determinado comportamiento, activo u omisivo, cuyos detalles se dejan a la norma de remisión, será infracción. Y ello se completa con la norma integradora, que no se dirige propiamente a tipificar, sino a la regulación de un determinado ámbito o sector. El respeto a la reserva de ley se asegura si la norma en blanco es una norma con rango de ley.

Si bien, la licitud de tales remisiones en blanco, y su respeto al principio de legalidad, queda en una zona de indeterminación, en la que es fácil caer en la irregularidad y en la falta de respeto al principio de legalidad. Para la validez de la remisión reglamentaria que supone la norma sancionadora en blanco, el Tribunal Constitucional exige como requisitos²⁰¹, en primer lugar que no haya una deslegalización de la materia reservada (STC 83/1984, de 24 de julio), además, la ley ha de contener una cierta regulación del ámbito reservado (STC

²⁰⁰ Un análisis detenido de las normas sancionadoras en blanco lo encontramos en VV.AA., REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORES), *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 129-139.

²⁰¹ Al respecto, cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 231 y sigs.

37/1981, de 16 de noviembre) y el Reglamento no puede ir más allá de un complemento de regulación indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento (STC 83/1984, de 24 de julio).

En el ámbito de las infracciones por incumplimientos de seguridad y salud laboral, las normas sancionadoras en blanco tienen una entrada específica. Piénsese que en el supuesto de hecho de la norma sancionadora en blanco no se encuentra totalmente previsto en ella, sino que se remite a otra norma de naturaleza no sancionadora –sustantiva-, que se integra de este modo en la definición de la infracción. El fundamento de su admisión está en la necesidad de actualizar permanentemente los perfiles entre lo lícito y sancionable. Además, en una materia tan técnica como la prevención de riesgos laborales, en constante cambio, resultaría imposible e incluso inviable definir de manera exhaustiva todos los modos de ilícito posible.

Así, cuando el TRLISOS, en la definición de los supuestos de hecho, se refiere, por ejemplo, al incumplimiento de la obligación de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención, con “alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales”, es una norma sancionadora en blanco, que requiere su complemento con una normativa que no es sancionadora propiamente dicha, sino sustantiva. Esa normativa sustantiva la hemos de encontrar en disposiciones de rango legal, como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pero sobre todo en disposiciones reglamentarias de desarrollo, concretamente en este caso en el Reglamento de los Servicios de Prevención, en el que se desarrolla con detenimiento el contenido y alcance del plan de prevención.

Sirva este ejemplo de botón de muestra, ya que las infracciones en prevención de riesgos laborales están constituidas en gran medida por normas sancionadoras en blanco, que han de ser completadas con normativa de carácter reglamentario, pero no por ello se actúa en contra del principio de legalidad formal de reserva de ley, de acuerdo con la interpretación que al respecto ha dado el Tribunal Constitucional. Y es que sería de todo punto imposible, que la norma sancionadora prevea de manera agotadora todos los supuestos con todo el alcance que pueden tener. Y es que, aun cuando la reserva legal se aplica sin

ambages en el derecho administrativo sancionador, se hace necesario flexibilizarlo, en aras del pragmatismo, que permita a la Administración gestionar sus propios intereses, sin anquilosarla en dogmas decimonónicos, que más bien dificultarían la práctica jurídica.

2.1.3. Tipicidad

2.1.3.1. La Tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador: Planteamiento General

Una vez estudiado el principio de legalidad formal a través de la figura de la reserva legal, corresponde ahora adentrarnos en la garantía material de este principio de legalidad, cual es la tipicidad.

La exigencia material del principio de legalidad, expresada en el principio de tipicidad, exige que, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, “el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptibles de ser impuesto” (STC 61/1990, de 29 de marzo). Responde la tipicidad a la exigencia de *lex certa*, que otorgue a los administrados la suficiente seguridad jurídica como para poder predecir cuáles serán las consecuencias de sus actos.

La tipicidad exige un alto grado de concreción de la conducta infractora y de la sanción que lleva aparejada, lo que se ha identificado con el principio de taxatividad²⁰². En aras de la seguridad jurídica, las conductas merecedoras del reproche del *ius puniendi* han de ser concretas, precisas, han de estar previstas de manera taxativa. La precisión de la norma sancionadora permite al ciudadano conocer cuáles son las conductas infractoras y prever qué consecuencias jurídicas van a tener sus actos u omisiones.

²⁰² Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 260.

Así, la tipicidad se configura como un paso más en seguridad jurídica respecto de la reserva de ley. Esta última se garantiza con la mera previsión formal de infracciones y sanciones en una norma con rango legal. La tipicidad es un paso más, puesto que exige la descripción suficiente de las conductas tipificadas como infracción y de las sanciones que les corresponden²⁰³. Con la tipicidad, se permite a los ciudadanos la predicción razonable sobre la conducta ilícita y sus consecuencias jurídicas.

El principio de tipicidad viene a ser así un límite a la potestad sancionadora. En la medida en que las conductas están predeterminadas con claridad y concreción, y sus consecuencias jurídicas previstas con claridad y sin sorpresas, la discrecionalidad administrativa queda limitada, sujeta a las previsiones legales, y sin margen para poder actuar arbitrariamente.

La fundamentación dogmática del principio la encontramos en los esquemas liberales, que consideran a la Administración contraria a los derechos individuales, y cuyo margen de arbitrio ha de ser limitado en todo caso, en aras de la protección de los intereses individuales. Bien es cierto que la tipicidad es de todo punto necesaria para garantizar la seguridad jurídica, y su importancia y utilidad ha de ser aquí defendida, pero partir de considerar la Administración a priori como contraria a los intereses individuales responde a esquemas decimonónicos, no correspondientes con la realidad actual.

En definitiva, no se trata de la Administración contra los ciudadanos, sino del Estado, junto con los ciudadanos contra los infractores²⁰⁴. Así, la evolución de la

²⁰³ VV.AA., REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORES), *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 160.

²⁰⁴ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 36. Los esquemas decimonónicos de la Administración Pública, y por ende del Derecho Administrativo Sancionador no pueden ser aplicados plenamente en la actualidad. En la obra *Derecho Administrativo Sancionador*, NIETO GARCÍA, de forma magistral, realiza una exposición diacrónica de la evolución del Derecho Administrativo Sancionador, desde sus inicios de naturaleza represiva hacia la prevención en que cobra hoy su sentido. “La clave del sistema administrativo sancionador no se encuentra en el daño sino en el riesgo, no en la represión, sino en la prevención (...). En la actualidad el riesgo es el protagonista del Derecho Administrativo

sociedad decimonónica, en la que se basan los patrones de Derecho Administrativo Sancionador, quedan hoy obsoletos en el marco de la sociedad del riesgo²⁰⁵. A la Administración le corresponde la defensa de los individuos frente al riesgo, frente al infractor que genera riesgos. Es por ello que se advierte un giro en el Derecho Administrativo, desde un carácter represivo puramente, hacia fines más preventivos, así la clave del Derecho Administrativo Sancionador hoy día no la encontramos en el daño, sino en el riesgo, no en la represión, sino en la prevención. De ahí la necesidad de seguridad jurídica, que se expresa a través del principio de tipicidad.

Por tanto, en el marco de la sociedad del riesgo, la Administración ha de buscar como finalidad propia la de la gestión de los intereses colectivos, la protección de los ciudadanos frente a los riesgos, y no tanto frente a los daños. Y en esa gestión va a necesitar de la sanción, para los casos de incumplimiento de las

Sancionador desplazando al daño a segunda fila” (NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 148). Considerando pues la naturaleza y finalidad preventiva del *ius Puniendi* del Estado en su vertiente administrativa, y la sanción como consecuencia lógica en manos de la Administración para la gestión de sus propios intereses, que no son otros que los intereses generales de la sociedad, no tiene sentido considerar a priori a la Administración como arbitraria, y a sus ejecutores funcionarios como parciales. Qué duda cabe que en la imposición de la sanción hay margen de discrecionalidad, y que éste debe estar sujeto a límites para evitar situaciones arbitrarias e injustas, pero de ahí no se deduce necesariamente la consecuencia de que toda actuación administrativa sancionadora sea por sí misma arbitraria y necesitada de limitación natural.

²⁰⁵ Cfr. BECK, U., *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, cit., págs. 88 y sigs. El autor explicita la lógica de la defensa contra los peligros y las necesarias alternativas políticas que realmente impidan lo que hay que impedir bajo la “dictadura del peligro”. Así, en la sociedad del riesgo se generan nuevos desafíos a la democracia, puesto que la sociedad del riesgo contiene una tendencia al totalitarismo, en la defensa contra los peligros. Nos encontramos, por tanto, ante nuevos esquemas sociales, con una mayor concienciación social ante los peligros, que conlleva un papel de la Administración de defensa de los ciudadanos frente a los riesgos. De ahí que ya no se consideren válidos los esquemas decimonónicos de defensa a ultranza de la libertad individual y de consideración de la necesaria defensa del individuo frente a la Administración, sino que el papel de la Administración pasa a ser más activo de defensa de los intereses generales.

obligaciones. Si no se sancionaran tales incumplimientos, no se conseguiría el fin de tales obligaciones, que requiere del carácter coercitivo del derecho para su plena efectividad.

Además, la exigencia a ultranza del principio de tipicidad, en su vertiente de taxatividad, puede llevarnos a caer en la parábola del perro y el lobo, paralizando la potestad administrativa²⁰⁶. La precisión absoluta es literalmente imposible. La casuística es prácticamente ilimitada, y la capacidad técnica del legislador limitada. Necesariamente va a quedar un espacio a la indeterminación, que habrá de ser concretada en el momento de la aplicación.

Así en la tipificación podemos apreciar dos momentos de especial trascendencia. Un primer momento, que podríamos llamar de normación, en el que el legislador prevé –tipifica- las conductas infractoras y sus correspondientes sanciones. Un segundo momento, de aplicación o subsunción, en el que la Administración realiza la operación de subsunción de los hechos acaecidos en el tipo, lo que se hará caso por caso, indicando en qué norma se encuentra tipificada la infracción y motivando porqué los hechos son constitutivos de esa infracción y porqué a tales hechos les corresponde una sanción.

Este momento aplicativo reviste una especial trascendencia, que se concreta en la materia que nos ocupa. Como veremos más adelante, requisito esencial de las Actas de Infracción, que realizan la propuesta de sanción, es que sean

²⁰⁶ NIETO GARCÍA refiere la parábola del perro y el lobo como exponente del absurdo al que puede llevar una exigencia estricta del principio de taxatividad. Parece que basado en un hecho real, ocurrido en un ferrocarril en Prusia. La ordenanza del ferrocarril prohibía transportar “perros”, y un revisor trató de sancionar por ello a un campesino, a lo que el campesino alegó que se trataba de una “perra”. El Juez, aferrado al principio de tipicidad, dio razón al campesino y se procedió a modificar la ordenanza para prohibir el transporte de perros y perras. A continuación, el campesino subió con un lobo. A continuación, sucedió igual cuando el campesino trató de subir al ferrocarril con un lobo, un oso y unos hurones. Al final, el Juez terminó por rechazar los cambios que se introdujeron en las ordenanzas por ser “vagos e imprecisos”. La moraleja de esta fábula queda clara, habiendo de prevalecer el sentido común frente a las exigencias estrictas de tipicidad en su consideración de taxatividad, que harían prácticamente inservible la normativa sancionadora, por la imposibilidad de contener todas las variantes del tipo existentes en la realidad (Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 270-271).

motivadas. En las mismas, se habrán de indicar los hechos constatados por el Inspector actuante que motivaron el acta, destacando los relevantes a efectos de la determinación y tipificación de la infracción y de la graduación de la sanción.

Esta exigencia normativa destaca la virtualidad práctica del principio de tipificación. No sólo se precisa que las infracciones estén determinadas normativamente como la mayor precisión, sino que, además, el principio despliega su influencia en el momento de la propuesta sancionadora, toda vez que la misma habrá de ser precisa, indicando con exactitud qué hechos son los que se consideran como integrantes del tipo. Ello exige realizar una labor de subsunción de los hechos constatados dentro de los parámetros del tipo legal, al que se anudará la correspondiente sanción. Así, la tipificación va más allá de la taxatividad y predeterminación normativa, desplegándose también en el momento aplicativo del derecho, que habrá de respetar en todo caso los presupuestos legislativos al respecto.

Volviendo al momento tipificador, la técnica legislativa ha de ser lo más precisa posible para garantizar con pulcritud el principio de tipicidad. Al mismo tiempo, como venimos señalando, la realidad siempre es más rica y variada que lo que se pueda contener en los textos legales, que difícilmente podrán abarcar toda la casuística. Es por ello que el lenguaje legislativo habrá de sortear los obstáculos combinando dosis de precisión con elementos más genéricos que permitan subsumir en el tipo las conductas reprochables, en aras a evitar la impunidad de los infractores.

Tratando de concretar el tipo infractor y su sanción de manera precisa y a la vez encontrando encaje de las conductas merecedoras de desvalor, nos podemos encontrar entre Escila y Caribdis. Intentando concretar con precisión y detalle, podemos caer en una regulación detallista, casuística y enormemente extensa y que sin embargo deje fuera numerosas conductas reprochables, o, en el extremo contrario, pudiera ocurrir que la imprecisión fuera tal que realmente se incumpliera el mandato de tipicidad. De ahí que la tipificación haya de ser “suficiente” para evitar tanto el excesivo rigorismo como la indeterminación.

Si la tipificación ha de ser suficiente, y contener los elementos esenciales, nos encontramos con el nuevo problema de determinar qué es lo esencial, dónde

está la suficiencia. Para ello hemos de acudir a los Tribunales, que cuando indican, como hemos señalado más arriba, que la tipificación ha de ser tal que “permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción²⁰⁷”, nos están dando luz en el camino para despejar el contenido de lo esencial, que se concreta en la posible predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta²⁰⁸. Puesto que la predeterminación absoluta es imposible, basta con la suficiencia, con una descripción suficiente del tipo, para que podamos entender que se cumple con el mandato de tipificación.

En cualquier caso, el principio de tipicidad exige que las acciones u omisiones consideradas como infracciones se delimiten de forma precisa, pero a la vez, no hay que considerar la tipificación de manera rígida y absoluta en el sentido de una determinación siempre minuciosa y exhaustiva, sino que es necesario cierto margen de apreciación²⁰⁹.

Otra consecuencia del principio de tipicidad es la interdicción de la interpretación analógica de las normas sancionadoras, concretamente la prohibición de la analogía *in malam partem*. Parece claro que la norma tipificadora no está previsto se aplique de manera analógica, a supuestos que son en parte iguales y en parte distintos. O la conducta concreta entra totalmente en el tipo, o no puede serle aplicado, no existiendo posturas intermedias, que dejarían en manos del arbitrio interpretativo las consecuencias jurídicas de las conductas. Especialmente cuando se trata, como es el caso, de la imposición de una sanción, en la que no cabe una interpretación extensiva *in peius*, como consecuencia de la aplicación del principio *in dubio pro reo*. En el Derecho Administrativo Sancionador cobra especial importancia desde el punto de vista

²⁰⁷ STC 61/1990, de 29 de marzo.

²⁰⁸ NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 268.

²⁰⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, cit., pág. 207.

hermenéutico la interpretación literal de la norma, para garantizar así el principio de tipicidad, y en definitiva el de seguridad jurídica²¹⁰.

2.1.3.2. La tipicidad en el Derecho Administrativo Sancionador Social

El principio de tipicidad exige la predeterminación normativa de las conductas infractoras, de manera que se pueda saber con suficiente grado de certeza qué conductas van a ser objeto de sanción, si bien es posible cierto margen de apreciación en el momento de aplicación.

El ámbito social en general y el de la prevención de riesgos laborales está compuesto por prolijas normas definidoras de derechos y obligaciones y sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, lo que dificulta la definición absoluta, puesto que la conducta ilícita se resiste a ser regulada con exhaustividad, por su extensión, complejidad e imprevisibilidad²¹¹.

Pero una cosa es que se permita cierto margen de apreciación, y otra que se incumpla con el mandato de tipicidad. Como antecedente histórico, encontramos ejemplo de incumplimiento del mandato de tipicidad en el originario artículo 57 ET, ya comentado a propósito de la reserva legal en el anterior epígrafe. Los términos en que se movía eran tales, limitándose a señalar que es infracción todo incumplimiento, que no respondía a la seguridad jurídica que exige la tipificación. Frente a esto, la LISOS reaccionó ofreciendo una posición detallista y garantista, en que intenta describir con el mayor detalle posible las conductas

²¹⁰ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo: Principios y rasgos constitutivos” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 19.

²¹¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, cit., pág. 207.

infractoras. El artículo 57 ET adolecía de suficiencia del tipo, no contenía una descripción de los elementos esenciales.

Si bien, en cualquier caso, una predeterminación normativa absoluta es imposible, de ahí que se acuda a otras técnicas de regulación, como pudieran ser los conceptos jurídicos indeterminados o las cláusulas abiertas.

En cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados, apreciamos cómo su utilización es harto habitual en la descripción de conductas infractoras. Baste pensar, por ejemplo, en el “riesgo grave e inminente”, configurador de las infracciones de carácter muy grave en prevención de riesgos laborales, y del que trataremos más adelante²¹².

La aparición en el tipo de conceptos jurídicos indeterminados, además de frecuente, no es contraria a la suficiencia del tipo, cuya utilización es inevitable, para poder combinar los dos aspectos de precisión y flexibilidad de los que venimos hablando para que se pueda describir el tipo de manera exacta y a la vez con la suficiente amplitud como para incluir todas las conductas infractoras.

El uso de los conceptos jurídicos indeterminados es consecuencia de la admisión de una cierta flexibilidad en la tipificación de las infracciones. Necesidad que se deriva de la propia realidad, puesto que las conductas humanas y las circunstancias son muy variables, y sería imposible preverlo todo normativamente.

La tipificación a través de tales conceptos jurídicos indeterminados hace recaer sobre la Administración sancionadora el deber de razonar y motivar de manera suficiente que los hechos imputados conforman adecuadamente el tipo infractor²¹³. Es decir, en el segundo momento tipificador, al que antes aludíamos, al aplicar la norma, si nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado, la motivación habrá de ser aún más precisa, para subsumir los hechos en el tipo.

²¹² Vid *Infra*, Parte II, Capítulo 2, sobre Infracciones.

²¹³ VV.AA., REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORES), *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 160.

La utilización de estos conceptos, en definitiva, traslada parte del margen de la precisión del momento tipificador de la conducta al momento aplicativo.

Ello es posible siempre que la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y que por tanto permitan prever las conductas constitutivas de la infracción tipificada²¹⁴. Si se puede prever con el suficiente grado de certeza cómo se va a llevar a cabo la concreción de tales conceptos jurídicos indeterminados, se estaría cumpliendo con las exigencias de la tipicidad.

Resumiendo, encontrándonos, como decíamos, entre Escila y Caribdis, la tipificación puede ser lo suficientemente flexible como para permitir cierto grado de apreciación al aplicar la norma, pero no tanto como para que el aplicador pueda crear nuevas figuras infractoras a raíz de las imprecisiones normativas.

En este punto, y teniendo en cuenta las características propias del ordenamiento sectorial laboral y del orden social, concretamente en materia de prevención de riesgos laborales, queda aún por tratar la utilización por parte del legislador de cláusulas abiertas. El Orden Social está integrado por una normativa densa y compleja que imposibilita tipificar todas y cada una de las infracciones.

La legislación preventiva es amplísima, heterogénea, con dificultades de sistematización y de marcado carácter cambiante²¹⁵. La norma sancionadora no puede reproducir la totalidad de la normativa sustantiva para indicar que su incumplimiento es una infracción, lo que sería imposible, pero si aún fuera posible, sería de todo punto inútil. La norma sustantiva y la norma tipificadora vendrían así a conformar, en palabras de Del Rey Guanter, un “bloque normativo”, en el que norma tipificadora y norma sustantiva se complementan²¹⁶.

²¹⁴Por todas, cfr. STC 69/1989, de 20 de abril.

²¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente*, Granada, Comares, 2010, pág. 25.

²¹⁶ “El complemento que la norma del orden social ha de buscar en la norma sancionadora no es tanto de carácter sustantivo, de tipificación en sí en cuanto infracción de conductas contrarias a

En la materia de riesgos laborales que nos ocupa, el legislador utiliza una doble técnica de tipificación. Por un lado, establece una lista exhaustiva de tipos infractores, a través de una técnica remisiva expresa, de modo que la ley, para cumplir con el principio de tipificación legal, enumera de forma individualizada las infracciones, pero para no alargar inútilmente el texto, prescinde de la reproducción de mandatos y obligaciones.

Por otro lado, cierra la lista con una cláusula abierta, que define como infracción todos los incumplimientos en general, utilizando así también la tipificación remisiva residual. En el caso de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, los tres preceptos tipificadores acaban con cláusulas de ese tipo. Y sin perjuicio de su estudio detenido más adelante, al abordar las infracciones administrativas, es útil traer aquí a colocación estas cláusulas para ilustrar lo que estamos diciendo a raíz de la tipificación mediante cláusulas abiertas.

El artículo 11 TRLISOS, para las infracciones leves, prevé en su apartado 4 que constituirá infracción leve “cualesquiera otras que afecten a obligaciones de carácter formal o documental exigidas en la normativa de prevención de riesgos laborales y que no estén tipificadas como graves o muy graves”. Esto es, a modo de cajón de sastre, se intenta que ningún incumplimiento formal o documental quede sin tipificar por falta de previsión legislativa, teniendo en cuenta especialmente la variedad y extensión de obligaciones de este carácter que se prevén en el ámbito preventivo.

Por su parte, el artículo 12 TRLISOS, en su apartado 16 tipifica las acciones u omisiones que “supongan incumplimiento de la normativa de prevención de

los deberes establecidos por la norma, como de calificación de la infracción y de graduación de la sanción. De esta forma, norma sustantiva y norma sancionadora se complementan y forman un bloque en el que cada una de ellas tiene un papel determinado. La primera es definir deberes, la segunda, más que indicar que los incumplimientos de tales deberes son infracciones, debe realizar un encuadre jurídico del “desvalor” exacto que el Ordenamiento jurídico adjudica a tales violaciones”. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., págs. 180-181.

riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados”.

Por su parte, el artículo 13 considera como infracción muy grave “no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”. Con este precepto pretende la LISOS que ningún incumplimiento de especial trascendencia por generar riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores quede sin tipificar por falta de previsión del legislador, o por las condiciones cambiantes de la técnica, que tiene tanta incidencia en una materia como la preventiva.

Con estas dos técnicas tipificadoras²¹⁷, a través de la tipificación remisiva expresa y residual, el legislador pretende cumplir con el mandato de tipificación legal, a través de un sistema que sea lo suficientemente cerrado como para evitar vacíos normativos, pero que a la vez sea un sistema lo suficientemente flexible como para evitar la impunidad infractora.

Visto esto, cabría aún hacernos una última pregunta, cual es qué ocurriría en el caso en el que un incumplimiento de mandatos y prohibiciones no venga tipificado como infracción. Esto es, la posibilidad de que la norma sustantiva prevea una obligación o prohibición, pero que la norma tipificadora no haya incluido en su elenco de infracciones su incumplimiento. Con las características tipificadoras de la materia que nos ocupa, no parece que este hecho pueda darse fácilmente. Si el legislador ha previsto estas cláusulas de cierre en los tres preceptos tipificadores, difícilmente nos encontraremos con un incumplimiento sin tipificar. Si bien, sí pudiera ocurrir con más facilidad en otros ámbitos del orden social, e incluso en prevención de riesgos laborales, si por ejemplo un incumplimiento no genera un riesgo. En este sentido, hay que decir que las

²¹⁷ Para un mayor abundamiento en las técnicas de tipificación, cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 277-278.

exigencias del principio de tipicidad impedirían la imposición de la sanción, precisamente por falta de tipificación de la infracción²¹⁸.

En resumen, el mandato de tipificación exige, en aras de la seguridad jurídica, que los ciudadanos puedan predeterminar con certeza las consecuencias de sus conductas. Si bien, el cumplimiento de este principio requiere de cierta dosis de flexibilización, que facilite la labor de incluir en el tipo las conductas reprochables y evite la impunidad.

2.1.4. Irretroactividad

Además de la reserva legal y de la tipicidad, el principio de legalidad incluye un tercer elemento consagrado literalmente en la Constitución, cual es el principio de irretroactividad de la norma sancionadora desfavorable.

La legalidad exige que, para que una conducta sea considerada infracción, ha de estar prevista en una ley anterior (*lex previa*), además de en una norma con rango de ley (*lex scripta*) que describa con certeza el ámbito de lo sancionable (*lex certa*).

Que la ley sea anterior implica que una conducta, que en el momento de llevarse a cabo no es infracción, no puede pasar a serlo porque así lo disponga una ley posterior. El principio de seguridad jurídica exige aquí que la norma tipificadora sea anterior y, en consecuencia, se propugna la irretroactividad de la norma sancionadora desfavorable. Apreciamos aquí también una materialización del

²¹⁸ Lo aquí expresado respecto de la no imposición de la sanción a una conducta que no esté tipificada, difiere de la opinión de Nieto, que entiende que donde hay incumplimiento hay necesariamente infracción, aunque la ley no lo diga (NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 312). Si ello fuera así, estaríamos negando de base el principio de tipicidad, puesto que no se anudaría la sanción a la infracción, y no se podría predecir con el suficiente grado de certeza las consecuencias de la conducta, aun a sabiendas de que se esté actuando en oposición a la ley. Lo contrario, además de oponerse al principio de tipicidad de manera estricta, supondría también una extensión analógica prohibida.

principio *in dubio pro reo*, que en Derecho Administrativo Sancionador exige un escrupuloso respeto a las garantías de los administrados.

La Constitución consagra en dos momentos este principio, tanto en el artículo 9.3 que “garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables”, como en el artículo 25.1, que de modo indirecto alude a los hechos sancionables “de acuerdo con la legislación vigente en aquél momento”.

A la vista del texto constitucional y de su rotundidad, parece claro y fuera de todo género de dudas, que no cabe la retroactividad de la norma sancionadora desfavorable.

Lo que sí cabría preguntarse es, en caso de existir dos normas en sucesión cronológica, si a la hora de aplicarlas, la Administración ha de tener en cuenta para la ponderación la totalidad de la norma, o si ha de aplicar aquellos aspectos de cada una que resulten más favorables al infractor, realizando una suerte de “aplicación a la carta”. Esta cuestión ha sido resuelta por la Jurisprudencia, que ha venido a señalar que la ley considerada más favorable ha de ser aplicada íntegramente incluso en preceptos desventajosos, sin poder el sancionado beneficiarse de los aspectos que más le beneficien de una y otra ley²¹⁹.

Cuando se trata de normas sancionadoras favorables, la regla es precisamente la de la retroactividad, interpretando a contrario el texto constitucional, como hace la STC 8/1981, de 30 de marzo.

En cuanto al fundamento de esta figura, Nieto hace una interesante distinción entre la irretroactividad y la retroactividad. A pesar de ser una consecuencia de la otra en una interpretación a contrario, se las considera a ambas figuras de manera distinta en cuanto a su fundamento. Así, considera que la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables encuentra su fundamento en la

²¹⁹ “No se puede aplicar a retazos una ley (la anterior y la posterior), debiéndose de aplicar la nueva cuando sea más favorable al reo en bloque, no fragmentariamente, porque si se procediera a seleccionar de la normativa precedente y de la que se modifica lo más beneficios de una y otra, se estarían usurpando tareas legislativas que no corresponden a los tribunales, como sería la creación de una norma artificial e indebidamente elaborada a partir de lo entresacado de la antigua y de la nueva”. STS de 28 de mayo de 1990.

seguridad jurídica, mientras que la retroactividad de las normas sancionadoras favorables tendría el fundamento en la igualdad, puesto que se considera inícuo castigar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción²²⁰.

Otro aspecto interesante a destacar en cuanto a la irretroactividad, es que no es posible plantear recursos de amparo para su protección, ya que el Tribunal Constitucional lo ha residenciado en el artículo 9.3 CE, y no en el artículo 25 CE, por lo que se la ha cerrado la puerta al amparo. Así lo entendió ya tempranamente la STC 8/1981, de 30 de marzo.

En cualquier caso, el principio de irretroactividad presenta poca litigiosidad en nuestro ámbito de estudio, máxime cuando no ha tenido grandes cambios normativos sancionadores en los últimos años.

2.2. Non bis in ídem.

En la primera parte de este estudio, ya hemos tenido ocasión de referirnos siquiera someramente, al principio del *non bis in ídem*, cuando hemos tratado las relaciones entre la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal, donde este principio despliega su mayor virtualidad. Es en este momento donde vamos a realizar un análisis más detenido, tratando de exponer este principio en el marco de los principios inspiradores del orden penal, y los “matices” con los que se recepcionan en el Derecho Administrativo Sancionador.

2.2.1. Planteamiento general

Como decíamos en la primera parte, el principio del *non bis in ídem* supone que no se pueda sancionar más de una vez los mismos hechos, cuando exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Desde este punto de vista, guarda una íntima relación con el principio de proporcionalidad, al que nos referiremos

²²⁰ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 203.

más adelante, que supone una ponderación o medida entre infracción y sanción. Si a un mismo hecho se le anudan dos o más sanciones, se estaría castigando de manera desproporcionada la conducta.

Conforme vayamos analizando el régimen jurídico del principio, iremos viendo cómo quizá esta sea la materia que sigue más de cerca al Derecho Penal²²¹, donde las matices de aplicación son menores, siguiendo fundamentalmente las reglas penales.

Y lo primero que hemos de tomar en consideración es que, si existe esta prohibición de sancionar dos veces un mismo hecho, es porque el legislador ha considerado los hechos como ilícitos administrativos y penales al mismo tiempo, o incluso como dos ilícitos administrativos –o como dos ilícitos penales, pero este hecho queda fuera de nuestro estudio-. Y aquí entra en consideración lo que decíamos de la identidad ontológica entre delitos y sanciones²²². Precisamente porque la naturaleza jurídica de unos y otras es la misma, es por lo que cabe preguntarse cuál de los dos ordenamientos será el que tendrá una prioridad aplicativa. Si la naturaleza jurídica fuera diversa, no cabría prohibición alguna de bis in ídem, sino que se aplicarían ambos –delito y sanción-, por responder a distinta naturaleza jurídica.

El concepto del principio ha sido delimitado de manera amplia por Del Rey, que lo define como *principio general del derecho, que en base a los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, sea en uno o más órdenes jurídicos sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento –de sujetos, objeto o causa material y de acción o razón de pedir, si nos referimos a la perspectiva procesal-, y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración al sujeto en cuestión*²²³.

²²¹ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 429.

²²² Cfr. Supra, Parte I, Capítulo 1, Apartado 3 y Parte II, Capítulo 1, Apartado 1.

²²³ DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., pág. 111.

De este concepto podemos extraer que el principio tiene una vertiente tanto sustancial –de prohibición de dos sanciones en sí-, como procedimental –de prohibición de dos procedimientos²²⁴. Ello va a tener relevancia práctica, a la hora de paralizar el procedimiento administrativo mismo, en caso de colisionar la posible sanción penal con la administrativa.

Si nos detenemos en el texto constitucional, advertimos que no se dice en él nada de forma expresa de este principio, si bien la jurisprudencia constitucional lo considera deducido del principio de legalidad contenido en el artículo 25, y le otorga el rango de derecho fundamental, considerándolo susceptible de ser invocado en amparo, y ello desde la temprana STC 2/1981, de 30 de enero, según la cual “si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo, no por ello cabe silenciar que (...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artículo 25 de la Constitución”. De ahí que su naturaleza sea la de derecho fundamental, esto es, que se trata de un principio que se ha “positivado” por la jurisprudencia constitucional como derecho fundamental²²⁵.

Esta consideración del *non bis in ídem* como derecho fundamental ha llevado a la doctrina a preguntarse si ha perdido su naturaleza de principio general del derecho, para pasar a convertirse en derecho fundamental. Sin embargo, la naturaleza no ha mutado, sino que se ha enriquecido, incorporando al principio

²²⁴ DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., pág. 110.

²²⁵ En este sentido, NIETO GARCÍA no lo considera un principio propiamente, sino una regla de derecho, en virtud de la distinción que hace entre principios y reglas penales aplicables. Cfr. al respecto NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 133 y pág. 439.

general del derecho las garantías propias del derecho fundamental, y dándole acceso al Tribunal Constitucional²²⁶.

Un aspecto muy interesante de este principio tratado por la doctrina ha sido el fundamento del mismo. A nuestro juicio, Del Rey lo ha expuesto de manera clara, distinguiendo la vertiente procedimental y material del mismo²²⁷.

Desde el punto de vista procedimental, el fundamento lo encontramos en la cosa juzgada y en la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la Autoridad Judicial.

Cuando se habla de la cosa juzgada en sentido formal, se alude a una resolución judicial firme e irrevocable, y que por tanto es inimpugnable por las partes. En otras palabras, si un hecho ha sido ya sancionado, estando bajo el principio de cosa juzgada, no puede iniciarse un nuevo procedimiento sobre el mismo hecho. Del Rey señala que la cosa juzgada tendría así el efecto negativo de impedir el ejercicio de una nueva acción, y el efecto positivo de evitar sentencias posteriores, e indica que tradicionalmente se ha relacionado este efecto negativo de la cosa juzgada con el principio de *non bis in ídem*²²⁸. Sin embargo, otra autorizada doctrina, encabezada por Nieto, considera que la conexión entre cosa juzgada y principio de *non bis in ídem* carece de justificación dogmática, pues entiende que se hace preciso buscar la fundamentación del *non bis in ídem* más allá de la cosa juzgada, por las dificultades técnicas que ofrece una figura cuya

²²⁶ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 438-439 y DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., págs. 115.

²²⁷ Cfr. al respecto DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., págs. 116 y sigs.

²²⁸ Cfr. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., págs. 118-119.

regulación originaria se refiere al ámbito civil, y es regulada por el Código Civil y la LEC²²⁹.

Por otro lado, la subordinación de la autoridad administrativa a la judicial, como fundamento del principio, es la regla que parece seguir el artículo 3 TRLISOS cuando positiva este principio en el ámbito del derecho sancionador del orden social. Si un hecho constitutivo de ilícito administrativo puede ser también constitutivo de ilícito penal, la Administración paralizará el procedimiento hasta tanto no se haya pronunciado el órgano jurisdiccional, y posteriormente, actuará según el sentido de la resolución judicial.

En cuanto a la fundamentación material del principio, desde un punto de vista sustantivo, la prohibición del *bis in ídem* se resuelve en la imposibilidad de la doble sanción. La fundamentación la apoya el Tribunal Constitucional en los principios de legalidad y tipicidad²³⁰. Sin embargo, como señala Del Rey, resulta sumamente discutible, pues se estaría dando a tales principios un contenido tan amplio que prácticamente se haría imposible una mínima conceptualización coherente de los mismos. Por ello, Del Rey entiende que “el principio en el que se puede hacer residir de una forma más inmediata la base del *non bis in ídem* sea el de proporcionalidad, aunque mediatamente, y en base a la fundamentación de este principio, se relacione con el de legalidad”²³¹. Esta solución de fundamentación es la que nos parece más acertada, puesto que es precisamente por la proporcionalidad, por la que no se puede sancionar dos veces un mismo hecho, ya que ello supondría una acumulación de sanciones que aplastarían al sujeto infractor, y quedaría al arbitrio de una técnica legislativa

²²⁹ Nieto considera que el Derecho Administrativo Sancionador ha de elaborar en este punto una doctrina propia, “dogmática que habría de girar fundamentalmente en torno a las figuras concursales y sobre el análisis de contraste de los hechos constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos en las normas” NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit. Pág. 435.

²³⁰ Cfr. STC 2/1981, de 30 de enero.

²³¹ DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., págs. 123.

que contempla los mismos hechos desde distintos órdenes punitivos. Cuando una sanción ha sido impuesta por una infracción, se ha debido hacer teniendo en cuenta la proporcionalidad entre una y otro, mediante la ponderación de todos los factores en juego. Carecería de toda lógica imponer una nueva sanción, cuando ya se han considerado todos los elementos del ilícito, y se ha establecido una correlación entre la infracción y la sanción impuesta, de modo que toda nueva sanción no haría más que agravar la situación del infractor, sin respeto al principio de proporcionalidad.

2.2.2. El principio de *non bis in ídem* en el Orden Social

Una vez analizadas las cuestiones de índole más general, estamos ya en condiciones de adentrarnos en la especificidad propia del principio en el Orden Social. Para ello, comenzaremos refiriéndonos concretamente a los elementos que se toman en consideración de cara a considerar la aplicación del principio, cuales son la triple identidad, de sujetos, hecho y fundamento. Y es que la prohibición se producirá cuando se dé esta triple identidad, de la que algo dijimos en la primera parte de este estudio²³². En este sentido, el artículo 3 TRLISOS positiva con claridad la interdicción de la doble sanción con las características de las que venimos tratando.

Artículo 3 TRLISOS:

1. *No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.*

²³² Vid., Supra Parte I, Capítulo 1, Apartado 2.

Así, no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en los que se dé la triple identidad de sujeto, hechos y fundamento. La prohibición de reduplicación de sanciones vale tanto en los casos en los que haya colisión entre sanción penal y administrativa, como entre dos sanciones administrativas en sí.

Comenzando con la identidad de sujetos, para que entre en juego este principio los sujetos activos de delito e infracción administrativa no pueden ser el mismo. Queda claro que si un mismo sujeto comete una acción que está tipificada tanto por el Código Penal como por la legislación administrativa, sólo se le impondrá una sanción.

La dificultad aquí estriba en determinar quién es el sujeto de la infracción, específicamente en el caso en que se haya cometido por persona jurídica. Ya hicimos referencia en la primera parte a que, de acuerdo con el viejo aforismo *societas delinquere non potest*, las personas jurídicas tradicionalmente no habían venido siendo sujetos activos de delito penal. Y aun cuando esta máxima haya dejado de tener plena vigencia en nuestro derecho, con la reforma operada en el Código Penal en el 2010, en el ámbito concreto objeto del presente estudio, en los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores, sigue rigiendo ese mismo principio de inimputabilidad de persona jurídica, por lo que el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, en el ámbito penal, sólo puede ser cometido por personas físicas, a cuyo través actúe la empleadora persona jurídica²³³.

Por tanto, si nos encontramos con un ilícito contra la seguridad y salud de los trabajadores, tipificado penalmente en el art. 316 CP, y que a su vez tenga encaje en alguna de las infracciones previstas en los artículos 12 o 13 TRLISOS, habría que dilucidar quién es el sujeto activo de unas y otras, para ver si entra en juego o no el *non bis in ídem*.

Tal y como vimos en la primera parte²³⁴, tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, venía entendiendo

²³³ Vid., Supra Parte I, Capítulo 1, Apartado 2.

²³⁴ Vid., Supra, Parte I, Capítulo 1, Apartado 2.

que si el empleador es una persona jurídica, como tal no puede ser objeto de reproche penal. En ese caso, se podría iniciar y sustanciar el procedimiento administrativo, llegando a la imposición de la sanción, por un lado. Y por otro lado, podría sustanciarse un procedimiento penal, llegando a la condena de la persona física que haya sido sujeto activo del delito, pudiendo así ser condenado el encargado, responsable, mando intermedio etc. Y por ello, aunque un mismo hecho venga sancionado penal y administrativamente, cuando nos encontramos ante personas jurídicas, se entendía por la doctrina tradicional del Tribunal Supremo que no entraba en juego el principio del *non bis in ídem*, permitiendo que el hecho sea penado criminalmente en la persona física que sea autor material del delito, y sancionado administrativamente en la persona jurídica que sea responsable administrativo. Así, se trataba depurar en el proceso penal, desde el punto de vista de la autoría, quién es el autor material del delito, y para ello habrá de traspasar la cortina de la ficción jurídica²³⁵ que supone la persona jurídica, y buscar la persona física que ha tenido el dominio sobre el bien jurídico protegido, para ser castigado penalmente.

Esta doctrina, sin embargo, ha cambiado al conocer del procedimiento administrativo social el Orden Social de la Jurisdicción. Así, a partir de la STS, Sala de lo Social, 5794/2015, de 15 de diciembre, se concluye, en síntesis, que cuando los hechos sancionados son los mismos, aun no existiendo identidad subjetiva, no procede la doble sanción, entrando en juego la prohibición del *bis*

²³⁵ Cfr. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., págs. 133-134. Un aspecto interesante que trata Del Rey es la relación de la culpabilidad y el principio del *non bis in ídem*. En su construcción, la sanción penal a efectos sancionatorios reúne todos los elementos de la posible sanción administrativa más el elemento de culpabilidad, de modo que ausente dolo o culpa, una conducta que ha sido archivada o sobreseída podría ser sancionada administrativamente (Cfr. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., págs. 125-126). Sin embargo, esta posición, se basa sobre la ausencia de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, lo que no podemos compartir en su totalidad, como veremos en el siguiente epígrafe, al tratar sobre la culpabilidad. Cfr. también a este respecto NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 436.

in ídem. Esta doctrina ha sido posteriormente confirmada, en STS, Sala de lo Social, 174/2019, de 6 de marzo.

Esta situación puede conllevar, como ya dijimos en la primera parte²³⁶, una excesiva administrativización de la justicia, de manera que la jurisdicción penal estaría sustanciando conductas que bien pudieran ser meras infracciones administrativas. Además, como ya señalamos, las penas tienen en ocasiones cuantías más bajas que las multas administrativas, con lo que nos encontraríamos con el sinsentido de que las conductas más reprochables tuvieran un castigo más bajo por quedar en la vía penal que, si hubieran sido sustanciadas por la Administración Pública, amén del peligro de que, en grandes empresas especialmente, queden las personas físicas como “cabeza de turco”, en la que se escude la persona jurídica para quedar impune.

Si la conducta, sin embargo, ha sido cometida por empresario persona física, que es también el autor material del delito, no cabe duda respecto a la entrada en juego la prohibición del *bis in ídem*, si además de ello se dan el resto de requisitos de identidad –hecho y fundamento-, lo que significará que el penado criminalmente no podrá ser sancionado de nuevo administrativamente.

El segundo elemento que compone la triple identidad que se exige para la regla del *non bis in ídem* son los hechos. Lo que se prohíbe es que los mismos hechos sean sancionados doblemente. Y para ello habrá que tener en cuenta cuáles son los hechos que la Sentencia penal considera probados, y determinar los que se consideran esenciales, para no sancionar nuevamente lo mismo en vía administrativa. Así, será la Administración la que habrá de determinar si unos hechos, que han sido penados criminalmente, son los mismos en sus elementos esenciales que los que constituyen el ilícito.

En este sentido, es preciso que nos refiramos a que el principio *non bis in ídem* no prohíbe solo la doble sanción en distintos órdenes –penal y administrativo-,

²³⁶ Vid., Supra, Parte I, Capítulo 1, Apartado 2.

sino que incluso prohíbe la doble sanción en el mismo ámbito, el administrativo en lo que aquí nos importa²³⁷.

Y ello es importante a la hora de evitar doble sanción administrativa, en lo que se refiere a la consideración de los hechos, que no pueden ser sancionados doblemente. Este aspecto tiene trascendencia, no sólo porque se impida la imposición de dos multas pecuniarias, sino también por figuras jurídicas, que en el ámbito laboral pueden suponer una doble sanción de los mismos hechos, como es el caso de la paralización de actividades y el recargo de prestaciones, este último por su naturaleza compleja que incluye la sancionatoria.

La compatibilidad o no de la paralización con la sanción pecuniaria nos lleva directamente a la consideración de su naturaleza, puesto que, si se la considera como medida sancionadora, no cabría imponerla junto con la sanción pecuniaria, por aplicación de la prohibición que supone el *bis in ídem*. Ya trataremos sobre la naturaleza jurídica de la paralización más adelante, por lo que baste ahora referirnos siquiera brevemente a ella, para dilucidar la su compatibilidad con la sanción económica y por tanto la no entrada de la prohibición del *bis in ídem*. entendemos que la orden de paralización sería más bien una suerte de “requerimiento cualificado”²³⁸, que participaría de su misma naturaleza jurídica, puesto que ambos tienen un mismo presupuesto y fin preventivo. En ambos casos nos encontramos ante un medio físico preventivo de naturaleza impositiva²³⁹, y es por ello que entendemos que gozan de una misma naturaleza jurídica, si bien en el caso de la orden de paralización, la protección conminación

²³⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, cit., pág. 209.

²³⁸ Esta misma naturaleza de “requerimiento cualificado”, o requerimiento en forma de orden, ya que un incumplimiento del mismo supone que el empresario incurre en responsabilidades directas de muy variada índole, ha sido puesto de manifiesto por SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, Madrid, Sepin, 2018, pág. 165.

²³⁹ Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 65.

que supone la orden es aún más perentoria, por el bien jurídico que se protege, que es la vida y salud de los trabajadores, que en este caso se encuentra más amenazada por la situación de riesgo grave e inminente a que se ven sometidos. Al no tener la orden de paralización naturaleza sancionatoria, es compatible con la sanción que pueda imponerse por las infracciones cometidas y que motivaron la orden de paralización, puesto que no entraría en juego el principio de *non bis in ídem*, al no tratarse la paralización de una sanción propiamente dicha.

Ya nos referimos al *non bis in ídem* cuando tratamos sobre la compatibilidad entre el recargo de prestaciones y la sanción pecuniaria²⁴⁰. En el mismo sentido, algunas figuras de naturaleza compleja nos llevan a plantearnos si son respetuosas con la prohibición del *bis in ídem*. Es el caso de la reincidencia, de la consideración inadecuada de las agravantes, o de la infracción continuada. De todas estas figuras nos ocuparemos en adelante con más detenimiento, baste aquí decir que el factor determinante de las mismas estriba en la configuración de los hechos²⁴¹. En tales casos, podríamos estar ante la paradoja de no poder volver a sancionar, ex principio de *non bis in ídem*, sin embargo, el legislador ha previsto el instituto de la persistencia continuada en la infracción para evitar que quede impune tal conducta del sujeto responsable. Así la Administración tendría un medio más para velar por sus propios intereses y compeler al cumplimiento de la norma.

El tercer elemento de la triple identidad es el fundamento. El fundamento hace referencia al bien jurídico protegido. Si el bien jurídico que se protege es el mismo, entraría en juego la regla de interdicción de doble sanción. Ello nos lleva

²⁴⁰ Cfr. Supra Parte I, Capítulo 1, Apartado 5. La naturaleza compleja del recargo, de carácter sancionatorio e indemnizatorio le configura como una figura ecléctica, compatible con la responsabilidad de tipo administrativo. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 78. En el mismo sentido MONTROYA MELGAR, A., “El panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 312.

²⁴¹ Cfr. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., pág. 135.

a preguntarnos por el bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores, y en las infracciones a la normativa de prevención de riesgos laborales.

En un esquema ideal, el carácter de última ratio del orden penal reservaría la intervención punitiva del Estado a la protección de los bienes jurídicos más trascendentales, dejando al orden administrativo la protección de los bienes jurídicos de menor trascendencia, y no habría interconexión entre delitos y sanciones. Sin embargo, con frecuencia el derecho penal y el derecho administrativo sancionador vienen a proteger los mismos bienes jurídicos, ya sea por el movimiento de despenalización, ya sea por un cada vez mayor intervencionismo administrativo. Ello hace que los bienes jurídicos que protegen uno y otro ordenamiento coincidan. Una buena muestra de ello es precisamente la protección de la seguridad y salud de los trabajadores por parte de ambos ordenamientos. El bien jurídico que se protege es precisamente ese, la seguridad y salud de los trabajadores, entrando en colisión ambos ordenamientos. Por ello, podemos afirmar en principio que, en este ámbito, va a existir identidad de fundamento entre el Ordenamiento penal y administrativo al sancionar unos mismos hechos, en tanto que el bien jurídico que ambos protegen se identifica²⁴².

2.2.3. Juego procesal del principio *non bis in ídem*.

Una vez analizados los tres elementos que configuran la identidad necesaria para que proceda aplicar el principio, corresponde ahora un análisis de la aplicación de la regla en el orden social, según lo previsto en el artículo 3 TRLISOS que positiva el principio.

²⁴² Cfr. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., pág. 139.

Artículo 3 TRLISOS:

2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.

La prohibición, por lo que a las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionador se refiere, se especifica en una prioridad aplicativa, de tal modo que en caso de que un hecho sea considerado ilícito penal y administrativo, se prefiere la aplicación de la sanción penal sobre la administrativa. La prioridad aplicativa se resuelve, así mismo, en la preferencia procesal penal, suspendiéndose la tramitación administrativa²⁴³.

Así, el artículo 3 TRLISOS regula la suspensión del procedimiento administrativo cuando las actuaciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal. En tal caso, la Administración pasará el tanto de culpa al Ministerio Fiscal y se abstendrá de

²⁴³ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 447.

proseguir el procedimiento administrativo sancionador, que quedará en suspenso hasta que se produzca la resolución judicial.

Un tema a considerar es el momento oportuno para que la Administración suspenda el procedimiento y traslade el asunto al órgano jurisdiccional. Queda claro, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, que la Administración no puede actuar mientras no lo hayan hecho los órganos penales, de modo que estaríamos, como recoge la STC 77/1983, de 3 de octubre ante la “imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos pudieran ser constitutivos de delito o falta”. Pero esa paralización de las actuaciones por parte de la Administración puede llevarse a cabo en momentos distintos, pudiendo preguntarnos si, en cualquier momento se produce la paralización, o propiamente se produciría una vez que se haya dictado la propuesta de resolución que inicia técnicamente el procedimiento administrativo sancionador, no afectando la paralización a las actuaciones previas de investigación²⁴⁴. Ello es una cuestión no menor, ya que en el orden social, si entendemos que la paralización se produce en cualquier momento en que la Administración tenga conocimiento de que el hecho puede ser un ilícito penal, se paralizarían incluso las actividades previas de investigación inspectora que preceden a la extensión del Acta de Infracción. Si, por el contrario, entendemos que lo que se paraliza es el procedimiento administrativo sancionador en sí, hasta que no se extienda el Acta de Infracción que da lugar a su inicio, podrían llevarse a cabo tales actuaciones inspectoras.

Una interpretación en pulcritud del principio del *non bis in ídem* nos llevaría a paralizar cualquier actividad administrativa, incluso las actuaciones inspectoras de investigación. Sin embargo, en la práctica, ello supondría no pequeños inconvenientes. Entre otros, y en el caso de los ilícitos en seguridad y salud de los trabajadores, la suspensión del procedimiento sin haber llevado a cabo la investigación haría imposible una investigación de los hechos con posterioridad,

²⁴⁴ Al respecto, cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 448 y sigs.

en caso de que después se retomara por no considerar ilícito penal el órgano judicial. Si, pongamos por caso, en un accidente de trabajo no se realizan con celeridad las investigaciones inspectoras oportunas, cuando posteriormente el órgano judicial dicte, en su caso, resolución absolutoria, por el tiempo transcurrido se haría harto imposible llevar a cabo una actuación inspectora al respecto, y se imposibilitaría la posible exigencia de responsabilidad administrativa, en caso de no haber responsabilidad penal.

Si, por el contrario, optamos por entender que el procedimiento se paraliza una vez que ya se haya realizado la propuesta de sanción, a través del Acta de Infracción, la suspensión del procedimiento no afectaría a que luego pudiera retomarse, de ser necesario. Además, el Acta de Infracción, con los hechos constatados por el Inspector actuante, con la presunción de certeza que se les reconoce, puede ser de gran utilidad para el órgano jurisdiccional.

Esta segunda opción es la entendemos más acertada, por su virtualidad práctica, y por no contravenir a la norma ni al principio general del *non bis in ídem*, puesto que técnicamente se paraliza el procedimiento sancionador administrativo, no dándose por tanto dos sanciones, ni tampoco dos procedimientos, aunque haya habido actuaciones previas de investigación que no son procedimiento administrativo sancionador en sí.

Por esta solución se inclina Del Rey, quien entiende que el artículo 3 LISOS está estableciendo no tanto la imposibilidad de que unos mismos hechos sean contemplados por dos órdenes punitivos diferentes, administrativo y penal, sino más bien la imposibilidad de que los dos puedan aplicarse. La clave para entender que el momento en el que se suspende el procedimiento es cuando ya se ha efectuado la propuesta de sanción que supone el Acta de Infracción la encuentra Del Rey en la determinación de lo que ha de entenderse por “Administración”, que identifica con “Autoridad Laboral”, que es quien tiene atribuida la competencia para sancionar los hechos en cuestión, y es la que ha de realizar la opción trascendente de paralizar el procedimiento y pasar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal.

Así, el momento en el que la Inspección de Trabajo extiende el Acta de Infracción es el que ha de considerarse oportuno para paralizar el procedimiento por parte

de la Autoridad Laboral, puesto que será en ese momento cuando se habrán dilucidado el sujeto, los hechos y el fundamento, y por tanto, estará la Administración en facultades de poder apreciar la existencia de un posible delito. Hasta entonces, y dado que la investigación se está realizando, no se tienen indicios suficientes como para proceder a la remisión al órgano jurisdiccional penal²⁴⁵.

En el ámbito de la siniestralidad laboral, y tras constatar los altos niveles de la misma, se ha dictado la Instrucción 1/2007, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre profundización en las relaciones entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral, que tiene como antecedente la Instrucción 104/2001, sobre la misma materia. En la misma, queda claro que el Acta de Infracción ha de extenderse orientada a la determinación de las causas objetivas del siniestro producido o del riesgo generado. Igualmente, se prevé que se remita al Ministerio Fiscal las Actas de Infracción, toda vez que, en aras a una mejor coordinación, el momento de paralizar el procedimiento será aquél en el que ya se ha extendido el Acta de Infracción, como venimos manteniendo.

Esta misma Instrucción se hace eco de los efectos que ha tenido una aplicación exorbitante del principio *non bis in ídem*, que ha dejado paralizados administrativamente expedientes administrativos en los que no había identidad de sujetos, quedando así en suspenso el procedimiento administrativo innecesariamente. A este respecto, recuerda que para que entre en juego esta prohibición del *bis in ídem*, ha de haber identidad palmaria de sujetos, hechos y fundamento, en caso contrario, habrá de continuarse el procedimiento, en aplicación de la doctrina constitucional.

Si bien, las normas contenidas en esta Instrucción, en cuanto a la paralización del procedimiento administrativo, son contrarias a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la prohibición del *bis in ídem* en caso

²⁴⁵ Cfr. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., pág. 139.

de persona jurídica responsable administrativamente y persona física responsable penalmente, ya comentada. Precisamente esta Instrucción se dictó para evitar la excesiva paralización de procedimientos administrativos, con la descoordinación que pudiera haber entre ambos procedimientos, y la posibilidad de que hubiera conductas incumplidoras que quedaran impunes. Con la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, volvemos a encontrarnos con los problemas aplicativos que precisamente trató de evitar la Instrucción, tal y como venimos señalando.

Por último, en cuanto a este principio, nos referiremos a los efectos de la Sentencia penal en la resolución administrativa posterior. Resulta claro que, si la Sentencia es condenatoria, no cabe posible sanción administrativa posterior.

Sin embargo, si la Sentencia es absolutoria, al menos teóricamente sí se podría imponer una sanción administrativa, porque no entraría en juego, propiamente, la prohibición del *bis in ídem*. Si bien, habría que tener en cuenta la declaración de hechos probados que haya hecho la Sentencia absolutoria, quedando vinculada la Administración por el pronunciamiento judicial en este sentido, pues es claro que “unos mismos hechos no pueden existir o dejar de existir para los órganos del Estado” tal y como señala la STC 77/1983, de 3 de octubre.

Las dificultades crecen aún más cuando ya no se trata de hechos declarados en la sentencia, sino que ésta se limita a declarar que no fueron probados, pero sin negar la posibilidad de su existencia. En tales casos la Administración podría indagar con sus propios medios, y sancionar si llega a probar los hechos, lo cual, en opinión de Nieto, es lógico pero supone una incongruencia con los principios inspiradores del sistema²⁴⁶. No obstante, entendemos que, en nuestro caso de delitos sociales en prevención, si como hemos visto las actuaciones inspectoras continúan hasta el Acta de Infracción, paralizándose después el procedimiento, es difícil que, sobre la base de un Acta de Infracción, la Sentencia considere que no se han podido probar los hechos. Y en el hipotético caso de que ello fuera así, no tendría asidero alguno que posteriormente la Administración continuara el procedimiento imponiendo la resolución sancionadora.

²⁴⁶ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 459 y sigs.

El artículo 3 TRLISOS cierra con la previsión de que la remisión de las actuaciones al órgano jurisdiccional no afectará a las paralizaciones que se hayan adoptado ante situaciones de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, ni a los requerimientos de subsanación adoptados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones del órgano jurisdiccional penal.

Se explicitan aquí tres circunstancias a las que no afecta la prohibición del *bis in ídem*, y que continúan su curso habitual aun cuando se hayan remitido actuaciones a la jurisdicción penal.

La primera de las circunstancias, relativa a la paralización de trabajos por riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, ya comentada, que continuará su curso aun cuando haya remisión de los hechos al órgano jurisdiccional penal. Más allá de la discusión sobre la naturaleza jurídica de esta medida, como sancionatoria o como medida cautelar, a la que nos referiremos más adelante y hemos adelantado algo un poco más arriba²⁴⁷, tenemos que lo que se protege aquí con esta previsión es la finalidad y funcionalidad de la medida. A los efectos que aquí nos interesa, señalar que la paralización no es una medida sancionatoria propiamente, como hemos indicado, sino una medida preventiva de carácter interdictal²⁴⁸, con naturaleza de “requerimiento cualificado”, compatible por tanto con la iniciación del procedimiento penal. Si lo que se pretende con su adopción es precisamente evitar que los trabajadores estén expuestos a un riesgo grave e inminente, la paralización decretada habrá de cumplirse, siguiendo los cauces oportunos en cuanto a sus alegaciones y levantamiento de la misma. Y ello para evitar que los trabajadores sigan en situación de riesgo grave e inminente, y garantizar así la funcionalidad propia de

²⁴⁷ Cfr. *Infra*, Parte II IV.4.1.

²⁴⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Concurrencia con el orden jurisdiccional penal”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006, pág. 78.

este instituto jurídico. Además, en caso de que se subsanen la situación, al no afectar la remisión al órgano jurisdiccional a la paralización, la Inspección que la hubiere acordado o el empresario podrían levantar la paralización, de acuerdo con el régimen jurídico propio de la misma.

El segundo de los institutos compatibles con el *bis in ídem* son los requerimientos de subsanación de deficiencias, en este caso, el motivo de compatibilidad hace referencia también a la finalidad y funcionalidad propia del instituto, que de por sí es compatible con la sanción, sea penal o administrativa, precisamente por el carácter obligatorio que el artículo 43 LPRL da al requerimiento. En efecto, en caso de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, el Inspector actuante que lo detecte “requerirá”, con carácter obligatorio, la subsanación del mismo, y ello a fin de evitar la exposición de los trabajadores a dichos riesgos. El requerimiento deviene obligatorio en estos casos, y no potestativo, ya que hay riesgo que es preciso evitar. Es por ello que el requerimiento es compatible con la eventual sanción penal que pudiera imponerse, y compatible con el *bis in ídem*.

La última referencia que hace el artículo 3 a que la paralización no afecta a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal, no es más que explicitar que no hay una conculcación del *non bis in ídem*, al no darse la triple identidad, puesto que los hechos no serán los mismos hechos –de ahí que no haya conexión directa- aunque pueda haber identidad de sujetos y de fundamento.

2.3. Culpabilidad.

La culpabilidad es el principio de los aplicados al Derecho Administrativo Sancionador en el que los “matices” son más intensos, hasta tal punto que se ha llegado a dudar de su aplicación en este orden punitivo, si bien, tras la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, no puede dudarse de su aplicación al régimen sancionador administrativo, como manifestación del *Ius Puniendi* del Estado. De acuerdo con Nieto, *con la culpabilidad hemos llegado al mismo*

*corazón del Derecho Administrativo Sancionador*²⁴⁹, y con ello, también llegamos al mismo corazón de la responsabilidad administrativa²⁵⁰.

2.3.1. Planteamiento General

La culpabilidad responde al aforismo latino *nulla poena sine culpa*, entendida ésta como la intencionalidad del sujeto infractor en la comisión del ilícito²⁵¹. Implica la apreciación del elemento subjetivo a la hora de determinar la responsabilidad, de tal manera que no basta con una acción típica y antijurídica, sino que ésta además ha de ser culpable. Ello excluiría la responsabilidad objetiva, siendo imprescindible la culpabilidad como elemento básico de toda infracción administrativa. Así, actualmente se considera que la exigencia de culpabilidad es inexcusable en nuestro sistema, considerando que la culpabilidad, ya sea en forma de dolo, culpa o negligencia es elemento básico de la infracción administrativa²⁵².

Sin embargo, pronto apreciamos que la exclusión de la responsabilidad objetiva no es tan pacífica, y que la culpabilidad, tal y como es entendida en Derecho Penal, precisa de fuertes “matizaciones” para ser aplicada en Derecho Administrativo Sancionador, para así poder preservar la garantía y eficacia del orden sancionador en cuanto tal, y preservar su finalidad represiva y preventiva.

²⁴⁹ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 319.

²⁵⁰ Vid., Supra Parte II, Capítulo 1, Apartado 1.3.

²⁵¹ Cfr. MONERO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El derecho administrativo sancionador del trabajo: Principios y rasgos constitutivos”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 23.

²⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo* vol. 2, cit., pág. 186.

En la actualidad, y sobre todo tras sentar la doctrina constitucional la STC 76/1990, de 26 de abril, queda claro que la responsabilidad administrativa es subjetiva, y que se exige la presencia de culpabilidad al sujeto infractor, si bien, tal culpabilidad no puede extenderse sin más desde el Derecho Penal, sino que habrá que hacer las correspondientes “matizaciones” por la naturaleza propia del Derecho administrativo.

Aun cuando la naturaleza de penas y sanciones es la misma, hay una diferencia fundamental entre ambas, y es que en las sanciones no cabe la privación de libertad. De ahí que la exigencia de culpabilidad se vea atenuada en el Derecho Administrativo Sancionador. De hecho, determinar el grado de operatividad de la culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador es lo que más se discute, esto es, hasta qué punto se ha de exigir la culpabilidad y con qué presupuestos, y ello teniendo en cuenta que en este orden punitivo se acepta la responsabilidad solidaria, que puede ser por hechos de otro, o la responsabilidad de las personas jurídicas, que por la propia naturaleza del ente no pueden tener elemento volitivo. De ahí el interés de delimitar con precisión las peculiaridades de este principio en su aplicación administrativa.

En este sentido, resulta muy interesante el planteamiento crítico que hace Nieto al respecto²⁵³. De acuerdo con este autor, el Derecho Administrativo Sancionador puede contemplarse de dos maneras distintas: o bien como una garantía personal del infractor, al que se defiende contra los abusos del Estado represor; o bien como una garantía de los derechos e intereses sociales, públicos y colectivos agredidos por el infractor y que no se pueden defender por un particular agraviado. La postura de Nieto es la segunda, que considera un deber ético defender para no caer en el individualismo cerril, ahora bien, ello sin olvidar que la defensa de esta segunda postura “no puede considerarse como una opción alternativa u olvido de las garantías jurídicas del infractor, porque los derechos e intereses individuales no deben ser abandonados, y mucho menos

²⁵³ Este planteamiento crítico se expone magistralmente en NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 323 a 327.

suprimidos, por los derechos e intereses sociales sino “superados”, es decir, equilibrados o contrapesados por éstos”²⁵⁴.

Este doble planteamiento del Derecho Administrativo Sancionador se conecta con la Sociedad del Riesgo²⁵⁵, en la que el Estado asume un papel de garante de que los riesgos no se produzcan, o reducir al mínimo su aparición. De ahí que las infracciones hayan pasado de sancionar la producción de un daño, a sancionar la producción de un riesgo.

Por ello, hoy día, “la infracción más generalizada no consiste en la producción de un daño (supuesto ordinario en el Derecho Penal) ni en la producción de un riesgo concreto (también admisible en este Derecho) sino en la de un peligro abstracto. Así es como se explica entonces que las infracciones administrativas sean consecuencia de una inobservancia: el simple incumplimiento de un mandato o de una prohibición de crear riesgos, habida cuenta de que tal inobservancia basta para producir el peligro abstracto. Vistas así las cosas se comprende fácilmente el descenso de nivel de exigencia de la culpabilidad (...) El elemento subjetivo de la culpabilidad pierde la esencialidad característica del delito porque a efectos de la prevención de peligros abstractos lo que al Estado importa no es la culpabilidad sino el mero incumplimiento²⁵⁶”.

Si bien, hay que decir que, aun cuando resulta novedoso, este planteamiento crítico no choca del todo con el planteamiento de la culpabilidad que hace el Tribunal Constitucional en la meritada STC 76/1990, de 26 de abril, en el que manifiesta que la culpabilidad es exigible “aún a título de simple inobservancia”, esto es, el mero incumplimiento lo reconduce el Tribunal Constitucional a la existencia de culpabilidad, si quiera sea levísima.

Un repaso histórico de la aplicación de la culpabilidad al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador nos lleva a apreciar que antes de la Constitución, se

²⁵⁴ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 325.

²⁵⁵ BECK, U., *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, cit., pág. 40 y sigs.

²⁵⁶ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 325.

consideraba que la responsabilidad administrativa era de carácter objetivo, no exigiéndose la culpabilidad, y admitiéndose la simple voluntariedad en la comisión de la infracción²⁵⁷. En línea con este planteamiento jurisprudencial, la doctrina también se refería con frecuencia a la responsabilidad administrativa como responsabilidad objetiva y sin culpa²⁵⁸.

Tras la Constitución, en la que no se recoge de manera expresa este principio, el Tribunal Constitucional, en la meritada STC 76/1990, de 26 de abril, según la cual el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición de exceso o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Esta Sentencia, como tendremos ocasión de ver con más detenimiento²⁵⁹, se plantea la constitucionalidad de la Ley General Tributaria. Concretamente, entre otras cuestiones, se plantea que el artículo 77.1 LGT, por su deliberado silencio en la definición de la infracción tributaria, parecía dar cabida a la responsabilidad

²⁵⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de Derecho Administrativo* Vol. 2, cit., pág. 185, estos autores ponen de manifiesto el paso de la consideración de la responsabilidad administrativa como objetiva, a la exigencia de la culpabilidad: “Se pretendió en tiempos que la responsabilidad administrativa a efectos de sanciones administrativas era una responsabilidad objetiva, que no requería dolo o culpa en la conducta sancionable. Esta posición fue condenada, primero por la jurisprudencia, desde mediados de los años setenta, después por la regla de la aplicación general de los principios del Derecho Penal al derecho sancionador administrativo que recibió respaldo constitucional en el artículo 25, tantas veces citado. Uno de esos principios es justamente el de culpabilidad, que supone imputación y dolo o culpa en la acción sancionable”.

²⁵⁸ Un buen exponente de ello es Del Rey Guanter, quien recogiendo las tesis jurisprudenciales, distingue entre imputabilidad objetiva del resultado, voluntariedad de la acción e intencionalidad del resultado, negando la culpabilidad como elemento del injusto administrativo: “En términos generales, puede decirse que, mientras que en el ámbito penal, la culpabilidad forma parte del tipo del injusto, la misma no se ha considerado normalmente por la norma y la jurisprudencia como necesaria en el ámbito del ilícito administrativo a efectos sancionatorios” DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, cit., pág. 71.

²⁵⁹ Vid Infra, Parte II, Capítulo 1, Apartado 2.5, respecto de la presunción de certeza de las Actas de la Inspección.

objetiva, lo que el Tribunal rechazó: “No puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del *Ius Puniendi* del Estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro Ordenamiento.

En suma, sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave, y culpa o negligencia leve o simple negligencia, principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta negligente de los contribuyentes”.

Ya con anterioridad, desde finales de los años 70 y sobre todo claramente desde los 80, se venía exigiendo la culpabilidad por los Tribunales, por la regla general de aplicación de los principios inspiradores del orden penal al derecho administrativo sancionador²⁶⁰.

Estos breves apuntes históricos nos ponen de manifiesto cómo se ha pasado, en Derecho Administrativo Sancionador, de una responsabilidad objetiva a una responsabilidad subjetiva, y ello por el influjo de la aplicación de los principios inspiradores del orden penal.

En cualquier caso, hemos de señalar que la aplicación no está exenta de dificultades, y de hecho hoy vemos una progresiva vuelta al comienzo, en la que se desliga cada vez más la responsabilidad de la culpabilidad, hasta llegar a una responsabilidad que podríamos denominar cuasi-objetiva, aceptando las infracciones formales por simple inobservancia, o la responsabilidad solidaria, o los casos de responsabilidad por culpa *in vigilando*, todo ello con una atenuación clara de las reglas de culpabilidad.

²⁶⁰ Un buen resumen de la evolución histórica de la jurisprudencia lo encontramos en NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 329 a 338.

2.3.2. Formas de Culpabilidad y su aplicación en el Derecho Administrativo Sancionador Social

Planteadas las cuestiones principales en torno a la culpabilidad, procede ahora centrarnos en clasificar las formas de culpabilidad, y distinguir sus peculiaridades en el ámbito del Derecho Social Sancionador.

Tradicionalmente, en la culpabilidad se distingue el dolo y la culpa o imprudencia. Además, en este ámbito se añade un tercer tipo, la simple inobservancia.

El dolo ha sido ampliamente estudiado en la doctrina penal, a la que los administrativistas se remiten. Por su escasa incidencia en este ámbito, baste aquí recordar que el dolo exige un elemento intelectual y otro volitivo, esto es, conocer y querer expresamente realizar la infracción. En derecho administrativo, como regla, basta la imprudencia, y el dolo no opera más que como elemento de graduación de la sanción²⁶¹.

La enfatización de la culpa o imprudencia como característica esencial de la culpabilidad es un rasgo propio del Derecho administrativo, que lo diferencia en este punto del penal, más centrado en el dolo. Actúa con culpa o imprudencia (o negligencia) quien realiza un hecho típico y antijurídico, no intencionadamente sino por haber infringido un deber de cuidado que personalmente le era exigible y cuyo resultado debía haber previsto²⁶².

La culpa en el Derecho Administrativo Sancionador viene muy atenuada, por la posible existencia de infracciones por simple inobservancia, esto es, infracciones formales, constituidas por una simple omisión o comisión antijurídica que no precisan ir precedidas de dolo o culpa ni seguidas de un resultado lesivo²⁶³. Basta con el mero incumplimiento –simple inobservancia- de un mandato o

²⁶¹ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 340.

²⁶² Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 341.

²⁶³ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 343.

prohibición para que se considere cometida la infracción. En este caso interesa el incumplimiento, y no el resultado, por estar conectado con la producción de un delito en abstracto. Se incrimina una conducta porque produce un riesgo o puede producirlo.

La constitucionalidad de las infracciones por simple inobservancia vino a ser abalada por el Tribunal Constitucional en STC 76/1990, de 26 de abril, en el que manifiesta que la culpabilidad puede ser exigible “aún a título de simple inobservancia”, si bien esta posibilidad ha dado lugar a mucho debate doctrinal, y finalmente el legislador, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas 40/2015 ha optado por no incluirla expresamente en el artículo 28, que lleva por título precisamente principio de responsabilidad, en lugar de principio de culpabilidad, y considera sólo el dolo y la imprudencia, sin mencionar la inobservancia. En cualquier caso, se mencione o no legislativamente, queda claro, como veremos, que la inobservancia implica la creación de un riesgo siquiera abstracto, y como tal, puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad administrativa.

Si nos hemos detenido en estas infracciones formales de simple inobservancia, es porque tienen una gran trascendencia en el ámbito sancionador social, y concretamente en prevención de riesgos laborales. Piénsese, por ejemplo, en la infracción del deber de realizar la evaluación de riesgos laborales en el centro de trabajo. La infracción lo es por no llevar a cabo la evaluación con el alcance y contenidos establecidos en la normativa. Esto es, se tipifica una infracción formal, se haya producido o no riesgo concreto derivado de esa omisión del deber de evaluar. El legislador “presupone” que con esa omisión se produce un riesgo, y por eso lo tipifica, y ello es así independientemente del resultado, e incluso independientemente del riesgo concreto que se pudiera producir por la falta de evaluación. Lo que se tipifica es un riesgo abstracto que se deriva de la falta de evaluación. De hecho, el riesgo concreto a que estén sometidos los trabajadores en el centro de trabajo es el mismo y existe antes y después de la evaluación, ya que para su eliminación efectiva lo que se exige es una actividad ulterior de planificación de medidas preventivas. La mera evaluación en sí no elimina el riesgo concreto, pero sí elimina el riesgo abstracto que implica la falta de conocimiento de los riesgos existentes por falta de evaluación.

Que la simple inobservancia se considere infracción no supone el reconocimiento de una responsabilidad objetiva, si bien, se podría considerar una cierta inversión de la carga de la prueba²⁶⁴, puesto que en los casos de inobservancia, le bastaría a la Administración con probar el incumplimiento para sancionar, y sería el infractor el que habría de probar su diligencia y falta de culpabilidad.

2.3.3. El error y la diligencia debida del empresario

Consecuencia de la aplicación del principio de culpabilidad al Derecho Administrativo Sancionador es que el sujeto que haya cometido una infracción, si está en una situación de error, no puede ser culpable. Y es que, si fuera sancionado en situación de error, se estaría admitiendo una culpabilidad totalmente objetiva, ajena a toda idea de culpa, cosa que no ocurre en nuestro Derecho Sancionador hoy día.

Si bien, esta afirmación de falta de culpabilidad por error, merece matizaciones. Si se entendiera que la responsabilidad es objetiva, no cabría apreciar el error, ya que la responsabilidad sería del sujeto infractor independientemente de que se encontrara en una situación errónea por cualquier causa. La admisión de la culpabilidad da entrada a la posibilidad de apreciar el error.

El error puede ser vencible o invencible, y sólo el primero de ellos excluye la responsabilidad. El error invencible es aquél que no puede evitarse ni empleando la diligencia exigible, puesto que la ignorancia de las normas no excusa de su cumplimiento, como se recoge en nuestro Código Civil, norma que se aplica aquí

²⁶⁴ Cfr. VV.AA., REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORES), *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 254. En contra, Nieto entiende que las infracciones formales no requieren de elemento culpabilístico, cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 342 y sigs.

con carácter subsidiario. Por ello, existe un estrecho margen de error para quien ejerce profesionalmente una actividad²⁶⁵.

Todo ello nos lleva a considerar en este punto la crucial cuestión de la diligencia debida, y es que hablar de culpa, antes o después, es ocuparse del deber de diligencia o cuidado.

El núcleo de la acción culposa es la divergencia entre la acción realizada y la que se debería haber llevado a cabo en función del deber de diligencia que era necesario observar²⁶⁶. Y en este sentido, es distinta la diligencia que se exige a un profesional en la materia y a un lego.

El deber de diligencia, desde un punto de vista subjetivo, tiene en cuenta el nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencia del sujeto. Así, la legislación de seguridad e higiene en el trabajo tiene por destinatarios a los empresarios, que son profesionales en la materia, y no legos, por lo que la diligencia debida que se les exige es de alto nivel, y el error no tiene entrada en este ámbito. Se presupone que conocen la materia y que conocen las obligaciones en cuanto a la seguridad y salud, las especificaciones técnicas de los riesgos de su actividad. Cuando la infracción es cometida en el ejercicio de una profesión, se esfuma la posibilidad de error, porque la norma ha impuesto la obligación de no equivocarse, y opera una suerte de presunción de no equivocación²⁶⁷.

Así, el empresario tiene un especial deber de diligencia, cualificado, por la materia de la que se trata, exigiéndosele una mayor diligencia, que podríamos incluir en el concepto de “un buen empresario diligente”, que vendría a ser

²⁶⁵ Cfr. VV.AA., REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORES), *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 329.

²⁶⁶ Cfr. VV.AA., REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORE), *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 303.

²⁶⁷ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 358.

análogo al concepto civilista del “buen padre de familia”, aplicado en el ámbito iuslaboral.

2.3.4. La Responsabilidad Solidaria en el Derecho Administrativo Sancionador Social

Ya nos referimos a la solidaridad en el marco de las empresas coordinadas que tratamos en la primera parte del presente estudio²⁶⁸. Ahora corresponde, en el marco del principio de culpabilidad, estudiar la cabida del principio de culpabilidad en la responsabilidad solidaria.

Comenzar señalando que la admisión de la solidaridad en el Derecho Administrativo Sancionador es uno de los “matices” en la aplicación de los principios inspiradores del Derecho Penal. De acuerdo con la STC 76/1990, de 26 de abril, “no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero”.

En este sentido, se hace preciso delimitar jurídicamente la figura de la solidaridad, y distinguirla de otras figuras afines²⁶⁹. Para ello, tendremos en cuenta la distinción que hicimos en la primera parte del presente estudio entre autor y responsable²⁷⁰.

En primer lugar, tendríamos el caso de diversos autores independientes responsables de una misma infracción. Propiamente, este no es un caso de

²⁶⁸ Vid., Supra, Parte I, Capítulo 2, Apartado 2.

²⁶⁹ La solidaridad y figuras afines vienen tratadas en NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 381 y sigs.

²⁷⁰ Vid. Supra, Parte I, Capítulo 2, Apartado 2.

solidaridad, y aunque la infracción es única, las multas son independientes. No se trata en rigor de responsabilidad solidaria, sino de varias autorías y varias sanciones.

Un claro ejemplo de esta situación que supone una sola infracción con varios sujetos responsables independientes, y con las consiguientes sanciones independientes lo encontramos en el artículo 24.1 LPRL, como ya tuvimos ocasión de señalar con anterioridad²⁷¹. El apartado primero de dicha norma se refiere a los casos de empresas que concurren en un mismo centro de trabajo con una relación horizontal entre ellas, esto es, sin que haya un empresario que sea titular del centro de trabajo. En tales casos, la norma prevé un genérico deber de cooperación y coordinación entre todas ellas. Ello nos lleva a plantearnos si dicho deber de cooperación se impone de manera común a un colectivo de sujetos, o si, de manera individualizada se atribuyen obligaciones a cada sujeto. En este sentido, cabría distinguir dos fases en la coordinación de actividades empresariales. Una primera fase, en la que se implantarían los medios y mecanismos de coordinación en sí, y una segunda fase, en la que se adoptarían las medidas específicas de cooperación por cada una de las empresas intercurrentes. En la primera fase, tendríamos una obligación única, que corresponde a varias personas conjuntamente, por la vía de la solidaridad. En la segunda fase, tendríamos tantas infracciones y sanciones individuales como incumplimientos de las medidas concretas haya habido²⁷².

²⁷¹ Vid. Supra, Parte I, Capítulo 2, Apartado 2.

²⁷² Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., ÁLVAREZ MONTERO, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, cit., págs. 83-84. De esta división en dos fases del deber del apartado 1 del Artículo 24 disiente FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 75. Según este autor, el genérico deber de cooperación se descompone de concretos deberes de información que se asignan a todos y cada uno de los empresarios intercurrentes, de modo que hay un reparto de obligaciones y se responde individualmente de los incumplimientos. Por ello, habría tantas infracciones y sanciones como sujetos infractores, debiendo todos de responder individualmente de cada una de las infracciones.

El instituto de la solidaridad propiamente se da cuando hay diversos autores responsables solidarios de una misma infracción. Aquí el hecho es único (un incumplimiento) y únicas son la acción y correlativas infracción y sanción. De esa infracción y sanción únicas responden solidariamente todos los partícipes, de tal manera que, satisfecha la multa por uno de ellos quedan todos liberados, y por lo mismo, la Administración puede exigir el pago total a cualquiera de ellos²⁷³.

Un ejemplo de responsabilidad solidaria lo encontramos en el artículo 24.3 LPRL, referido a la contratación o subcontratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, en el que el empresario principal responderá solidariamente de los incumplimientos en prevención de riesgos laborales que se produzcan cuando los trabajos se desarrollen en la empresa principal, y durante el periodo de vigencia de la contrata. Aquí la obligación es única, la de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores empleados en la contrata o subcontrata, y se le impone tanto al empresario directo que emplea a los trabajadores, como al empresario principal, que será responsable solidario *ex culpa in vigilando*, por desarrollarse la prestación de servicios dentro de su campo de control de los riesgos, y al ser él el receptor final de los servicios en los que se generan los riesgos.

Una vez delimitado el concepto de solidaridad, corresponde adentrarnos en la cuestión clave de su relación con el principio de culpabilidad, y preguntarnos si la culpabilidad es exigible en todo caso al responsable solidario. Esta cuestión ha sido abordada por la meritada STC 76/1990, de 26 de abril, que respecto del artículo 38.1 de la Ley General Tributaria, señala que “se conecta con toda nitidez la responsabilidad solidaria a la causación y colaboración en la realización de una infracción tributaria. Lo que permite concluir que también en los casos de responsabilidad solidaria se requiera la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve”.

²⁷³ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 383.

Salva así el Constitucional la necesaria concurrencia de culpabilidad para poder ser responsable administrativamente, aunque lo sea a título de responsabilidad solidaria.

Sin embargo, hay autorizadas voces doctrinales, como es el caso de Nieto, que mantienen que, aunque formalmente se exija la culpabilidad, en realidad el Tribunal Constitucional no está realizando una deducción, sino estableciendo un apriorismo que no aparece justificado en el razonamiento que precede. Ello lo expresa Nieto, además, con algunos ejemplos del orden social precisamente. Así ocurre con la STS de 26 de enero de 2002, que vendría a reconocer implícitamente la responsabilidad objetiva por incumplimiento aunque verbalmente la rechace: “La responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que deriva de las facultades de organización del centro de trabajo siempre que se trate de actividades propias”.

Si bien, de esta Sentencia lo que extraemos, más que la responsabilidad totalmente objetiva por incumplimiento, sería si acaso una responsabilidad cuasi-objetiva, ya que el empresario principal tiene obligación de vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene por el contratista y subcontratista, por lo que de ese incumplimiento respondería el empresario por *culpa in vigilando*, por lo que sí hay culpa, aunque sea leve, no es una mera responsabilidad objetiva.

2.3.5. La culpabilidad en las personas jurídicas

A lo largo del presente estudio hemos tratado de las personas jurídicas y su responsabilidad en distintas ocasiones²⁷⁴. Toca aquí considerar si las personas jurídicas pueden ser culpables y, por tanto, y como segunda cuestión

²⁷⁴ Vid., Supra Parte I, Apartado 2 y Parte II, Capítulo 1, Apartado 1.

dependiente de la anterior, si la culpabilidad es un requisito aplicable en todo caso a la responsabilidad administrativa, como elemento integrante necesario.

Ya quedó dicho cómo tradicionalmente se ha venido exigiendo responsabilidad administrativa a las personas jurídicas, en contra del aforismo *societas delinquere non potest*, por no entrar en juego la libertad personal²⁷⁵. Así partimos de una teoría que se adapta a la realidad, puesto que efectivamente siempre se ha venido manteniendo la necesaria imposición de sanciones a las personas jurídicas, aún en contra del fundamento dogmático, según el cual éstas no pueden delinquir²⁷⁶. En este sentido, reviste especial importancia la STC 246/1991, de 19 de diciembre, en la que se compatibiliza la exigencia de culpabilidad con las personas jurídicas.

Nieto fundamenta la responsabilidad de las personas jurídicas, más que en la culpabilidad, en la capacidad de soportar la sanción, y defiende que a la responsabilidad administrativa se ha de llegar mejor a través de tal capacidad de soportar la sanción que a través de la culpabilidad. Para ello, parte de la diferencia entre autor y responsable²⁷⁷. Así, sostiene que “el infractor es el autor de la infracción y a quien se aplica la regla de la exigencia de la culpabilidad (...) Junto al autor o infractor se encuentra el responsable, que es quien debe soportar las consecuencias de la infracción. Lo normal es que el autor sea el responsable y el único responsable. Pero también es posible que la ley disocie ambas figuras y las concrete en personas distintas (...). Se es infractor por haber realizado el tipo y se es responsable porque así lo declara la ley”. De ahí que este autor defienda que la culpabilidad se le exija al autor, pero no

²⁷⁵ Vid. Supra, Parte I, Capítulo 1, Apartado 2. Como vimos allí, desde la reforma de 2010 las personas jurídicas sí pueden ser merecedoras del reproche penal, si bien para unos delitos concretos tipificados expresamente en el Código Penal. En el caso de los delitos contra los derechos de los trabajadores, no cabe responsabilidad penal de las personas jurídicas.

²⁷⁶ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 394.

²⁷⁷ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 419 y sigs.

necesariamente al responsable²⁷⁸. Ello lo sostiene, nuevamente, con el ejemplo del orden sancionador social, y más en concreto con las infracciones en materia de seguridad y salud, donde “resulta más que dudoso que se exija culpabilidad al empresario infractor dado que la mayoría de los tipos son de peligro abstracto, de mera conducta, de omisión de obligaciones formales, siendo casi una excepción las infracciones de resultado. Los riesgos laborales, en suma, son de mera inobservancia²⁷⁹”.

Sin embargo, como vimos al tratar sobre las formas de culpabilidad, la mera inobservancia es precisamente una de esas formas, por lo que las infracciones de mera inobservancia en prevención de riesgos laborales no son una excepción al requisito de culpabilidad, sino más bien un caso de exigencia de esa culpabilidad de manera atenuada, por la que se llega a una responsabilidad cuasi-objetiva, pero que no llega a ser del todo objetiva, y exige un cierto juicio sobre la culpabilidad en todo caso, incluidas las personas jurídicas, a las que es evidente que no se les exige la culpabilidad en sentido estricto, pues no pueden tener elemento intencional propiamente dicho. Así, la culpabilidad se exige en las personas jurídicas de una manera atenuada, como capacidad de soportar la sanción, y no tanto por un elemento volitivo que no puede haberlo. Ello no supone la admisión de una responsabilidad objetiva, sino que más bien entramos en la óptica de lo que se viene a denominar la responsabilidad “cuasi objetiva”, propia del ámbito del Derecho Social Sancionador, que se expresa en este

²⁷⁸ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 419. Nieto lleva más allá la no exigencia de culpabilidad al responsable, hasta entender que “la responsabilidad por infracciones administrativas se aparta llamativamente de la responsabilidad criminal para aproximarse a la responsabilidad civil (...) en algunas de sus manifestaciones el Derecho Administrativo Sancionador parece estar dejando atrás las aguas del Derecho Penal y adentrándose en las de la responsabilidad civil (...). Estamos hablando, pues, no de quiénes han “hecho” sino de quiénes “responden”. Detrás del autor de la infracción aparece el responsable y sus consecuencias” NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 421. Respecto de la diferencia entre autor y responsable, Vid., *Supra* Parte I, Capítulo 2, Apartado 2 y Parte II, Capítulo 1, Apartado 1.

²⁷⁹ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 425.

ámbito a caballo entre la responsabilidad subjetiva –propia del Derecho Penal- y la responsabilidad objetiva –propia del Derecho Civil- con elementos de ambos tipos de responsabilidades, muy cercana a la objetiva, pero sin invalidar del todo el elemento volitivo.

Para completar el estudio relativo a las personas jurídicas, se hace necesaria una referencia, aunque sea breve, a las Administraciones Públicas. Si las personas jurídicas pueden ser responsables, cabría señalar que la consecuencia lógica sería que las Administraciones Públicas, por su carácter de personas jurídicas, también pueden ser responsables. Sin embargo, la culpabilidad de las personas jurídicas tiene no pocas dificultades, siendo la más palmaria que, si la Administración gestiona los intereses públicos, no puede ser que “culpablemente” lesione tales intereses públicos. Además, tendríamos que, si imponemos una sanción a la Administración Pública, estaríamos ante una Administración que se sanciona a sí misma, esto es, ante la dificultad de admitir la autosanción desde la perspectiva ontológica de la unidad del poder ejecutivo²⁸⁰.

Todos estos problemas han llevado al legislador a buscar fórmulas distintas de las sanciones para responder ante los posibles incumplimientos de la propia Administración, cual es el caso del procedimiento especial que rige en casos de incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de una Administración. Es claro que la realidad nos muestra cómo la Administración puede ser infractora, y se precisa arbitrar mecanismos para la exigencia de responsabilidades al respecto, independientemente de la justificación dogmática que se ofrezca al respecto. Es por ello que el legislador ha optado por establecer un procedimiento específico, desarrollando el artículo 45 LPRL mediante el RD 707/2002, de 19 de julio, para la corrección de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas.

²⁸⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, cit. Pág. 215.

2.3.6. En especial: El deber de seguridad del empresario

Todo lo que venimos diciendo sobre la culpabilidad tiene una especial incidencia en la materia objeto propio del presente estudio. Al empresario titular de la relación laboral se le exige el deber de diligencia cualificado, por afectar la materia de seguridad e higiene en el trabajo al derecho a la vida e integridad física y psíquica. Un deber de diligencia especial que lleva a la responsabilidad al ámbito de la culpabilidad cuasi-objetiva.

Al tratar sobre la culpa, hemos de referirnos necesariamente al deber de cuidado, que puede ser objetivo y subjetivo. El deber de cuidado objetivo hace referencia a la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la misma situación que el autor, y la seguida realmente por el autor. Sin embargo, este juicio de previsibilidad objetiva es de todo punto insuficiente cuando el sujeto al que se impone el deber de cuidado tiene mayores conocimientos y experiencia. En este caso se le exige una mayor diligencia²⁸¹.

Pues bien, el deber de seguridad del empresario, reconocido normativamente en el artículo 14 LPRL es precisamente un ejemplo de este deber de cuidado subjetivo. La ley impone un deber de cuidado subjetivo alto, que no puede ser derivado a otros sujetos –técnicos, servicios de prevención, el propio trabajador-, y que es independiente de los incumplimientos que esos otros sujetos pudieran tener al respecto.

El deber de seguridad se configura como el punto de partida de la normativa y acción preventiva de manera transversal. El artículo 14 LPRL exige al empresario cumplir cuantas medidas sean necesarias para garantizar la protección de los trabajadores. Así, la diligencia se convierte en centro de imputación de responsabilidad, de tal manera que la deuda de seguridad conlleva una alta competencia técnica que la convierte en una obligación cuasi-objetiva. Lo

²⁸¹ Cfr. VV.AA., REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORES), *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 303-304.

necesario desborda lo legal o reglamentariamente previsto, otorgando a la obligación una vocación general de ubicuidad²⁸².

Este deber de seguridad del empresario tiene, por tanto, un amplio contenido, debido fundamentalmente a que el bien jurídico protegido es el mismo derecho a la vida e integridad física y psíquica de los trabajadores. Y es que la prevención consiste en la preparación y disposición que se ha de hacer anticipadamente para evitar un riesgo. Pero el problema es que el “riesgo cero” no existe, y habría que determinar cuándo se alcance lo “posible” en materia preventiva. Para ello, habrá que estar a los adelantos técnicos para proporcionar seguridad²⁸³, tal y como se exige en el Convenio 155 OIT y en la Directiva Marco²⁸⁴, de modo que la razonabilidad de la protección no estará limitada por la capacidad económica ni por la dimensión de la empresa, sino por la capacidad técnica de evitar y disminuir los riesgos.

Consecuencia de esta amplia extensión del deber de seguridad es el estrecho margen que juega la culpa del trabajador en la responsabilidad empresarial²⁸⁵, que conlleva la consideración del deber de seguridad del empresario como incondicionado y prácticamente ilimitado, que se apoya en la *culpa in vigilando, in eligendo e in instruendo* como principal forma de exigencia de la culpabilidad, y de ahí que se trate de una responsabilidad cuasi-objetiva, como venimos manteniendo.

²⁸² NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, cit., pág. 103.

²⁸³ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, cit., pág. 104.

²⁸⁴ Consúltese al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: “La Directiva Marco 89/391/CEE como eje del Derecho Social comunitario de la prevención de riesgos laborales”, en VV.AA., CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R.G. (DIRECTORES), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 1ª ed., 2018, 2ª ed., 2019, págs. 833 y sigs.

²⁸⁵ Vid. Supra, Parte I, Capítulo 3, Apartado 2.

La culpa in vigilando es el nexo por el cual se exige responsabilidad a aquellas personas, físicas o jurídicas, que tienen la obligación de hacer todo lo necesario para que no se produzca la infracción. Concretamente, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales aparecen previsiones sobre la obligación genérica de vigilancia y control tanto de las condiciones de trabajo como del comportamiento y actitud de los trabajadores en la realización de sus tareas, así como en el caso de las otras empresas que presten servicios en el entorno laboral y que obliga a adoptar medidas de coordinación. Ello hace que el empresario acabe siendo responsable de hechos cometidos por otro, por incumplir con su deber de vigilancia²⁸⁶.

En definitiva, la *culpa in vigilando* viene a llenar los casos en los que la exigencia al empresario del deber de seguridad es tan amplia, que casi que podríamos hablar de una responsabilidad objetiva. Si bien, esa responsabilidad no llega a ser del todo objetiva precisamente por la entrada de esta *culpa in vigilando*. Por ello, quizás podríamos hablar de una responsabilidad cuasi-objetiva, pero no de una responsabilidad objetiva propiamente dicha.

Aunque bien es cierto que técnicas de imputación como la *culpa in vigilando* o la responsabilidad solidaria, especialmente en materia preventiva, están próximas a la responsabilidad objetiva, y con ello se introducen particularidades en la comprensión de la culpabilidad en este ámbito sancionador público, que finalmente nos llevan a inclinarnos por la consideración de la responsabilidad como cuasi-objetiva, de tal modo que se exigirá algún tipo de culpabilidad al infractor –si quiera una culpabilidad leve, determinada por la culpa *in vigilando*, *in eligendo* o *in instruendo*-, que se acerca a la responsabilidad objetiva, por la amplia configuración del deber de seguridad, tanto en sus características como en su alcance.

²⁸⁶ Cfr. MONERO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El derecho administrativo sancionador del trabajo: Principios y rasgos constitutivos”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 23.

Esta consideración de la culpa como cuasi-objetiva nos parece más acorde con la sensibilidad postconstitucional que pretende evitar la imposición de sanción de manera objetiva, exigiendo, si quiera, un mínimo de culpabilidad.

2.4. Proporcionalidad

Tras el estudio del principio de culpabilidad, nos adentramos ahora en el de proporcionalidad, que pretende un engarce adecuado entre el incumplimiento y la sanción a imponer.

2.4.1. Cuestiones generales

En una primera aproximación, el principio de proporcionalidad exige la adecuación entre la infracción y la sanción. La proporcionalidad es un criterio de mensurabilidad del ejercicio de las potestades administrativas²⁸⁷. Es el principio que trata de que entre la infracción efectivamente cometida y la sanción que se imponga no exista desproporción, esto es, que no se impongan al sujeto infractor unas consecuencias desproporcionadas con la infracción cometida.

La proporcionalidad entre infracción y sanción no está positivada, constitucional ni legislativamente, si bien, dado su carácter de principio general del derecho informa la globalidad del Ordenamiento, y permite un amplio margen de discrecionalidad al órgano jurisdiccional competente²⁸⁸.

Dado que la proporcionalidad mide la relación entre la infracción y la sanción, tiene un doble ámbito de actuación, por una parte es un mandato al legislador, para que cuando tipifique infracciones y sanciones tenga en cuenta la correlación

²⁸⁷ Cfr. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., pág. 65.

²⁸⁸ STC 65/1982, de 15 de octubre.

entre ambas, y por otro lado es un mandato al órgano aplicador, ya sea administrativo o en su caso jurisdiccional, para que en la imposición de la sanción en sí tengan en cuenta la magnitud del incumplimiento producido²⁸⁹.

En el momento de aplicación del Derecho Sancionador, que es aquí el que más nos interesa, se persigue que haya una valoración de los hechos cometidos, y que, de manera motivada, se imponga la sanción que corresponda de manera proporcional con aquélla infracción.

El principio se manifiesta en dos ámbitos fundamentales, en primer lugar, en la consideración de las infracciones como leves, graves o muy graves. De acuerdo con la gravedad de los hechos cometidos, la sanción que corresponda será más o menos onerosa para el sujeto, tratando de que exista proporción entre la gravedad del hecho cometido y la sanción.

En segundo lugar, se manifiesta también en la graduación de las sanciones, en sus grados mínimo, medio y máximo. Estos dos ámbitos actúan a su vez en los dos planos de los que venimos hablando. La calificación de la infracción como leve, grave o muy grave corresponde al legislador, esto es, en el momento tipificador. Por su parte, la graduación de la infracción en grado mínimo, medio o máximo corresponde al momento aplicador, a la discrecionalidad administrativa.

Así, con este principio se trata de conseguir una doble finalidad que a primera vista parece contradictoria, ya que, por un lado, se pretende otorgar un margen de discrecionalidad a la Administración para que, según las circunstancias del caso, pueda adaptar la sanción, y, por otro lado, lo que se trata es precisamente de limitar esa discrecionalidad de la Administración para evitar sanciones exorbitantes. En realidad, no se trata de una doble finalidad contradictoria, sino de la aplicación a la realidad de la diferencia entre discrecionalidad y

²⁸⁹ Esta doble vertiente del principio de proporcionalidad se ha puesto de manifiesto en VV.AA., SEMPERE NAVARRO, AV., (COORDINADOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, cit., págs. 106-107.

arbitrariedad. Una cosa es que la Administración tenga margen de discrecionalidad, para poder adaptar infracciones y sanciones, y otra que pueda actuar con arbitrariedad en esa discrecionalidad. Como ya hemos señalado con anterioridad a propósito del principio de tipicidad, no podemos partir a priori de que la Administración sea arbitraria. La Administración actúa con discrecionalidad, teniendo en cuenta los intereses protegidos de carácter colectivo. En caso de que esa discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, es cuando corresponde someterla a límites que lo impidan.

En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo, al aplicar el principio de proporcionalidad al ámbito laboral, por ejemplo en STS 15 de marzo de 1988, en la que se señala que “la discrecionalidad que se otorga a la Administración para la imposición de sanciones no es absoluta, sino que se haya sometida a los límites legalmente impuestos y a los que deriven de los principios generales del Derecho, entre los que cobra especial relevancia el principio de proporcionalidad entre medidas y fines”.

Dado que la proporcionalidad implica una adecuada relación entre infracción y sanción, cobra especial relieve la motivación de la resolución sancionadora, que constituye un parámetro para apreciar la adecuada relación entre los hechos y la sanción efectivamente impuesta²⁹⁰. Los actos administrativos limitativos de derechos han de estar suficientemente motivados. La motivación permite al sujeto saber porqué se le impone la sanción, y le permite así el derecho de defensa. Dado que la resolución sancionadora ha de ser motivada, el Acta de Infracción que proponga la consecuente sanción también ha de estarlo, siendo requisito de la misma que se consigne, además de la infracción cometida, la propuesta de sanción y su cuantificación, la calificación de la misma y en su caso su graduación.

Llegamos así a la aplicación más específica del principio de proporcionalidad, que se expresa en la praxis de graduación de las sanciones, como el ámbito donde puede desplegar mayores efectos.

²⁹⁰ VV.AA., SEMPERE NAVARRO, AV., (COORDINADOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, cit., pág. 107.

Las infracciones se califican con arreglo a la ley como leves, graves o muy graves, según la trascendencia del incumplimiento cometido. Una vez calificada la infracción, corresponde a la Administración su graduación con grado mínimo, medio o máximo, que hará variar la cuantía de la sanción correspondiente.

2.4.2. El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador Social

En el ámbito objeto de nuestro estudio, la graduación viene determinada por el juego conjunto de los artículos 39 y 40 LISOS. Concretamente, la materia de prevención de riesgos laborales tiene unos criterios de graduación propios, por la mayor trascendencia que tienen determinados comportamientos del empresario en relación con la infracción, y teniendo en cuenta la trascendencia del bien jurídico protegido, que lo hace diferir de los incumplimientos laborales en sentido estricto, como veremos más adelante cuando tratemos sobre los criterios de graduación de manera específica²⁹¹.

Así, se tienen en cuenta como motivos de agravación de las infracciones en materia preventiva dos bloques fundamentales, uno que incluiría agravantes de carácter objetivo, y otro con agravantes de carácter más subjetivo. En el primer bloque, incluiríamos la peligrosidad de las actividades que se desarrollan en la empresa, el carácter permanente o transitorio de los riesgos, la gravedad de los daños que se hayan producido o podido producirse y el número de trabajadores afectados. En el segundo bloque, se tendrá en cuenta más bien la diligencia del empresario infractor, así se consideran motivos de graduación la actitud general del empresario en prevención de riesgos laborales, ya sea a través de incumplimientos previos de advertencias o requerimientos de la Inspección, o por la inobservancia de propuestas realizadas por los servicios de prevención o el comité de seguridad y salud, o la conducta general del empresario en la observancia de las obligaciones preventivas, así como las medidas de protección

²⁹¹ Vid. *Infra*, Parte II, Capítulo 3, Apartado 2.

individual o colectiva adoptadas por la empresa y las instrucciones impartidas al respecto.

En este sentido, podríamos preguntarnos si el elenco de criterios de graduación es *numerus apertus* o *numerus clausus*. La respuesta ha de ir, de la mano de los principios de tipicidad y proporcionalidad, hacia considerarla como *numerus clausus*. La prohibición de la interpretación analógica que supone el principio de tipicidad nos lleva a inclinarnos a una negación de la apertura de los criterios de graduación. Junto a ello, el principio de proporcionalidad, que exige correlación entre infracción y sanción, hace innecesaria una apertura *ad infinitum* de los criterios agravantes, que conllevaría, además de falta de seguridad jurídica, una aplicación desproporcionada y arbitraria de tales criterios.

Una manifestación concreta del principio de proporcionalidad en relación con estos motivos de graduación son las instrucciones dadas al respecto por parte de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a los Inspectores de Trabajo para la graduación de las sanciones. A través del Criterio Técnico 59/2008, se establecen instrucciones precisas en relación con la graduación de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Como aspecto más destacado del Criterio Técnico, cabe resaltar cómo, a nuestro juicio acertadamente, se indica que no es posible establecer una relación aritmética entre número de criterios aplicados y la graduación de la sanción. Ello conlleva, en consecuencia, dejar un amplio margen de discrecionalidad al Inspector actuante, al ponderar los criterios agravantes que se den en el supuesto de hecho, y decidir la graduación de la sanción a imponer. Si bien es cierto que, a fin de limitar dicha discrecionalidad, sí establece que, en caso de haber un solo criterio de graduación, se prefiere aplicar el grado mínimo o medio.

Además de la relación de los criterios de graduación con el principio de proporcionalidad, también queremos resaltar su relación con otros principios, relación derivada de la interconexión de los principios entre sí, que en última instancia llama a la unidad del ordenamiento jurídico en su conjunto. Y es que en aras del principio del *non bis in ídem*, si una circunstancia ya está prevista en el tipo, no cabe su apreciación, además, como criterio de agravación, pues supondría la doble sanción del mismo hecho. Así, por ejemplo, si tenemos una

infracción muy grave, por entrañar un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores –circunstancia que forma parte del tipo infractor- no se podría además considerar la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse como circunstancia agravante. Ello es una muestra de la aplicación conjunta de los principios de proporcionalidad y *non bis in ídem*. A la relación entre estos dos principios nos hemos referido ya con anterioridad al estudiar el *non bis in ídem*.

Así mismo, la motivación de los criterios que se aplican hace referencia, conjuntamente, a los principios de proporcionalidad y derecho a la defensa. La motivación permite realizar una adecuada ponderación entre los hechos, infracción, sanción y graduación. Al mismo tiempo, la motivación permite al infractor la correcta defensa, por el conocimiento de los hechos que se le imputan y su calificación.

Vemos de este modo como los principios inspiradores están interrelacionados, y cómo en ocasiones resulta tarea no fácil deslindar un principio de otro, por los matices que conllevan, y que hacen necesario un estudio y reflexión de conjunto.

2.5. Presunción de Inocencia. Presunción de certeza de las Actas de Inspección.

2.5.1. Planteamiento general

La presunción de inocencia es uno de los principios inspiradores del Derecho Penal, que se aplica al Derecho Administrativo sancionador, y que entra en juego fundamentalmente en el plano procesal, como principio inspirador del procedimiento sancionador. Se trata de una garantía procedimental del derecho penal extensible a la potestad sancionadora administrativa.

La presunción de inocencia está íntimamente unida al derecho de defensa, y en consecuencia interconectada con el derecho a la prueba. Supone, en ámbito

administrativo sancionador, la prueba cumplida de la realidad reprochable²⁹². Y ello a pesar de las particularidades que vamos a tratar en relación con la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo.

La naturaleza de este principio, igual que ocurría con el principio de *non bis in ídem*, se ha enriquecido con su consideración como derecho fundamental a raíz de su consagración en el texto constitucional²⁹³. En efecto, el artículo 24.2 CE recoge expresamente el derecho de presunción de inocencia, otorgándole rango de derecho fundamental. La consecuencia no es otra que su plena aplicabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, y en su seno, al procedimiento administrativo sancionador por infracciones del orden social.

Siguiendo a la jurisprudencia constitucional, advertimos que el derecho de presunción de inocencia actúa en un doble plano, uno material conformado por el derecho de todo ciudadano a ser considerado inocente, y un plano procesal, a través de la presunción de inocencia que opera tanto en el plano penal como en el administrativo sancionador²⁹⁴.

Es el plano procesal el que aquí llama nuestra atención, y sobre todo por la incidencia que tendrá la presunción de inocencia en relación con otra presunción fundamental en el procedimiento administrativo de orden social, la presunción de certeza de las Actas de la Inspección de Trabajo. Ambas presunciones pueden entrar en colisión, lo que dará lugar a las matizaciones propias con las que los

²⁹² Cfr. MONERO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “El Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo: Principios y Rasgos Constitutivos”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 35.

²⁹³ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 367.

²⁹⁴ STC 109/1986, de 24 de septiembre. En el mismo sentido, Nieto señala que “el objeto de la presunción de inocencia se refiere a dos ámbitos –el de los hechos y el de la culpabilidad- y, además de esta vertiente material, tiene otra segunda inequívocamente formal que se manifiesta y opera a lo largo de todo el proceso” NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 368.

principios inspiradores del orden penal se aplican al derecho administrativo sancionador.

En cuanto al contenido esencial del derecho²⁹⁵, siguiendo las pautas que al respecto otorga la trascendental Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, podemos resumirlo en tres aspectos. En primer lugar, la sanción debe estar basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada. En segundo lugar, la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su inocencia. En tercer lugar, cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

El contenido fundamental así resumido nos lleva a relacionar claramente la presunción de inocencia con los medios probatorios, de modo que los medios probatorios han de existir, ser suficientes, obtenidos válidamente, y su carga corresponde al órgano acusatorio, ya que la prueba de la propia inocencia sería una prueba diabólica²⁹⁶. Todo ello hace que la principal vertiente de la presunción de inocencia comporte la exigencia de la prohibición de sanción sin pruebas.

Ahora bien, a la vista de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, y su exigencia de prohibición de sanción sin pruebas, cabe preguntarnos por su relación con las Actas de la Inspección de Trabajo, y concretamente con la presunción de certeza que la ley les otorga, y la posible colisión entre ambas figuras.

Pero si observamos más de cerca ambas figuras, apreciamos que más que de una colisión entre ambas presunciones, lo que advertimos es que la presunción

²⁹⁵ El contenido esencial del derecho subjetivo a la presunción de inocencia ha sido tratado por BLASCO PELLICER, A., *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 33 y sigs.

²⁹⁶ Con carácter general, la relación entre la prueba y la presunción de inocencia viene tratada en el ámbito genérico del Derecho Administrativo Sancionador por ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 348 y sigs.

de inocencia desde el punto de vista procesal se inserta en la temática de la carga de la prueba, y la redistribución de la misma²⁹⁷, de tal modo que es a ese aspecto, de la carga de la prueba, al que se reduce la discusión de la colisión entre la presunción de certeza de las Actas de la Inspección y la presunción de inocencia.

2.5.2. La presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras

A este respecto, comenzar señalando que la tradicional discusión teórico-dogmática sobre el valor de las actas de inspección²⁹⁸, en el orden social que nos ocupa carece ya de fundamento, toda vez que la ley les ha otorgado presunción de certeza, habiendo hecho suya la doctrina según la cual se las considera como pruebas especiales, con valor superior a las restantes pruebas.

En el orden social, la presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras recogidas en Actas de Infracción y en Informes de la Inspección de Trabajo se reconoce en el artículo 23 de la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo, que reconoce dotados de presunción de certeza los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo que se recojan en las actas de infracción y liquidación que se formalicen con los requisitos legales pertinentes.

Previamente, ya se había recogido esta presunción de certeza en la Ley 42/1997, si bien, se recogía en una Disposición Adicional, dando la impresión así de haberse “colado” en el texto normativo. Ahora se recoge con verdadera carta de

²⁹⁷ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 370.

²⁹⁸ Cfr. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, cit., págs. 413 y sigs. La autora recoge como teorías sobre el valor de las pruebas de las actas de inspección tres principales: la que afirma que las actas de inspección ni siquiera son medio de prueba, la que considera que son pruebas normales como todas las demás, y la que entiende que son pruebas especiales, con un valor superior a las restantes. Esta última teoría es la que ha sido acogida legalmente, y refrendada por el Tribunal Constitucional, como veremos a continuación.

naturaleza, en el articulado del texto, y referida no sólo a los hechos constatados en las Actas, sino también a los hechos constatados y expresados en Informes.

Artículo 23 Presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras

Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación, observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados.

El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como consecuencia de comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables.

No se verá afectada la presunción de certeza a que se refieren los párrafos anteriores por la sustitución del funcionario o funcionarios durante el periodo de la actuación inspectora, si bien se deberá comunicar en tiempo y forma a los interesados dicha sustitución antes de la finalización de aquella, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Como hemos indicado, nuestro ordenamiento jurídico ha recogido tal presunción de certeza. Así, los antecedentes a esta norma los encontramos en la Disposición Adicional 4ª.2 de la anterior Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo 42/1997, y anteriormente en la LISOS.

La naturaleza jurídica de este instituto es la de valor probatorio especial de las actas de inspección²⁹⁹, y ahora con la Ley 23/2015 también de los informes, que

²⁹⁹ En este sentido, cfr. BLASCO PELLICER, A., *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, cit., pág. 95 y ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento sancionador y los derechos fundamentales*, cit., pág. 415.

implica una simple calidad de prueba –no de prueba plena, la presunción es *iuris tantum*, no *iuris et de iure*-, a valorar por el órgano probatorio. La presunción de certeza de las actas equivale a un principio de prueba de los hechos que se consignan en la misma, que habrá de ser contrastada por el órgano sancionador.

En cuanto al fundamento de dicha presunción, Blasco Pellicer lo busca en una combinación de elementos que van desde la imparcialidad y especialización propia de la Inspección de Trabajo, a la finalidad de consecución de un efectivo cumplimiento de la legislación social³⁰⁰.

Con el objeto de delimitar el alcance y contenido de la presunción de certeza, hemos de detenernos en la mencionada STC 76/1990, de 26 de abril, en la que el Tribunal se pronunció sobre la presunción de certeza de las actas de la inspección de tributos, cuyos pronunciamientos al respecto son aplicables a las actas e informes de la Inspección de Trabajo.

El Tribunal reconoce la vigencia del principio de presunción de inocencia en el derecho administrativo sancionador, y se plantea dos cuestiones, a saber, si las actas merecen o no la consideración de medios de prueba admisibles en derecho, y si la presunción de certeza de las mismas es o no compatible con la presunción de inocencia³⁰¹.

Respecto de la primera pregunta, se concluye que las actas son medios de prueba admisibles en derecho, pues no hay obstáculo para así considerarlos, en tanto documentos públicos que recogen hechos constatados por funcionarios públicos en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas, y con arreglo a los requisitos legales.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, comenzar adelantando que la presunción de certeza e las actas no es inconstitucional ni contraria al principio de presunción de inocencia, siempre y cuando se interprete de acuerdo con lo

³⁰⁰ BLASCO PELLICER, A., *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, cit., pág. 96.

³⁰¹ Cfr. BLASCO PELLICER, A., *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, cit., pág. 98 y sigs.

previsto en el Fundamento Jurídico 8º de la propia STC 76/1990, de 26 de abril. El Tribunal hace aquí una interpretación como garante de la Constitución, interpretación que se une, de este modo, al mismo texto constitucional, para explicitar el contenido del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y ello lo hace a sabiendas de que, haber negado la presunción de certeza a las actas supondría dificultades no menores para la persecución de las infracciones administrativas. Y he aquí uno de los “matices” que el procedimiento administrativo sancionador tiene respecto del procedimiento penal, ya que, en el administrativo, este principio, aun aplicándose, se encuentra ciertamente modulado –matizado-, por el juego de la presunción de certeza de las actas de la inspección. El fundamento es claro que podemos encontrarlos en razones de índole pragmática –la eficacia de la acción administrativa-, unida a la imparcialidad propia de los funcionarios de la Inspección de Trabajo –que gozan del carácter de autoridad pública en el caso de los Inspectores, o de agentes de la autoridad en el caso de los subinspectores-, así como su especialización técnica.

La presunción de certeza de las actas se considera constitucional porque, en palabras de la STC 76/1990, “no establece (...) una presunción iuris et de iure de veracidad o certeza de los documentos de la Inspección (que sería (...) incompatible con la presunción constitucional de inocencia), ya que expresamente se admite la acreditación en contrario”. Si la presunción tiene cabida en nuestro régimen constitucional es precisamente por la posibilidad de la acreditación en contrario. Es decir, no se establece una presunción legal que dispense a la Administración de toda prueba respecto de los hechos sancionados. El precepto parte de la existencia de un medio probatorio válido, precisamente la propia acta³⁰².

De hecho, su valor probatorio ha de medirse también a la luz del principio de valoración de la prueba, pudiendo ceder ante otras pruebas. Tal y como recoge la Sentencia, no se trata de que se “establezca una presunción legal que dispense a la Administración, en contra del derecho fundamental a la presunción

³⁰² BLASCO PELLICER, A., *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, cit., pág. 99.

de inocencia, de toda prueba respecto de los hechos sancionados, puesto que el precepto parte justamente de la existencia de un medio probatorio válido en Derecho”. Es decir, no son prueba plena, puesto que pueden ceder ante otras pruebas.

En cuanto al alcance de la presunción, esta abarca a “los hechos que constan en las actas y diligencias e la Inspección tributaria, cuyo valor o eficacia ha de medirse a la luz del principio de la libre valoración de la prueba. A ello debe añadirse que ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas”. Es importante resaltar esta contracción de la presunción de inocencia únicamente a los hechos, sin que alcance a calificaciones jurídicas, opiniones o juicios de valor que se pudieran verter en el Acta por parte del funcionario actuante.

El mismo valor probatorio se otorga a los hechos constatados que figuren en informes de la Inspección de Trabajo, aun cuando no se haya extendido Acta de Infracción. Este reconocimiento legal nos parece crucial, puesto que no toda actuación de la Inspección de Trabajo finaliza con Acta, y los hechos que se constaten, si se recogen en Informe, también se les reconoce la misma presunción de certeza, con valor de prueba.

Si bien, siendo esta presunción de certeza fundamental en el ámbito administrativo, en el ámbito judicial tiene una eficacia limitada. Ya que en estos casos las actas no gozan de una eficacia probatoria absoluta que haga innecesaria la formación de la convicción judicial sobre los hechos, y es que, en vía judicial, las actas no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho, por lo que órgano judicial habrá de ponderar el contenido de las mismas, si bien es cierto que habrá de tener en cuenta que las mismas no tienen la consideración de simple denuncia.

Así, en el proceso penal las actas de inspección sólo tendrán valor de prueba documental una vez que se hayan incorporado al proceso, en concreto, la STC 76/1990 que venimos comentando, al respecto señala que si “el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una *notitia criminis* suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y

en fase del juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el Juez penal libremente aprecie”.

Pero no sólo eso, sino que para la Sentencia, las actas de inspección tampoco pueden prevalecer *ope legis* sobre las demás pruebas en el proceso de revisión de la sanción impuesta, porque no pueden impedir que el juez valore racionalmente todas las pruebas practicadas³⁰³, así señala la sentencias que “en vía judicial, las actas de la Inspección incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el Juez del contencioso forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas”.

Resumiendo, los hechos contenidos en las actas de infracción y en los informes de la Inspección tienen presunción de certeza en el procedimiento administrativo, que no será contraria a la presunción de inocencia, puesto que se trata de una presunción *iuris tantum*, que puede ceder ante las demás pruebas en derecho. Si bien, en el ámbito judicial, tienen la consideración de una prueba más, sometida a las reglas de la libre valoración de la prueba por parte del Juez³⁰⁴. Así, no se da una colisión entre la presunción de certeza del sujeto encausado y la presunción de certeza de los hechos contenidos en el acta de infracción o informes de la Inspección de Trabajo, sino que habrá que estar a las pruebas, jugando la presunción de certeza de los hechos contenidos en actas o informes de la Inspección de Trabajo como presunción de certeza “*iuris tantum*”.

Si bien, no se tratará de una simple prueba más, sino que, por el carácter imparcial y técnico de la Inspección de Trabajo, tendrán un valor cualificado. De

³⁰³ Respecto a la valoración de las actas en vía judicial, cfr. ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, cit., págs. 424 y sigs.

³⁰⁴ En sentido contrario, ALARCÓN SOTOMAYOR considera que las actas, aun no siendo meras denuncias, tampoco tienen un valor probatorio privilegiado que daba prevalecer sobre las demás pruebas practicadas. Entiende esta autora que lo que el TC entiende como presunción de inocencia no es más que el mero valor de prueba de las actas de inspección.

ahí que consideremos *lege ferenda* el refuerzo de este carácter de prueba cualificado, que sin llegar a ser una presunción *iuris et de iure*, que sería contraria a la presunción de inocencia, sí se considerara un carácter de prueba cualificada a la presunción *iuris tantum*.

CAPÍTULO II. INFRACCIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Tras haber analizado la caracterización técnica de la categoría jurídica Responsabilidad Administrativa, y una vez expuestos los principios del Derecho Administrativo Sancionador y su proyección en el ámbito de la Prevención de Riesgos Laborales, corresponde ahora adentrarnos en las infracciones concretas en materia de prevención de riesgos laborales.

Como vimos³⁰⁵, el principio de proporcionalidad exige una adecuación entre la infracción y la sanción. Ello implica un mandato al legislador, para que cuando tipifique las infracciones, tenga en cuenta su gravedad al determinar la sanción correspondiente. Ello ha llevado al legislador a distinguir entre infracciones leves, graves y muy graves en la materia de prevención de riesgos laborales que nos ocupa.

Por ello, en orden a una mayor claridad expositiva, seguiremos el esquema propuesto por el legislador, y analizaremos las infracciones leves (artículo 11 TRLISOS), graves (artículo 12) y muy graves (artículo 13), en apartados distintos.

La clasificación de infracciones en leves, graves y muy graves atiende, por tanto, a la exigencia del principio de proporcionalidad, y a su vez, toma como referencia dos aspectos fundamentales: la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado. Será, por tanto, la propia naturaleza de los riesgos que deban prevenirse, desde el punto de vista de su gravedad, lo que determine la calificación de la infracción como leve, grave o muy grave³⁰⁶.

En el análisis de cada una de las infracciones, tendremos en cuenta la norma sustantiva y la norma tipificadora, puesto que ambas forman el “bloque

³⁰⁵ Vid., Supra, parte II, Capítulo 1, Apartado 4.

³⁰⁶ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 27.

normativo”, complementándose³⁰⁷. En la tipificación de conductas infractoras, el legislador ha optado por prescindir de la reproducción de los mandatos y obligaciones, utilizando la técnica de tipificación remisiva, tanto expresa como residual. Veremos cómo los artículos 11, 12 y 13 de la TRLISOS realizan una lista exhaustiva de conductas tipificadas, para finalizar con cláusulas abiertas, que impidan la impunidad de las conductas merecedoras de desvalor.

Para una comprensión plena de las infracciones, no bastará con detener la mirada en las normas tipificadoras, sino que se requiere el complemento de la norma sustantiva, para poder captar la totalidad de la responsabilidad del sujeto infractor, y ello por cuanto obligación, infracción y sanción forman un trío indisolublemente unido en lo que a responsabilidad administrativa se refiere³⁰⁸.

Es por ello que, para cada infracción, nos referiremos en primer lugar a la normativa de carácter sustantivo material, poniendo de manifiesto su trascendencia como motivación de la entidad o severidad de la sanción, y en segundo lugar nos referiremos a la norma tipificadora –plano adjetivo sancionador-, señalando las peculiaridades del tipo sancionador y los problemas instrumentales.

Por otra parte, y también a efectos de claridad expositiva, tendremos en cuenta conjuntamente que la misma conducta infractora puede tener distinta calificación, en atención a las circunstancias del caso, que hagan que pueda pasar de ser leve a grave, o de ser grave a muy grave. En tales casos, estudiaremos las conductas de manera unitaria, señalando las circunstancias que hacen que la infracción sea calificada de una u otra manera, y las peculiaridades propias de cada una.

³⁰⁷ “Norma sustantiva y norma sancionadora se complementan y forman un bloque en el que cada una de ellas tiene un papel determinado. La primera es definir deberes, la segunda, más que indicar que los incumplimientos de tales deberes son infracciones, debe realizar un encuadre jurídico del “desvalor” exacto que el Ordenamiento jurídico adjudica a tales violaciones”. DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, cit., págs. 180-181. Vid., SUPRA parte II, I. 1.2.1.B).

³⁰⁸ Vid., Supra, Parte I, Capítulo 1, Apartado 3 y Parte II, Capítulo 1, Apartado 1.

1. Infracciones Leves

Las infracciones leves aparecen tipificadas en el artículo 11 TRLISOS, siendo aquéllas cuya gravedad es menor. Se pueden resumir en dos conductas infractoras básicas: por una parte, los incumplimientos formales o documentales (incumplimiento del deber de comunicar accidentes de trabajo leves o incumplimiento del deber de comunicar apertura de centro de trabajo), y por otra parte, los incumplimientos que en principio carecen de trascendencia para la seguridad y salud del trabajador (como la falta de limpieza)³⁰⁹. A ello se añaden dos incumplimientos, también de carácter documental, en el ámbito de la subcontratación en el sector de la construcción.

1.1. La falta de limpieza

La primera infracción leve que contempla el artículo 11 es la falta de limpieza del centro de trabajo.

Artículo 11 TRLISOS: *Son infracciones leves:*

1. *La falta de limpieza del centro de trabajo de la que no se derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores.*

La obligación sustantiva viene recogida en la actualidad en el reglamento de disposiciones mínimas de seguridad y salud de los trabajadores en los lugares de trabajo, aprobado por RD 486/1997, de 14 de abril.

El reglamento establece la obligación del empresario de velar por la seguridad y salud de los trabajadores en los lugares de trabajo, obligación que con carácter general recoge en su artículo 3, según el cual “el empresario deberá adoptar las

³⁰⁹ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 28.

medidas necesarias para que la utilización de los lugares de trabajo no origine riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores o, si ello no fuera posible, para que tales riesgos se reduzcan al mínimo”, y expresamente señala que los lugares de trabajo deberán cumplir las disposiciones mínimas establecidas en este RD en lo que se refiere al orden, limpieza y mantenimiento.

Por lo que se refiere a la concreta obligación de orden, limpieza y mantenimiento, el artículo 5 del mismo texto reglamentario señala que el “orden, limpieza y mantenimiento deberá ajustarse a lo dispuesto en el anexo II”, al que reenvía.

En dicho Anexo II, se detalla lo que sigue, en relación expresa con la limpieza de los centros de trabajo:

- 2. Los lugares de trabajo, incluidos los locales de servicio, y sus respectivos equipos e instalaciones se limpiarán periódicamente y siempre que sea necesario para mantenerlos en todo momento en condiciones higiénicas adecuadas.*

- 3. A tal fin, las características de los suelos, techos y paredes serán tales que permitan dicha limpieza y mantenimiento. Asimismo, se eliminarán con rapidez los desperdicios, las manchas de grasa, los residuos de sustancias peligrosas y demás productos residuales que puedan originar accidentes o contaminar el ambiente de trabajo.*

La limpieza de los lugares de trabajo implica mantenerlos en condiciones de salubridad adecuadas para evitar riesgos a la salud de los trabajadores, de tal manera que la higiene está en el corazón mismo del deber de seguridad genérico del artículo 14 LPRL, hasta que el punto de ser la primera infracción contemplada por la TRLISOS. Y ello por cuanto se considera básica la higiene, limpieza del lugar de trabajo, como presupuesto de una correcta política preventiva dentro de la empresa.

Junto a la normativa genérica, encontramos también recogida en la normativa específica de determinados sectores laborales, la obligación de limpieza. Así por

ejemplo en el artículo 5 del RD 665/1997, sobre protección de los trabajadores frente a la exposición a agentes cancerígenos, establece que el empresario, siempre que utilice un agente cancerígeno, deberá “adoptar medidas higiénicas, en particular la limpieza regular de suelos, paredes y demás superficies”.

Igualmente, el artículo 5 del RD 1216/1997, de seguridad y salud en el trabajo a bordo de buques de pesca, establece que el armador, sin perjuicio de la responsabilidad del capitán, deberá tomar medidas para garantizar la limpieza periódica de los buques y del conjunto de las instalaciones.

También se establece la misma obligación de limpieza en el RD 1389/1997, para proteger la seguridad y salud de los trabajadores en actividades mineras, y en el RD 1627/1997, de seguridad y salud en las obras de construcción.

Queda clara, por tanto, la obligación de limpieza en los centros de trabajo, como mínimo indispensable para la salubridad de los trabajadores.

Por lo que respecta a la infracción, hay que señalar que su incumplimiento puede ser generador de infracción leve del artículo 11.1, o grave, del artículo 12.17. El deslinde entre una y otra infracción se hará teniendo en cuenta si se crea o no riesgo, y si la falta de limpieza es habitual u ocasional. Así, para que la infracción sea calificada como leve, la falta de limpieza no debe generar riesgo alguno para la seguridad y salud de los trabajadores. En segundo lugar, la calificación de leve de la falta de limpieza se producirá cuando el incumplimiento empresarial no tenga el carácter de habitual. Si hay habitualidad de la falta de limpieza, o la generación de un riesgo y por tanto una mayor trascendencia de la conducta infractora, la infracción será calificada como grave.

En este sentido, como señalamos, para que la falta de limpieza sea calificada como infracción leve, no ha de generar riesgo alguno para la seguridad y salud de los trabajadores, puesto que, de generar riesgo, la infracción pasará a ser grave.

Ello nos lleva a plantearnos la posibilidad de sancionar una conducta que, no sólo no genera daño, sino que ni tan siquiera genera riesgo en sí. En este sentido, se hace preciso señalar que existe otros tipos infractores en el TRLISOS en los que no existe riesgo como tal: es el caso de las infracciones de

obligaciones de carácter formal, o aquéllas que refuerzan las obligaciones que tratan de prevenir el riesgo en sí³¹⁰. De este modo, se pone de manifiesto el giro del Derecho Administrativo Sancionador, de una política puramente represiva a otra de tipo preventivo³¹¹, como vimos más arriba³¹², que no sólo trata de sancionar en los casos en los que hay un daño, e incluso no se queda sólo en que el riesgo se produzca, sino que va aún más allá, abriendo la posibilidad a que se sancionen conductas que ni siquiera han producido un riesgo, como es el caso de la falta de limpieza que aquí analizamos, pues si la misma generara riesgo, la infracción ya sería la grave, y no la leve que aquí tratamos. Incluso si ese riesgo que se genera sea leve, la infracción en sí es grave, puesto que la infracción leve exige que no exista riesgo alguno³¹³.

Bien es cierto, que más que no generarse riesgo, lo que aquí se viene a sancionar es más bien el riesgo abstracto, que podría generar una falta de limpieza, aunque de hecho no se llegue a materializar en un riesgo concreto³¹⁴. Se trata de la materialización de la importancia que ha tomado el riesgo en el Derecho Administrativo Sancionador, incluso en su clase más ínfima de riesgo abstracto, y la sanción materializada en los incumplimientos a la normativa

³¹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 30.

³¹¹ Cfr. Al respecto NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 148. Vid., SUPRA, Parte II, I. 1.2.B), sobre el giro que ha dado el Derecho Administrativo Sancionador hacia una política preventiva, propia de un Administración Pública que tiene como fin la gestión del interés público.

³¹² Vid. Parte I, Capítulo 1, Apartado 2.

³¹³ En este sentido, COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley, 2010, pág. 114.

³¹⁴ Vid., Parte I, Capítulo 1, Apartado 3, donde se trata con más detenimiento sobre el riesgo abstracto, o "riesgo potencial" y su virtualidad en el actual Derecho Administrativo Sancionador, y en particular, en su incidencia en la responsabilidad administrativa.

preventiva, aunque no generen daño, y más allá, en un paso más, aunque no generen riesgo.

1.2. Obligaciones de carácter formal o documental.

El TRLISOS prevé una serie de infracciones de carácter formal o documental, que responden a las obligaciones de este tipo contenidas en la LPRL. En estos casos, el bien jurídico protegido no es tanto la propia seguridad y salud de los trabajadores directamente, sino la función fiscalizadora y supervisora de la Administración, eso sí, dirigida en último término a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores³¹⁵. Para que la Administración pueda ejercer adecuadamente su labor de control, y poder así implementar políticas públicas para la mejora de la prevención de riesgos laborales, se precisa que la empresa colabore con obligaciones formales de puesta en conocimiento y comunicación, que, en caso de no ser cumplidas, serán objeto de infracción administrativa.

La apreciación y valoración de la existencia o no de riesgo derivado de la falta de limpieza, y por ende, la calificación como leve o grave de la sanción corresponderá al Inspector de Trabajo en el ejercicio de su función de constatación de hechos, y habrá de expresarlo y motivarlo en el Acta de Infracción que pueda extender al respecto.

1.2.1. Notificación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

La falta de notificación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es otra infracción leve. Así tenemos:

³¹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 30.

Artículo 11.2 TRLISOS:

No dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de leves.

Por lo que se refiere a la norma sustantiva, la obligación de notificar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la encontramos en el artículo 23.3 LPRL, según el cual “el empresario estará obligado a notificar por escrito a la autoridad laboral los daños para la salud de los trabajadores a su servicio que se hubieran producido con motivo del desarrollo de su trabajo, conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente”.

La norma remite al desarrollo reglamentario, si bien, para los accidentes de trabajo, no se ha llevado a cabo, por lo que sigue siendo de aplicación lo dispuesto en la Orden de 16 de diciembre de 1987, teniendo en cuenta también la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico Delt@. Así, los accidentes de trabajo se notifican a través de dicho procedimiento Delt@.

Respecto de las enfermedades profesionales, sin embargo, sí se ha llevado a cabo el desarrollo reglamentario a través del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, y la Orden TAS/1/2007, de 2 de enero, que establece el modelo de parte de enfermedad profesional, a través de la aplicación Cepross.

En cuanto a los accidentes de trabajo, la Orden de 16 de diciembre de 1987 señala que el parte de accidente de trabajo deberá cumplimentarse en aquéllos accidentes de trabajo o recaídas que conlleven la ausencia del accidentado del lugar de trabajo de, al menos, un día, previa baja médica. Dicho documento será remitido por el trabajador a la entidad gestora o colaboradora en el plazo máximo de 5 días hábiles, contados desde la fecha en que se produjo el accidente, o desde la fecha de la baja médica.

Además de la cumplimentación del parte de accidente para los accidentes con baja médica, la Orden de 16 de diciembre de 1987 establece la obligación de cumplimentar una relación de accidentes de trabajo ocurridos sin baja médica, debiendo hacerlo mensualmente, en los cinco primeros días hábiles del mes siguiente al que se refieren los datos.

De esta regulación positiva sustantiva, se desprende que la infracción del artículo 11.2 TRLISOS se produciría por falta de comunicación del parte de accidente, o por falta de comunicación de la relación de accidentes de trabajo sin baja médica. Además, la conducta infractora también se produciría no sólo por la falta total de la notificación, sino también cuando se dé un retraso en su presentación o cuando no se cumplimente adecuadamente³¹⁶.

Por su parte, en cuanto a las enfermedades profesionales, la obligación de notificación de los mismos se desarrolla en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, que establece que la entidad gestora o colaboradora será la que elaborará y tramitará el parte de enfermedad profesional correspondiente. Para ello, el empresario habrá de facilitar a la entidad gestora o colaboradora la información que obre en su poder y que sea requerida para la elaboración del parte. Tenemos, por tanto, que la obligación material de elaborar y tramitar el parte de enfermedad profesional corresponde a la entidad gestora y colaboradora, que contará con los datos que le proporcione el empresario. Si bien, como hemos señalado al principio del presente apartado, el artículo 23.3 LPRL establece como obligación del empresario la de notificar a la autoridad laboral los daños para la salud de los trabajadores. Esta dualidad de sujetos obligados ha llevado a la doctrina a dudar sobre la posible aplicación al empresario de la infracción que supone la falta de notificación de enfermedades profesionales, puesto que la obligación en la práctica recae sobre la entidad

³¹⁶ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 32 y COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 118-119.

gestora o colaboradora³¹⁷. Sin embargo, entendemos que la entidad gestora o colaboradora va a notificar la enfermedad profesional en los términos que le comunique el empresario, teniendo éste la obligación de poner en conocimiento de la Autoridad Laboral los daños que se hayan producido en la salud de los trabajadores.

Nos encontramos en este caso, por tanto, ante un supuesto en que la infracción administrativa distingue entre autor y responsable, a la que ya hicimos referencia más arriba. Como hemos señalado, Autor es el infractor, a quien se le aplicaría la regla de la culpabilidad propiamente dicha. Responsable, sin embargo, será quien debe soportar las consecuencias de la infracción. Lo habitual será que autor y responsable sean el mismo sujeto, pero puede ocurrir que no sea así, como por ejemplo en el caso de las personas jurídicas, en que el autor será la persona física concreta, mientras que la responsabilidad recaerá sobre la persona jurídica en nombre de quien actúa. Así, en este caso, tendríamos que autor podría ser la entidad gestora o colaboradora, y sin embargo va a responder el empresario, que es sobre quien recae la obligación³¹⁸.

La notificación del parte de enfermedad en sí corresponde a la entidad gestora o colaboradora porque el legislador ha tenido en cuenta las características propias de la enfermedad profesional, de aparición prolongada en el tiempo, por lo que pudiera ocurrir que al trabajador se le manifestara la enfermedad cuando ya hubiera dejado de trabajar en la empresa, e incluso cuando la empresa ya hubiera dejado de existir. En tales casos, es evidente que la empresa no va a proceder a efectuar la notificación de la enfermedad profesional. Ello, no

³¹⁷ Parte de la doctrina entiende que no es posible aplicar en la práctica la conducta infractora al empresario, dado que no existe norma reglamentaria estricta que establezca la forma y plazos en los que el empresario tiene que cumplir la obligación contenida en el artículo 23.3 LPRL. En este sentido se manifiesta BLASCO PELLICER, A., "Artículo 46. Infracciones Leves", en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2008, pág. 956.

³¹⁸ Respecto de la diferencia entre autor y responsable, vid.. Supra, Parte I, Capítulo 2, 1. Para la distinción entre autor y responsable que aquí se expone, cfr. también NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 418 a 425.

obstante, sobre el empresario sigue recayendo la obligación prevista en el artículo 23.3 LPRL, y habrá de colaborar con la entidad gestora o colaboradora, en orden a la correcta notificación de la enfermedad profesional.

Por otro lado, se hace preciso deslindar la infracción leve del artículo 11.2 TRLISOS, de la infracción grave prevista en el artículo 12.3 TRLISOS. La calificación de leve o grave de la infracción se hace depender de que el accidente en sí sea calificado como leve o grave, muy grave o mortal. Así, si el accidente es leve, la infracción será leve. Si el accidente es grave, muy grave o mortal, la infracción será la grave prevista en el artículo 12.3 TRLISOS.

Por tanto, la calificación del accidente será la determinante para entender que la infracción que analizamos sea leve o grave. Y en este sentido, hay que señalar que la calificación del accidente la realiza el facultativo que atiende al accidentado, tal y como se deriva del anexo de la Orden de 16 de diciembre de 1987 por lo que se subestima mucho el número de accidentes graves, que en muchos casos son calificados como leves³¹⁹. Además, alguna resolución judicial ha negado la posibilidad de que la Inspección de Trabajo revise la calificación efectuada por el facultativo que atendió al trabajador accidentado en orden a sancionar por la infracción grave tipificada en el artículo 12.3 TRLISOS³²⁰, lo que conlleva que, en este punto, podamos encontrarnos con accidentes de trabajo que, siendo graves, hayan sido calificados como leves, y en caso de no haber comunicación de parte Delt@, o de ser ésta extemporánea o incorrecta, la infracción sólo pueda ser la leve del artículo 11.2 TRLISOS.

Por último en esta infracción, se hace preciso señalar que su finalidad es la de permitir a la autoridad laboral más fácilmente el control de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que tengan lugar en la empresa³²¹, no

³¹⁹ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 117.

³²⁰ STSJ de la Comunidad de Valencia de 30 de junio de 2005.

³²¹ ALCÁZAR ORTIZ, S., “Artículo 11: Infracciones leves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES),

siendo el bien jurídicamente protegido directamente la seguridad y salud del trabajador, sino que el bien jurídicamente protegido es garantizar el control de dichos accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones de promoción y fiscalización de la seguridad y salud laboral. Para ello, resulta trascendental que la Administración Pública pueda tener control sobre los accidentes que se producen.

1.2.2. Comunicación de datos relativos al centro de trabajo

La comunicación de datos relativos al centro de trabajo es importante a efectos de control por parte de las Administraciones Públicas de los datos y actividades que se desarrollan por las empresas. De ahí que la falta de comunicación de datos se considere como infracción, si quiera leve, a fin de garantizar un mínimo de control y vigilancia por parte de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la legítima libertad de empresa, y de ahí la tipificación de este tipo infractor.

Artículo 11.3 TRLISOS establece como infracción leve:

No comunicar a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o cumplimentar, siempre que no se trate de industria calificada por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen.

El deber de comunicación se recoge en la Orden TIN/1071/2010, de 27 de abril, según la cual, la obligación de efectuar la comunicación incumbe al empresario,

Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes, Granada, Comares, 2006, pág. 205.

cualquiera que sea la actividad que realice, con independencia de las comunicaciones que deban efectuarse o de las autorizaciones que deban otorgarse por otras autoridades. La comunicación de apertura o reanudación de actividades se hará por el empresario, previamente o dentro del periodo de treinta días siguientes a la apertura o reanudación.

En el caso de las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación del RD 1627/1997, la comunicación de apertura del centro de trabajo deberá ser previa al comienzo de los trabajos, deberá exponerse en la obra en lugar visible, se mantendrá permanentemente actualizada y se efectuará únicamente por los empresarios que tengan la condición de contratistas.

De acuerdo con el artículo 3 de la Orden TIN /1071/2010, una vez presentada la comunicación ante la autoridad laboral, ésta pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social los expedientes relativos a comunicación de apertura o reanudación de actividades, con objeto de seleccionar aquellas comunicaciones que, por el número de trabajadores afectados, los datos sobre producción o almacenamiento y la propia naturaleza de los riesgos de la actividad, requieran una vigilancia especial en cuanto a las condiciones en materia de seguridad y salud de los trabajadores. De tal modo que, a partir de esas comunicaciones, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social planificará las campañas inspectoras en tales centros de trabajo.

El incumplimiento infractor resultará cuando falte totalmente la comunicación de apertura o de reanudación de trabajos, o cuando los datos comunicados sean inexactos. A su vez, se hace preciso deslindar esta conducta infractora de la infracción grave prevista en el artículo 12.5 TRLISOS, así, la infracción será grave, cuando la falta de comunicación se refiera a industria calificada por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen, esto es, cuando se trate de una de las actividades recogidas en el Anexo I del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención. En cualquier caso, la circunstancia apreciada por el Inspector para calificar la infracción como grave debe necesariamente constar en el acta.

En definitiva, se trata de obligaciones formales cuyo objeto no es propiamente la seguridad y salud de los trabajadores, sino facilitar a los poderes públicos sus funciones en materia preventiva,³²² y de ahí que la autoridad laboral haya de poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo las comunicaciones de mayor trascendencia inspectora, de cara a garantizar la efectiva fiscalización del cumplimiento de las obligaciones preventivas.

1.2.3. Otros incumplimientos de carácter formal

Con el fin de evitar que incumplimientos normativos queden sin tipificar, el apartado 5 del artículo 11 TRLISOS recoge la tipificación de obligaciones documentales o formales en general, y que no estén tipificadas como graves o muy graves. Con esta cláusula de cierre respecto de las obligaciones de carácter formal, se quiere evitar la falta de tipificación de conductas infractoras.

Artículo 11.5 TRLISOS:

Cualesquiera otras que afecten a obligaciones de carácter formal o documental exigidas en la normativa de prevención de riesgos laborales y que no estén tipificadas como graves o muy graves.

Es esta una fórmula de cierre, para poder incluir los incumplimientos formales que no estén incluidos en los apartados 2 y 3 del artículo 11 TRLISOS, y que no tengan una especial gravedad. Con esta fórmula, el legislador pretende que no quede ningún incumplimiento sin sancionar, y para ello utiliza la técnica de la tipificación remisiva residual³²³. En primer lugar, el legislador hace un intento de

³²² COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 123.

³²³ Respecto de la técnica de la tipificación remisiva residual, vid., Supra, Parte II, Capítulo I, Apartado 2.1.3.

tipificación exhaustiva de los incumplimientos a sancionar, y posteriormente, incluye una fórmula de cierre, que trate de evitar que, por el seguimiento férreo del principio de taxatividad, quede algo sin tipificar, y por tanto sin posibilidad de ser sancionado³²⁴.

Si bien, en la práctica, este apartado de cierre tiene poca virtualidad, puesto que el artículo 12.4 TRLISOS prevé como infracción grave “no registrar y archivar los datos obtenidos en las evaluaciones, controles, reconocimientos, investigaciones o informes a que se refieren los artículos 16, 22 y 23 LPRL”, y por tanto, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, el incumplimiento de las obligaciones formales y documentales previstas en estos artículos, tiene sanción prevista como grave, específica.

Así, para que la infracción sea leve, tiene que ser de carácter formal o documental, y venir prevista en la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que supone que las obligaciones del artículo 23 LPRL puedan complementarse con otra normativa de carácter sectorial, y que de ser incumplida tal normativa sectorial, incurrirían en la infracción leve del artículo 11.5 TRLISOS, y ello siempre y cuando la acción u omisión en que consista la infracción no esté recogida como grave o muy grave³²⁵.

Así, la documentación que el empresario ha de conservar a disposición de la autoridad laboral es amplia y variada. Algunos ejemplos de la documentación recogida en normas sectoriales lo encontramos en los RD 664/1997 y 665/1997, en relación con trabajos con exposición a agentes biológicos o cancerígenos, en los que se exige un listado de los historiales médicos. Igualmente, en el RD 1216/1997, se establece la obligación para los armadores de los buques de pesca de adoptar las medidas necesarias para que se realice un informe

³²⁴ Vid., Supra, Parte II, Capítulo 1, Apartado 2.1.3., en que hicimos referencia a la parábola del perro y el lobo, que muestra el absurdo al que puede llevar el principio de taxatividad en la tipificación, si se toma al pie de la letra. Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., págs. 270-271.

³²⁵ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 35.

detallado de los sucesos que ocurran en el mar y que tengan o pudieran tener efecto en la salud de los trabajadores. El RD 413/1997 en los trabajos con riesgo de exposición a amianto, exige la obligatoriedad del documento individual de seguimiento radiológico³²⁶.

1.3. Otros incumplimientos sin trascendencia

Además de los incumplimientos leves de carácter formal, el artículo 11 TRLISOS establece otra fórmula de cierre, para incumplimientos en general, sin trascendencia.

Artículo 11.4 TRLISOS

Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que carezcan de trascendencia para la integridad física o la salud de los trabajadores.

Este apartado, junto con el 5 analizado antes por motivos de claridad expositiva, es también un apartado de cierre, para evitar que haya incumplimientos que queden sin sancionar, tal y como se dijo en el apartado anterior. Para ello se utiliza la misma técnica de tipificación remisiva residual, tratándose de auténticos tipos en blanco³²⁷, que habrán de ser completados con la normativa sustantiva,

³²⁶ Una amplia relación de obligaciones formales sectoriales lo encontramos en ALCÁZAR ORTIZ, S., “Artículo 11: Infracciones leves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 207.

³²⁷ Vid. Parte II, Capítulo 1, Apartado 2.1.3. Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 35.

siendo el tipo lo suficientemente amplio como para dar cobertura a conductas variadas, evitando que un exceso del principio de tipicidad deje sin cobertura sancionadora a conductas reprochables.

En este caso, la infracción será leve siempre que la conducta carezca de trascendencia grave para la integridad física o salud de los trabajadores, es decir, que se podrán sancionar incumplimientos que generen un mero riesgo leve, o incluso que no generen riesgo, esto es, que carezcan de trascendencia³²⁸.

En cualquier caso, de apreciar esta sanción leve, será la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la que, en el supuesto de realizar propuesta de sanción, deba concretar la disposición normativa de la que surge la obligación que se incumple y presentar justificación de que dicho incumplimiento normativo no reviste gravedad para la integridad física o salud de los trabajadores³²⁹.

Si bien, cabe señalar que este precepto tiene poca virtualidad práctica, puesto que generalmente los incumplimientos suelen tener gravedad, y en caso de no tenerla, no suele apreciarse la infracción leve, que queda como fórmula de cierre residual sin aplicación práctica real.

1.4. Infracciones leves en materia de subcontratación en el sector de la construcción

Por último, como infracciones leves, la Ley reguladora del Sector de la Construcción (LSC) incorporó dos infracciones leves en esta materia.

³²⁸ Respecto a la posibilidad de sancionar una conducta que no genere riesgo alguno, recuérdese aquí lo que se dijo a propósito de la falta de limpieza como infracción leve. Vid., Supra, Parte II, Capítulo 2, Apartado 1.1.

³²⁹ ALCÁZAR ORTIZ, S., "Artículo 11: Infracciones leves" en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 207.

1.4.1. Falta de Libro de Subcontratación.

La primera infracción que se tipifica es la falta del libro de subcontratación.

Artículo 11.6 TRLISOS:

No disponer el contratista en la obra de construcción del Libro de Subcontratación exigido por el artículo 8 de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

Se recoge, por tanto, como infracción leve el incumplimiento de la obligación de disponer de libro de subcontratación. Dicho libro de subcontratación se exige en el artículo 8.1 LSC para toda obra de construcción, y debe permanecer en todo momento en la obra, reflejando por orden cronológico desde el comienzo de los trabajos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos, su nivel de subcontratación y empresa comitente, el objeto de su contrato, la identificación de la persona que ejerce las facultades de organización y dirección de cada subcontratista y, en su caso, de los representantes legales de los trabajadores de la misma, las fechas de entrega de la parte del plan de seguridad y salud que afecte a la empresa subcontratista, así como las instrucciones elaboradas por el coordinador de seguridad y salud y las anotaciones efectuadas por la dirección facultativa sobre la aprobación de cada subcontratación excepcional.

La apreciación de esta infracción leve nos lleva a poner de manifiesto lo incongruente de esta infracción tipificada como leve, en especial si la confrontamos con la conducta de no llevar en orden y al día el libro de subcontratación, que se considera como infracción grave.

En lo que se refiere a la calificación de la infracción como leve, sostenemos que es una calificación insuficiente, en especial en relación con la infracción grave del artículo 12.27.b) TRLISOS, que establece como grave el no llevar en orden

y al día el libro de subcontratación. Así, tenemos que carecer de libro de subcontratación es infracción leve y, sin embargo, tenerlo, pero no llevarlo en orden y al día es una infracción grave. Salta que hay una incongruencia al respecto, puesto que no puede ser más gravoso para el sujeto infractor tener que no tener el libro, si no lo lleva en orden y al día. Así, para el empresario sería más rentable no tener en la obra el libro de subcontratación, frente a no tenerlo en orden y al día³³⁰. Parece que lo más coherente sería considerar ambas infracciones como graves. Máxime cuando, aun tratándose de una infracción documental, el libro de subcontratación tiene como finalidad controlar la subcontratación en la construcción y la no superación de niveles³³¹, considerada ésta como causa de la alta siniestralidad del sector, puesto que la descentralización productiva da lugar a una relajación en la prevención de riesgos laborales.

En cuanto al autor del ilícito, señalar que esta infracción corresponde al contratista, que es quien tiene la obligación de tener el libro de subcontratación de la obra.

1.4.2. Falta de documentación o título de posesión de la maquinaria

La última de las infracciones leves, contenida en el apartado 7 del artículo 11 TRLISOS, se refiere a una conducta también omisiva, consistente en no disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, y de cuanta documentación se exigida por las disposiciones legales vigentes.

³³⁰ En este sentido, cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 79.

³³¹ El libro de subcontratación es así un instrumento de control sobre la cadena de subcontratación, que permite al contratista verificar que todos los sujetos participantes respetan las limitaciones de encadenamientos de subcontratas. Cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 242.

Artículo 11.7 TRLISOS:

No disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, y de cuanta documentación sea exigida por las disposiciones legales vigentes.

La obligación sustantiva la encontramos en el artículo 8.2 LSC en el que se establece el deber de documentación del contratista y subcontratista.

Destacar que este deber de documentación no es un “deber formal” sin trascendencia, puesto que lo que se pretende es asegurar que la subcontratación no funciona con empresas “fantasma”, creadas con el único propósito de eludir responsabilidades, se trata de evitar una situación de interposición de terceros para eludir la responsabilidad del verdadero empresario, y para ello se establece la obligación de documentación que acredite que se detentan los medios de producción y, por ende, que se posee la capacidad económica necesaria para actuar en la cadena de subcontratación.

El espíritu de la LSC es el de garantizar la autonomía productiva de los empresarios contratistas y subcontratistas, asegurando que posean los medios humanos y materiales para ejercer la labor como tales empresarios. Es por ello que la finalidad de esta norma sustantiva es asegurar la posesión de los medios materiales para la realización de los trabajos contratados o subcontratados, para lo que se les exige la posesión de la documentación correspondiente, resultando que, en caso de no poseerla, incurrirían en esta infracción leve.

En cuanto a la autoría del ilícito, esta infracción puede ser cometida tanto por contratista como por subcontratista, en el ámbito de ejecución de su contrata, sin que se distinga entre uno y otro en cuanto a la posible autoría.

Por último, poner de manifiesto, que una vez analizadas la totalidad de las infracciones leves, y su deslinde con las infracciones graves en los casos en los que la conducta pudiera ser constitutiva de una u otra, resta añadir que la

trascendencia práctica de dichas infracciones leves es escasa, puesto que en el momento en que la conducta infractora tenga una mayor trascendencia para la seguridad y salud de los trabajadores, la infracción deviene en grave, siendo así que el grueso de las infracciones en la materia está constituido por infracciones graves, que pasaremos a analizar en el siguiente epígrafe.

2. Infracciones Graves

Analizadas las infracciones leves, procede centrarnos ahora en las infracciones graves, que son el grueso de las infracciones tipificadas en el TRLISOS.

El artículo 12 TRLISOS tiene una formación aluvional, habiendo integrado nuevas tipificaciones en las reformas que se hicieron en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, y los sucesivos cambios que se han llevado a cabo por la Ley 50/1998, Ley 54/2003, así como en la Ley 32/2006 de subcontratación en el sector de la construcción. Las modificaciones han obedecido a la necesidad de adaptación a los cambios normativos –por ejemplo, en lo relativo a las novedades introducidas por la legislación de subcontratación en el sector de la construcción-, y sobre todo, a las insuficiencias detectadas en el marco de la vigilancia y fiscalización de la normativa preventiva por los desajustes entre norma primaria y norma secundaria y las exigencias del principio de tipicidad³³². En cualquier caso, tradicionalmente la infracción será grave, si el riesgo es grave, y será muy grave, si el riesgo es grave e inminente.

Por lo que se refiere al estudio de las infracciones graves que vamos a realizar a continuación, señalar que, para una mayor expositiva, no se va a realizar una exposición por orden de sucesión numérica de las infracciones, sino que se

³³² GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 214.

agruparán los tipos infractores en torno a las categorías propias de la prevención de riesgo laborales, con el fin de realizar un estudio de conjunto.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que el objeto del presente estudio es la responsabilidad administrativa del empresario, únicamente nos referiremos a los tipos infractores en los que el sujeto responsable es el empresario, sin entrar en los tipos infractores en los que el sujeto responsable es persona distinta del empresario, puesto que no forman parte del objeto del presente estudio –servicio de prevención ajeno, o entidad especializada en auditoría, por ejemplo, que aun siendo sujetos responsables, no son el empresario, y por tanto ajenos al presente análisis.-.

2.1. Infracciones Formales

Los apartados 3, 4 y 5 del artículo 12 TRLISOS tipifican como infracciones graves el incumplimiento de obligaciones de carácter formal o documental. Algo vimos ya en relación a las infracciones leves³³³ de las que se distinguen. En el presente apartado, anotaremos únicamente las especificidades que no se señalaron con anterioridad, a fin de no resultar repetitivos en la exposición.

2.1.1. Notificación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Como señalamos al tratar las infracciones leves, existe una infracción grave por falta de notificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cuando éstas tengan el carácter de grave o muy grave.

Artículo 12.3 TRLISOS:

No dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las

³³³ Vid., Supra, Parte II, Capítulo 2, Apartado 1.2.

enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales.

Se trata de un supuesto en que la norma sustantiva que se incumple es el artículo 23.3 LPRL, y a lo establecido en la Orden de 16 de diciembre de 1986 para los accidentes de trabajo, teniendo en cuenta también la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico Delt@, y para las enfermedades profesionales en el RD 1299/52006, de 10 de noviembre y la Orden TAS/1/2007, de 2 de enero.

Como especificidad de los accidentes de trabajo, la Orden de 16 de diciembre de 1986 prevé que, para los que se produzcan en el centro de trabajo o por desplazamiento en jornada de trabajo que provoquen el fallecimiento del trabajador, sean considerados como graves o muy graves o el accidente ocurrido en un centro de trabajo afecte a más de cuatro trabajadores, pertenezcan o no en su totalidad a la plantilla de la empresa, el empresario, además de cumplir con la obligación de cumplimentar el parte de accidente, comunicará en el plazo máximo de 24 horas, este hecho por telegrama u otro medio de comunicación análogo a la autoridad laboral en la provincia donde haya ocurrido el accidente.

La infracción se cometerá en los casos de accidentes graves o muy graves, por la falta de comunicación del parte Delt@, del que hablamos en relación con las infracciones leves, o por su comunicación extemporánea o defectuosa. A ello, hemos de añadir que también se cometerá la infracción grave por falta de comunicación urgente en el plazo de 24 horas del accidente acaecido cuando tiene el resultado de fallecimiento, es grave, muy grave o en un centro de trabajo afecta a más de cuatro trabajadores.

La jurisprudencia ha concretado las exigencias de tiempo y forma, señalando que se incurre en el tipo infractor del artículo 12.3 TRLISOS cuando la empresa realiza la comunicación fuera de plazo, pasadas las 24 horas en que ocurrió el accidente (STSJ Comunidad Valenciana de 24 de julio de 2002); también cuando no se concreta el lugar donde acaeció el accidente, lo que impide su investigación por parte de la Autoridad Laboral (SJSJ Asturias de 14 de octubre

de 2002), o cuando los datos relativos a la descripción del accidente se cumplimentan de forma incorrecta (STSJ Madrid de 10 de junio de 2003)³³⁴.

2.1.2. Falta de documentación de la actividad preventiva

El artículo 12.4 TRLISOS sanciona la falta de registro y archivo de los datos obtenidos en las evaluaciones, controles, reconocimientos, investigaciones o informes a que se refieren los artículos 16, 22 y 23 de la LPRL.

Artículo 12.4 TRLISOS:

No registrar y archivar los datos obtenidos en las evaluaciones, controles, reconocimientos, investigaciones o informes a que se refieren los artículos 16, 22 y 23 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

De la propia dicción del precepto tipificador, queda claro cuál sea la normativa sustantiva infringida. Concretamente, al hacer referencia al registro y archivo de datos, queda claro que se trata de obligación puramente documental, formal, y de ahí que el correlato lo tengamos claramente en el artículo 23 LPRL, concretamente en su apartado primero, donde se indica la documentación que en materia de prevención habrá de tener el empresario, a disposición de la Autoridad Laboral y sanitaria en su caso. Concretamente, el empresario ha de disponer del plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos,

³³⁴Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 39, en especial nota 99. Por otra parte, la calificación del accidente como leve o grave corresponde al facultativo que atiende al trabajador, de modo que si el accidente se califica como leve en un primer momento, aunque luego las consecuencias se tornen como graves, al empresario no se le puede exigir que hubiera cumplido en un primer momento con la comunicación urgente en 24 horas, si el accidente fue calificado como leve (STSJ Galicia de 20 de mayo de 2009).

la planificación preventiva, y los resultados de la práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores, así como de la relación de accidentes de trabajo que hayan causado baja superior a un día.

Observamos, por tanto, el artículo 23 LPRL es el complemento formal de las obligaciones sustantivas que se contienen en los artículos 16 y 22 LPRL, por lo que la referencia a los tres preceptos en el artículo 12.4 TRLISOS es a la normativa en su conjunto, si bien, de carácter documental, puesto que las infracciones por falta de evaluación, planificación y de integración de la actividad preventiva tienen su tipificación específica, como veremos más adelante³³⁵.

En cuanto al tiempo de conservación de esta documentación, nada dice el precepto al respecto. Únicamente se señala en el apartado 2 de ese mismo precepto, que cuando tenga lugar el cese debe remitirla a la autoridad laboral. Dado que no se indica una regla temporal fija, entendemos que la documentación habrá de conservarse durante el periodo de prescripción general de las infracciones graves, esto es, 3 años, salvo en caso de cese de la empresa, que habrá de ser remitida a la autoridad laboral en ese momento la documentación que se refiera a los 3 años anteriores al cese. Entendemos que ello es así por cuanto que, en caso contrario, tendríamos que se llegaría al absurdo de obligar a la empresa a guardar la documentación relativa a la prevención de riesgos laborales durante toda su vida, con las dificultades que ello conlleva en la práctica³³⁶. Además, la fecha temporal de 3 años es coherente con el periodo de prescripción de la infracción, que en caso de ser grave, es precisamente de 3 años.

Un tema importante a destacar en torno a este ilícito es su inaplicación práctica. Y ello por cuanto la Inspección de Trabajo al fiscalizar la observancia empresarial de las obligaciones preventivas de integración y vigilancia de la salud, exige al empresario la acreditación documental, y en caso de faltar tal documentación, la

³³⁵ Vid., *Infra*, Parte II, Capítulo 2, Apartado 2.2.

³³⁶ En contra COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 148.

infracción que se aplica no es la tipificada en el artículo 12.4 TRLISOS, sino los tipos a través de los cuales se sanciona el incumplimiento “sustantivo” de estas obligaciones, en los artículos 12.1, 12.2 y 12.6 TRLISOS. En este sentido, la doctrina ha criticado la fiscalización meramente formal que de estas obligaciones hace la Inspección de Trabajo³³⁷, sin embargo, lo que en la práctica ocurre es que, si falta la documentación, no es una mera infracción formal, sino que lo que falta es el cumplimiento de la obligación material en sí, y por eso se sanciona por la obligación sustantiva, y no por la meramente formal. De ahí que, en la práctica, este precepto sancionador no se aplique, y no sólo que no se aplique, sino que esté abonado a la inaplicación en el futuro.

Por otra parte, señalar que la obligación de documentación se desglosaría en dos, la de formación de la documentación, y la de su conservación, siendo precisas ambas obligaciones para el cumplimiento, no bastando sólo con la formación de la documentación si después no se conserva³³⁸.

En cuanto al resto de obligaciones de carácter documental, no incluidas en los artículos 16, 22 ni 23 LPRL, en caso de incumplimiento, no quedarían dentro de este precepto tipificador grave, sino como infracción leve, y ello por el carácter restrictivo del artículo 12.4 TRLISOS, que expresamente se refiere a esos tres artículos, por lo que no podríamos realizar una interpretación analógica extensiva de la infracción grave *in peius* para el infractor, en aras del principio de tipicidad³³⁹.

³³⁷ Al respecto, cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 149.

³³⁸ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 42.

³³⁹ GONZÁLE LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 216.

2.1.3. Falta de comunicación de apertura o de reanudación de tareas en el centro de trabajo

Ya vimos³⁴⁰ que la falta de comunicación de los datos relativos al centro de trabajo se considera infracción, en principio leve, por ser de interés para la Administración Pública el conocimiento de las actividades que se desarrollan en los centros de trabajo, a efectos de vigilancia y control, sin perjuicio de la legítima libertad de empresa.

Si esa falta de comunicación de datos se refiere a actividades consideradas como insalubres o con riesgos especiales, la infracción deviene grave.

Artículo 12.5 TRLISOS:

No comunicar a la autoridad laboral competente la apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe declarar o cumplimentar, siempre que se trate de industria calificada por la normativa vigente como peligrosa, insalubre o nociva por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen.

Se prevé como infracción grave la falta de comunicación o comunicación inexacta a la autoridad laboral competente de la apertura del centro de trabajo o de la reanudación o continuación de los trabajos tras alteraciones o ampliaciones de importancia cuando afecta a industrias consideradas por la normativa vigente como peligrosas, insalubres o nocivas, debido a los elementos, procesos o sustancias que en ellas se manipulen. Se trata de las actividades enumeradas en el Anexo I del RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención (RSP).

Puesto que ya tratamos sobre esta infracción al relacionarla con la leve contenida en el artículo 11.3 TRLISOS, nos limitamos aquí a remitirnos a lo dicho más

³⁴⁰ Vid., Supra, Parte II, Capítulo 2, Apartado 1.2.2.

arriba, teniendo en cuenta que la norma sustantiva que se infringe es la misma, y que lo único que diferencia una y otra es la actividad que se realice en la empresa, que, si es calificada como insalubre, peligrosa o nociva, la falta de comunicación o comunicación inexacta o extemporánea será calificada como grave.

2.2. Infracciones relativas a la integración de la prevención en la empresa.

La prevención de riesgos laborales se articula en torno al deber de seguridad del empresario, recogido en el artículo 14 LPRL. De este deber genérico de seguridad, se derivan una serie de deberes instrumentales, que se desarrollan en los artículos siguientes de la LPRL: Deber de evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva (artículo 16 LPRL), deber de información de los riesgos (artículo 18 LPRL), de formación (artículo 19 LPRL), vigilancia de la salud (artículo 22 LPRL), entre otros.

En cumplimiento de dicho deber de seguridad, a fin de evitar riesgos laborales, el empresario habrá de integrar la prevención en el sistema general de gestión de la empresa, y ello lo hará a través del Plan de Prevención de Riesgos Laborales, cuya finalidad esencial es precisamente la de integrar la prevención en todas las áreas de la empresa (gestión, actividades y departamentos)³⁴¹. Así, el Plan de Prevención de Riesgos Laborales viene a ser el centro de referencia, es decir, el principal instrumento de diseño y contenido de la acción preventiva a través de su integración en la empresa, y del que la Evaluación de Riesgos Laborales y la Planificación de la Actividad Preventiva son sus instrumentos esenciales y necesarios para la gestión y aplicación de dicho plan³⁴².

³⁴¹ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 54.

³⁴² GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., "Artículo 12: Infracciones graves" en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A.,

En caso de incumplimiento de alguna de estas tres obligaciones sustantivas (Plan de Prevención, Evaluación de Riesgos, Planificación de Medidas Preventivas), la norma tipificadora prevé tres infracciones diferenciadas. El artículo 12 TRLISOS tipifica en el apartado 1a) la falta de Plan de Prevención, el apartado 1b) la falta de Evaluación de Riesgos, y en el apartado 6 la falta de Planificación de la Actividad Preventiva.

2.2.1. Plan de Prevención de Riesgos Laborales y su integración en la empresa.

El artículo 12.1.a) TRLISOS inicia el elenco de infracciones graves tipificando la falta de plan de prevención.

Artículo 12.1.a) TRLISOS:

Incumplir la obligación de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

La norma tipificadora, en consonancia con la norma sustantiva, hace girar la integración de la prevención de riesgos laborales en torno al plan de prevención, de tal manera que, en caso de falta de implantación y aplicación del mismo, se incurrirá en la infracción que estamos analizando.

Es el artículo 16 LPRL el que recoge el deber de integración de la prevención en la empresa, llevando la prevención de riesgos al mismo ámbito de gestión de la empresa. Para ello, el legislador considera el Plan de Prevención como el

(DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 218.

instrumento más idóneo para conseguir el objetivo tan ambicioso de que la prevención forme parte del mismo sistema de gestión de la empresa³⁴³.

En este sentido, y tal y como recuerda la Guía Técnica para la Integración de la Prevención de Riesgos Laborales en el Sistema General de Gestión de la empresa³⁴⁴, el Plan comienza con la asunción por parte del empresario de los objetivos y principios preventivos establecidos como política de prevención y se desarrolla en las fases de análisis general de las características de la empresa, diseño del sistema de prevención, implantación del sistema, y en su caso revisión y mejora del sistema³⁴⁵.

El artículo 16 LPRL establece que el Plan deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos, y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención e la empresa. Su desarrollo reglamentario lo encontramos en el artículo 2 RSP, señalando que corresponde al empresario su elaboración, y debe estar a disposición de la Autoridad laboral, de las autoridades sanitarias y de los representantes de los trabajadores.

³⁴³ La reforma que se realizó de la LPRL con la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, pretendía precisamente que la prevención de riesgos laborales dejara de tener un cumplimiento meramente “formal”, y pasara realmente a integrarse en la empresa. Para ello se consideró que el instrumento más idóneo sería el Plan de Prevención. Si bien, las obligaciones preventivas siguen teniendo en buena parte un cumplimiento meramente formal, por cuanto el Plan de Prevención no deja de ser un documento, que no siempre cobra vida en la práctica. Al respecto, cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 43.

³⁴⁴ Cfr. Guía Técnica para la Integración de la Prevención de Riesgos Laborales en el Sistema General de Gestión de la Empresa, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, INSHT, 2009.

³⁴⁵ Cfr. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., “Planificación de la prevención, aspectos jurídicos y aspectos de gestión”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., (DIRECTORES), *Tratado de prevención de riesgos laborales: teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2015, pág. 714.

A su vez, señalar que, en las empresas de hasta 50 trabajadores que no desarrollen actividades del anexo I del RSP (actividades peligrosas o con riesgos especiales), podrán reflejar en un único documento el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, con ello el legislador pretende facilitar la gestión de la prevención de riesgos laborales en la pequeña y mediana empresa, con el criterio de adecuar la legislación a las circunstancias del destinatario de las obligaciones preventivas.

Teniendo en cuenta la norma sustantiva, resultará que la infracción del artículo 12.1a) TRLISOS se producirá por falta de establecimiento y puesta en práctica del Plan de Prevención.

Por lo que se refiere a la existencia de un Plan de Prevención de riesgos que carezca de un contenido real y adecuado, la doctrina ha manifestado dudas respecto a que pueda ser incluido en la infracción, por la escasa regulación de la LPRL, y su poco desarrollo reglamentario. El artículo 12.1.a) se remite a la normativa preventiva, empleando la fórmula tipificadora en blanco “con el alcance y contenido de la normativa de prevención de riesgos laborales”, y dicha normativa es claramente escasa al respecto, puesto que se limita a señalar el contenido del Plan de Prevención, y de ahí las dudas doctrinales para incluir en la infracción la existencia de un Plan de Prevención que carezca de contenido real y adecuado³⁴⁶.

Si bien, en nuestra opinión, la mera existencia del Plan de Prevención no puede ser considerado como bueno, cuando la empresa se ha limitado a cumplir una mera formalidad, pero carece el plan de contenido real, y no es adecuado a la empresa. Y ello por cuanto lo que se pretende con el Plan es, precisamente, evitar un cumplimiento meramente formal, y que la prevención se integre efectivamente en la empresa. Lo que se considera relevante no es sólo que

³⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 219.

exista un Plan, sino su integración y aplicación, de manera que si el Plan es insuficiente para alcanzar el objetivo establecido, estaríamos ante una conducta infractora³⁴⁷.

2.2.2. Evaluación de Riesgos Laborales

El sistema incorporado por la LPRL prevé el plan de prevención como el instrumento fundamental para la integración y gestión de la prevención de riesgos en la empresa. Junto a ello, para la acción preventiva propiamente dicha, se establece la evaluación de riesgos laborales como punto de partida y núcleo central del sistema³⁴⁸. La evaluación de riesgos es tanto un principio de la acción preventiva (artículo 15.1b) LPRL), como una obligación preventiva (artículo 16.1.a) LPRL).

La sociedad del riesgo se caracteriza, precisamente, por la incertidumbre que genera la falta de conocimiento de los riesgos a los que se está expuesto, y de ahí la necesidad de conocer cuáles son esos riesgos, y la importancia del conocimiento en relación con los riesgos³⁴⁹, y la necesidad derivada de la evaluación para tratar de reducir los márgenes de incerteza jurídica, que bloquea y hace difícil operaciones jurídicas como la prueba o la imputación, y frustra los objetivos preventivos, reparadores o sancionadores del Ordenamiento³⁵⁰.

³⁴⁷ En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia, entre otras en STSJ Murcia de 30 de noviembre de 2005, y STSJ Aragón de 14 de enero de 2004.

³⁴⁸ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 44.

³⁴⁹ “En este sentido, la sociedad del riesgo también es la sociedad de la ciencia, de los medios y de la información”. BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, cit., pág. 53.

³⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J.L., “Integración de la gestión de riesgos medioambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., *La*

En la práctica, la prevención de riesgos laborales parte de conocer precisamente cuáles son esos riesgos laborales, y de su conocimiento, poder establecer las medidas para eliminarlos o reducirlos. Se trata de conocer en primer término cuáles son las características de los puestos de trabajo, así como de los equipos y sustancias empleadas, y determinar a continuación qué riesgos entrañan para la seguridad y salud de los trabajadores, considerados en general, o en especial para determinados colectivos de trabajadores sensibles, trabajadoras embarazadas o en lactancia o menores de edad. Todo ello requiere un proceso de evaluación de riesgos laborales, que se va a convertir en eje central y fundamental del sistema.

La evaluación de riesgos laborales es así un principio de la acción preventiva, tal y como recoge el artículo 15.1b) LPRL, cuya obligatoriedad se recoge en el artículo 16.2 LPRL y se desarrolla en los artículos 3 a 7 del RSP.

Así, la evaluación de riesgos se configura como la primera y más importante de las obligaciones del empresario en materia preventiva³⁵¹, ya que supone el punto de partida de la mayoría de las obligaciones específicas, puesto que, de acuerdo con sus resultados, se configurará posteriormente la planificación de medidas preventivas, se determinarán los protocolos a aplicar en la vigilancia de la salud, los EPIS necesarios, las acciones formativas, entre otras cosas.

En cuanto a su contenido, habrá de identificar los riesgos existentes, el estudio de sus causas, el conocimiento de los factores que contribuyen a su existencia y desarrollo, la forma de controlarlo y las probabilidades de que se produzca el siniestro, así como las personas a las que afecta.

prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales, Comares, Granada, 2011, págs. 494 y sigs.

³⁵¹ La evaluación de riesgos se suele considerar como el paso más importante en un proceso de gestión preventiva, y también el paso más difícil y con más posibilidad de cometer errores. Cfr. GARCÍA VALVERDE, M.D., GIRELA MOLINA, B., “Evaluación de riesgos medioambientales y de riesgos laborales”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., (DIRECTORES), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales*, Comares, Granada, 2011, págs. 494 y sigs.

La evaluación de riesgos laborales tiene una triple manifestación, de evaluación inicial, de actualización y de revisión³⁵², y es la base de una buena política empresarial de seguridad, mostrando un carácter esencial e instrumental para la adecuada gestión y aplicación del sistema de prevención.

En primer lugar, la evaluación inicial prevista en el artículo 16.2 LPRL obliga a realizar una evaluación de riesgos laborales inicial, que tendrá en cuenta con carácter general la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Es decir, la evaluación ha de tener un contenido que podríamos denominar “objetivo”, que incluye la naturaleza de la actividad y características de los puestos de trabajo, y un contenido “subjetivo”, que tenga en cuenta las características de los trabajadores que vayan a desempeñar tales puestos de trabajo, y su posible especial sensibilidad. La evaluación de riesgos se realizará también con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias y preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo.

Con esta evaluación inicial se pretende la detección de los riesgos no evitables, a través de un estudio pormenorizado de la actividad productiva, sus características, los riesgos especiales a los que van a estar expuestos los trabajadores y las características personales de los mismos, de tal modo que se consideren las condiciones de trabajo y la especial sensibilidad del trabajador³⁵³.

La evaluación de riesgos laborales es un documento vivo, que habrá de ser modificado cada vez que haya un cambio de entidad en el centro de trabajo, cada vez que se introduzcan novedades en los puestos de trabajo, en el sistema

³⁵² Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 219.

³⁵³ GARCÍA VALVERDE, M.D., GIRELA MOLINA, B., “Evaluación de riesgos medioambientales y de riesgos laborales”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., (DIRECTORES), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales*, cit., pág. 497.

productivo, que requieran una actualización de la evaluación de riesgos. Esto implica que la evaluación de riesgos será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo.

Además de la actualización de la evaluación, se prevé también su revisión con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido. Y es que, si hay un daño para la salud, habrá que analizar si el riesgo que ocasionó el daño estaba contemplado en la evaluación de riesgos, y en qué medida había sido previsto. Puede que el daño para la salud se detecte porque haya un accidente de trabajo, o se detecte en la vigilancia de la salud, o incluso que se aprecie, después de un control periódico, que las actividades de prevención pueden ser inadecuadas o insuficientes.

Igualmente procede la revisión cuando así esté establecido en una norma (artículo 6.1 RSP) o cuando se acuerde entre la empresa y los representantes de los trabajadores ante la previsión de deterioro por el transcurso del tiempo de los elementos que integran el proceso productivo (artículo 6.2 RSP).

Una definición de la evaluación de riesgos laborales la encontramos en el artículo 3 RSP, como “el proceso dirigido a estimar la magnitud de los riesgos que no hayan podido evitarse obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas y en tal caso sobre el tipo de medidas que deben adoptarse”. Con la evaluación se pretende, por tanto, tener la suficiente información como para poder organizar las medidas a adoptar, a través de la planificación de la actividad preventiva, para eliminar o reducir tales riesgos, y por tanto proteger a los trabajadores a su servicio.

El empresario está, además, obligado a realizar evaluaciones específicas de los riesgos para trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente (artículo 26.1 LPRL), para los trabajadores menores de edad (artículo 27.1 LPRL), y para los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (artículo 25 LPRL).

Vista la norma sustantiva, procede ahora analizar el incumplimiento infractor, del que comenzaremos señalando su trascendencia, teniendo en cuenta la obligación tan capilar y básica que es la evaluación de riesgos, base y sustrato

de toda la política preventiva, y de las decisiones preventivas que habrá de tomar el empresario. De ahí que sea, también, una de las infracciones más propuestas en la práctica, dada la trascendencia de la obligación sustantiva, cuya infracción viene a tipificar.

Artículo 12.1.b) TRLISOS:

No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Como vemos, este precepto contiene dos tipos infractores. Por un lado, el primer tipo infractor consiste en “no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales”.

De acuerdo con la redacción del precepto, apreciamos tres conductas infractoras: La primera consiste en la ausencia total o parcial de la evaluación de riesgos. La segunda, en no realizar las actualizaciones y revisiones preceptivas. La tercera, en no realizar los controles periódicos.

Además, se tipifica tanto la ausencia total como la defectuosa, desde el momento que el precepto añade “con el alcance y contenido establecido en la normativa de prevención de riesgos laborales”. Nos encontramos aquí nuevamente con un reenvío a la normativa preventiva, utilizando la técnica de tipificación mediante norma en blanco, que reenvía a la norma sustantiva evitando reduplicaciones innecesarias, y dando margen discrecional para apreciar la comisión de la infracción.

El segundo tipo infractor consiste en “no realizar las actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones”. Esta infracción está claramente conectada con la infracción prevista en el artículo 12.6 TRLISOS, que tipifica “incumplir la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales”.

Vistas ambas infracciones, pudiera parecer que tipificar el no realizar las actividades preventivas que hicieran necesaria los resultados de las evaluaciones no tiene mucho sentido, puesto que por otro lado, la norma tipifica la falta de planificación de la actividad preventiva, y las actividades de prevención entrarían dentro de la planificación de la actividad preventiva, por lo que se estaría tipificando dos veces la misma conducta, y este precepto tipificador estaría abonado a la inaplicación³⁵⁴.

Sin embargo, podemos apreciar cómo la norma sancionadora recoge dos conductas tipificadoras porque el propio artículo 16.2b) LPRL prevé dos obligaciones diferentes, aunque interrelacionadas: gestionar los riesgos evaluados adoptando las actividades preventivas necesarias y la planificación de cada una de ellas. Pero esto plantea el problema de determinar cuáles serían esas “actividades preventivas necesarias”, distintas de la planificación de la actividad preventiva. Por un lado, se podría entender que se trataría de la inactividad del empresario tras la realización de la evaluación de riesgos, e incluso cuando no se ha realizado dicha evaluación de riesgos, puesto que la falta de evaluación no absorbería el resto de inactividad preventiva. Otra posible interpretación sería integrar las actividades de prevención a partir de las medidas señaladas en el artículo 3.1.a) RSP, pero aquí también se trata de medidas igualmente tipificadas (medidas de protección colectiva, protección individual, información y formación...), por lo que sólo quedaría la “prevención en el origen”.

³⁵⁴ En este sentido, cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 47.

En cualquier caso, en esta interpretación llegamos a la misma conclusión de tratarse de una infracción prevista, pero inaplicable e inaplicada³⁵⁵.

Por último, cabe aquí preguntarse por la posible exoneración de responsabilidad por esta infracción cuando el empresario haya concertado la gestión de la prevención de riesgos laborales con un servicio de prevención ajeno, concierto que incluye la evaluación de riesgos, y el servicio de prevención no la haya llevado a cabo, o no lo haya hecho “con el alcance y contenido establecido en la normativa de prevención de riesgos laborales”. Pues bien, si tenemos en cuenta que el artículo 14.4 LPRL establece que la concurrencia de otros sujetos en materia de prevención de riesgos laborales no eximen al empresario de su deber de seguridad, no cabrá la exoneración de responsabilidad por el hecho de haberla concertado con un servicio de prevención ajeno, sin perjuicio de su derecho a repetir o exigir responsabilidades a dicho servicio de prevención³⁵⁶.

2.2.3. Planificación de la Actividad Preventiva

Una vez realizada la evaluación de riesgos laborales, la normativa preventiva establece la obligación de realizar la planificación de riesgos laborales. El artículo 16.2b) LPRL señala que, si de la evaluación se pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario habrá de realizar las actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos. Dichas actividades se gestionarán a través de la planificación de la actividad preventiva, en la que se señalarán los plazos, la designación de personas responsables, y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución.

³⁵⁵ Esta segunda opinión es sostenida por GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES)., *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 221.

³⁵⁶ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 47.

Por su parte, el RSP desarrolla la planificación en los artículos 8 y 9, que recogen cuál ha de ser el contenido de la planificación de la actividad preventiva. Concretamente, el artículo 8 RSP establece la necesidad de planificar teniendo en cuenta la magnitud de los riesgos detectados y el número de trabajadores afectados. Por su parte, el artículo 9 RSP establece el contenido mínimo de la misma, en el que se encuentra la inclusión de los medios humanos destinados a este fin, los medios materiales necesarios, los recursos económicos precisos, las medidas de emergencia previstas, la forma de realizar la vigilancia de la salud, la información y formación de los trabajadores y la forma de coordinar los aspectos señalados estableciendo fases, periodos, y teniendo en cuenta el número de trabajadores afectados.

En caso de incumplimiento, el artículo 12.6 TRLISOS tipifica dos conductas infractoras. La primera, el incumplimiento de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, y la segunda, no realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

Artículo 12.6 TRLISOS:

Incumplir la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, o no realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

Nos encontramos de nuevo con una técnica de remisión en blanco, en que la norma tipificadora reenvía a la sustantiva, si bien la norma sustantiva es lo suficientemente amplia como para dificultar la conducta exactamente tipificada, sobre todo en lo que se refiere a la segunda conducta infractora, la de seguimiento continuo de la misma. La norma sustantiva en la descripción del seguimiento es muy escasa, y sólo se refiere al control de los objetivos propuestos, las fases y prioridades, o el programa anual cuando sea una

planificación por periodos superiores al anual³⁵⁷. Acciones de comprobación directa por el empresario de las actividades preventivas³⁵⁸.

En cualquier caso, el seguimiento de la planificación es distinto de los controles periódicos a que está obligado el empresario, ya que estos están vinculados a la evaluación de riesgos en sí, a actuaciones de fiscalización de las situaciones de riesgos, mientras que el seguimiento debe conectarse a la planificación.

Por otra parte, se plantea también el problema de la relación entre la falta de evaluación y la falta de planificación. Como estamos viendo, la planificación de la actividad preventiva es deudora de la evaluación de riesgos. Será a partir de la evaluación, cuando se establezca la planificación, y una y otra están íntimamente relacionadas. Hasta tal punto que, en caso de falta de evaluación de riesgos, faltará también la planificación. En tal caso, cabe preguntarse si la infracción por falta de evaluación de riesgos subsume la infracción por falta de planificación. Para la solución de este dilema, habría que acudir a la figura del concurso real de infracciones. Se trata de dos conductas diferenciadas, aunque estén íntimamente relacionadas, y la falta de ambas podría dar lugar a la aplicación de ambos tipos infractores, puesto que, aun cuando se trate de conductas interconectadas, son distintas. No habría un concurso medial, puesto que la falta de evaluación no es un medio para cometer la infracción de la falta de planificación, sino que ambas conductas son independientes, y como tales cabe sancionarlas³⁵⁹.

³⁵⁷ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., "Artículo 12: Infracciones graves" en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES)., *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 222.

³⁵⁸ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 49.

³⁵⁹ En contra, cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 49.

La mayoría de las infracciones por deficiente planificación las encontramos por deficiencias en las planificaciones preventivas por ser excesivamente genéricas, sin recoger medidas claras, concretas y ejecutables. Esto se pone especialmente de manifiesto en el caso de los riesgos psicosociales en los que, tras una evaluación específica, se aprecie en la empresa la necesidad de arbitrar medidas preventivas, pero estas se prevean con carácter tan amplio y genérico, que no sea posible asegurar un adecuado seguimiento de las mismas con la finalidad de asegurarse de su efectiva ejecución³⁶⁰. En tales casos, procedería aplicar la infracción del artículo 12.1.b) TRLISOS, por una planificación deficiente.

2.3. Infracciones relativas a la salud de los trabajadores e investigación de accidentes de trabajo

La relación entre el trabajo y la salud de los trabajadores se trata aquí desde dos puntos de vista, por un lado, se considera la infracción relativa a los incumplimientos relacionados con la vigilancia de la salud de los trabajadores, y por otro, la investigación de accidentes de trabajo, considerada en este sentido como actividad “preventiva”, puesto que el conocimiento de las causas que dieron lugar a un accidente arroja luz sobre medidas a adoptar en el futuro para evitar esas situaciones. Se trata de la paradoja “preventiva”, puesto que la investigación del accidente supone prevención a futuro, para planificar conductas que eviten que vuelva a suceder.

³⁶⁰ Los riesgos psicosociales tienen especial incidencia en empresas en las que prestan servicios profesionales de ayuda, con riesgo a sufrir estrés y síndrome de *burn-out*. En tales casos, procederá realizar una evaluación específica de riesgos psicosociales, prever medidas preventivas a través de la planificación, y vigilancia de la salud. Cfr. LUQUE MORALES, J., “La calificación de las patologías derivadas de riesgos psicosociales en el trabajo en el sistema español de Seguridad Social (una visión desde la ITSS)”, *Revista Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo*, UGT, 2019, págs. 75 y sigs.

2.3.1. Vigilancia de la Salud

La falta de vigilancia de la salud viene tipificada en el apartado 2 del artículo 12 TRLISOS:

No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar su resultado a los trabajadores afectados.

Se establece como infracción grave la omisión de los reconocimientos médicos y de las pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan, conforme a la normativa de prevención, o la no comunicación del resultado de todas esas pruebas a los trabajadores. Esto es, nos encontramos con dos conductas infractoras: la no realización de los reconocimientos médicos, por un lado, y la falta de comunicación de sus resultados a los trabajadores, por otro.

La vigilancia de la salud viene recogida, con carácter sustantivo, en el artículo 22 LPRL, según el cual el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia de la salud en función de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo. Así, la vigilancia de la salud sirve para personalizar los riesgos, detectar su dimensión subjetiva, conocer de qué modo repercuten los riesgos existentes de un modo particular en cada trabajador e, incluso, si su conexión con el mismo puede generar un riesgo adicional³⁶¹. Su finalidad, por tanto, no es otra que constatar si algún riesgo inherente al trabajo es incompatible con el estado de salud del trabajador.

Tal vigilancia de la salud será voluntaria para el trabajador, dado su derecho a la intimidad. Así, por el derecho fundamental a la intimidad del trabajador, las

³⁶¹ NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, cit., pág. 116.

posibles excepciones a la voluntariedad del reconocimiento médico han de tener una justificación objetiva y razonable. La regla general será la voluntariedad.

Si bien, en algunos supuestos la voluntariedad se convertirá en obligatoriedad, por la especial trascendencia para la salud de los trabajadores, que hará que ceda el derecho a la intimidad de estos, puesto que no es un derecho de carácter absoluto, y puede ceder ante razones justificadas de interés general³⁶², según exista un interés preponderante y una situación de necesidad objetivable³⁶³.

Así, será obligatoria la vigilancia de la salud cuando el reconocimiento médico sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores, y cuando sea necesario para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa. En estos supuestos es imprescindible informe previo de los representantes de los trabajadores.

Así mismo, será obligatoria la vigilancia de la salud cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con riesgos específicos o actividades de especial peligrosidad. Tal es el caso de la obligatoriedad establecida en el artículo 243 de la LGSS para las empresas con puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales. En este sentido, téngase en cuenta que el catálogo de enfermedades profesionales está en continua revisión, motivado por los cambios que se producen en el mundo del trabajo, que a su vez repercuten en la naturaleza común o profesional de una enfermedad³⁶⁴. En cualquier caso, se

³⁶² Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., "Artículo 12: Infracciones graves" en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 240.

³⁶³ Ver al respecto la STC 70/2009.

³⁶⁴ En este sentido, algunos autores defienden la vocación universalista y de protección indiferenciada de la Seguridad Social, esto es, la instauración plena de un principio de solidaridad social o colectiva excluyente de toda distinción fundada sobre el riesgo. En este sentido, Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., "Integración de la gestión de riesgos medioambientales en la

hace preciso poner de manifiesto la íntima relación entre la vigilancia de la salud y el riesgo de enfermedad profesional, y la necesaria existencia de reconocimiento médico, cuando el trabajador esté expuesto a una posible enfermedad derivada del trabajo.

Igualmente se comprendería dentro de esta obligatoriedad legal aquéllos casos en que la obligatoriedad viniera dada por la norma convencional, cual es el caso del Convenio Colectivo General de Construcción³⁶⁵ que prevé la obligatoriedad de los reconocimientos médicos para los trabajadores de la construcción.

En cualquier caso, la obligatoriedad es una excepción a la voluntariedad, por lo que, aun convirtiéndose en regla general en muchos casos, procede interpretarlo de manera restrictiva, de tal modo que se establecen unos límites a la realización de los reconocimientos médicos. En este sentido, se han de llevar a cabo en función del riesgo inherente al trabajo, lo que prohíbe las vigilancias médicas indiscriminadas, injustificadas o generalizadas³⁶⁶. Además, han de causar las menores molestias al trabajador, y han de ser proporcionales al riesgo, sin poderse realizar más pruebas que las estrictamente necesarias o imprescindibles. Igualmente, la vigilancia de la salud estará sometida a protocolos con respecto a los riesgos a los que esté expuesto el trabajador. En cualquier caso, los reconocimientos médicos serán gratuitos para el trabajador, abonándosele, si a ello hubiera lugar, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa dejara de percibir³⁶⁷.

prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales*, cit., págs. 494 y sigs.

³⁶⁵ Cfr. Artículo 20 del V Convenio Colectivo Nacional del Sector de la Construcción, resolución de 28 de febrero de 2012, (BOE de 15 de marzo de 2012).

³⁶⁶ Vid. *Infra*, Parte II, Capítulo 2, Apartado 2.3.1, en lo relativo a la realización de tests de alcoholemia a los trabajadores.

³⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA,

Tal y como recoge la STS, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2016 , fundamento de derecho tercero, que “el artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) impone al empresario la obligación de vigilar periódicamente el estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo, aunque condicionando esta obligación de vigilancia al consentimiento que voluntariamente preste el trabajador³⁶⁸. Ello significa, en principio, que el empresario debe proponer los reconocimientos médicos, pudiendo el trabajador aceptar o rehusar su práctica. Es acorde, pues, esta norma preventiva con el art. 2.2 de la ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que excluye la ilegitimidad de las intromisiones en el ámbito íntimo de la persona, cuando el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso.

Esta voluntariedad de los reconocimientos médicos figura también en el art. 14.2 de la Directiva 89/391, de 12-6-89, del Consejo de la UE , Directiva "Marco" de seguridad y Salud en el Trabajo, a cuyo tenor las medidas que se adopten para la adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores permitirán que cada trabajador, si así lo deseara, pudiera someterse con regularidad a dicha vigilancia.

Sin embargo, los reconocimientos dejan de ser voluntarios para el trabajador, según el citado artículo 22.1 LPRL, cuando sean "imprescindibles" para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro, tanto para sí mismos como para otras personas, o cuando así esté establecido en una disposición legal con referencia a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 241

³⁶⁸ STS, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2016.

En realidad, se trata de tres excepciones concebidas de forma tan amplia, que en la práctica anulan realmente el requisito general de que el trabajador preste su consentimiento, de modo que la excepción se convierte en norma general, siempre, naturalmente, que la medida no se acuerde fraudulentamente -a lo que, en principio es contrario, una medida asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo- y se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud a que se refieren los apartados 2 y 4 del repetido artículo 22, y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores "en función de los riesgos inherentes al trabajo", de manera que solamente el exceso objetivo en el examen de salud de los trabajadores por no concurrir aquella finalidad o las circunstancias descritas, podría constituir, salvo expreso consentimiento individual del trabajador afectado, una intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad personal.

Así, precisamente porque la obligatoriedad puede llegar a ser la regla general, es preciso que se aseguren el respeto a la intimidad del trabajador, que las pruebas que se determinen sean las menos invasivas, y que se asegure la confidencialidad de los resultados³⁶⁹.

En otro orden de cosas, en cuanto a la periodicidad de los reconocimientos médicos, el artículo 37.3 RSP establece que deberá llevarse a cabo inicialmente después de la incorporación al puesto de trabajo o tras la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud, con la reanudación del trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, y a intervalos periódicos. También puede haber reconocimientos médicos previos a la contratación³⁷⁰ e incluso posteriores a la finalización del trabajo en los supuestos en los que la

³⁶⁹ "Justificada la causa, se admite la intromisión, si es estrictamente necesaria y adecuada a la finalidad preventiva, por lo que las pruebas y su propósito se someterán a un control acorde a la integridad e intimidad personal que el trabajador debe admitir". NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., "El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales", *Revista de Derecho Social*, cit., pág. 116.

³⁷⁰ Algunos Convenios Colectivos así lo prevén, como es el caso del Convenio Colectivo de Metro de Madrid.

naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, a través en este caso del Servicio Nacional de Salud³⁷¹.

El artículo 12.2 TRLISOS prevé, además de la falta de reconocimientos médicos obligatorios, una segunda conducta infractora, cual es la no comunicación de los resultados de la vigilancia de la salud a los trabajadores afectados. La información médica personal debe ser comunicada a los trabajadores, y en caso de no hacerlo así, se incurre en esta segunda conducta infractora.

Por otra parte, como venimos señalando, la información médica personal pertenece a la esfera de la intimidad del trabajador, y por tanto no puede facilitarse al empresario u otras personas sin consentimiento del trabajador, tal y como señala el artículo 22.4 LPRL. De tal modo que el empresario y otras personas con responsabilidades en prevención de riesgos laborales serán informadas únicamente de las conclusiones en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo, o en caso de necesidad de introducir modificaciones o mejorar las medidas de prevención y protección en materia preventiva. Así, el acceso a la información médica del trabajador se limitará sólo al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda darse a conocer al empresario sin el consentimiento expreso del trabajador.

En este sentido, y en lo relativo a la confidencialidad de los resultados de la vigilancia de la salud, señalar que la infracción de ésta supone una infracción muy grave, tipificada en el artículo 13.5 TRLISOS, tal y como veremos más adelante.

Por otra parte, cabría hacer mención aquí a la desproporción en las cuantías sancionatorias en los casos en los que la empresa haya incumplido la obligación de la vigilancia de la salud sólo para un trabajador, o para una multitud de ellos. Así, la infracción sería grave en todos los casos, sin perjuicio de la posible agravación de la misma por el criterio del número de trabajadores afectados. De

³⁷¹ Piénsese en los supuestos de exposición a riesgos por enfermedades profesionales de aparición diferida, tras años de haber cesado en el puesto de trabajo, como es el caso de la silicosis.

todas maneras, parece que sería más acertado establecer una infracción por cada trabajador afectado, a fin de evitar que resulte la misma cuantía sancionatoria si sólo falta la vigilancia de la salud de un solo trabajador, o de la totalidad de los trabajadores de la empresa.

2.3.2. Adscripción de trabajadores a puestos de trabajo incompatibles

El artículo 12.7 TRLISOS considera infracción grave lo siguiente:

La adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Esta infracción pone de manifiesto la importancia del principio general de prevención de riesgos laborales, según el cual se ha de adaptar el trabajo al trabajador. Se ha de tener en cuenta las características personales del trabajador para adscribirlo a puestos de trabajo que no sean incompatibles con su situación psicofísica, tanto por el principio general al que hacemos referencia, previsto en el artículo 15.1d) LPRL, como la consideración de la norma sustantiva contenida en el artículo 25 LPRL, según el cual el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que por sus características personales o estado biológico conocido –incluida la situación de discapacidad– sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Se trata de impedir que se emplee a trabajadores sensibles en puestos que puedan entrañar un peligro para el propio trabajador o para otros trabajadores de la empresa, o en general cuando se encuentren manifiestamente en situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

Junto a este artículo 25 LPRL, hay otras partes del articulado de esta norma que también se refiere a las condiciones de los trabajadores a la hora de encomendarles las tareas, y que por tanto guardan relación directa con esta infracción, como son la previsión de que la utilización de un equipo de trabajo con un riesgo específico para la seguridad y salud quede reservada sólo a los trabajadores encargados de dicha utilización y que su reparación, transformación, mantenimiento y conservación se realice por trabajadores específicamente capacitados para ello (artículo 17.1 LPRL), y el tener en cuenta las capacidades profesionales en materia de prevención de riesgos laborales a la hora de encargar las tareas a los trabajadores (artículo 15.2 LPRL).

El instrumento fundamental para que el empresario pueda conocer qué situaciones entrañan un riesgo para el trabajador o para otros trabajadores de la empresa vuelve a ser la evaluación de riesgos, en torno a la cual se articula toda la normativa de prevención de riesgos laborales. De ahí la necesidad de que la evaluación de riesgos laborales de la empresa identifique a los trabajadores sensibles, ya sea por tener una discapacidad –física, psíquica o sensorial- o por cualquier otro motivo de sensibilidad, e identifique los puestos de trabajo en los que pueden ser empleados, y los puestos de trabajo que no podrán desempeñar, porque pudieran entrañar un riesgo para ellos o para otros trabajadores de la empresa. Junto a ello, la evaluación de riesgos ha de identificar con claridad a los trabajadores empleados en los distintos puestos de trabajo, a fin de asegurar la adaptación del puesto de trabajo a la persona trabajadora, y tener en cuenta sus características psicofísicas y su incidencia en el entorno laboral.

Y junto a la evaluación de riesgos laborales, será aquí también de una importancia trascendental la vigilancia de la salud, puesto que la especial sensibilidad de los trabajadores en muchas ocasiones se conocerá, precisamente, por los resultados que arrojen los reconocimientos médicos. Es decir, detectadas en la vigilancia de la salud las condiciones especiales, habrán de tenerse en cuenta en la evaluación de riesgos laborales.

En cualquier caso, estas características personales han de ser conocidas por el empresario, bien porque sean obvias, o porque se revelan tras la vigilancia de la salud o es informado por el propio trabajador. Para que el empresario pueda desplegar un plus de protección a los trabajadores, habrá de conocer de algún

modo la situación en la que éste se encuentra, puesto que en otro caso decaería la obligación del empresario, y este no incurriría en el tipo³⁷². Si bien, en caso de “desconocimiento” de la situación de especial vulnerabilidad, habría que entrar a considerar si este desconocimiento es por haber incumplido el empresario el deber de vigilancia de la salud, en cuyo caso estaríamos ante la infracción prevista en el artículo 12.2 TRLISOS, por falta de vigilancia de la salud. Si ha habido vigilancia de la salud, y en ella no se ha puesto de manifiesto la situación de sensibilidad del trabajador, y en definitiva las características personales del trabajador no se conocían, quedaría en el ámbito del caso fortuito, y por tanto, no se podría imputar responsabilidad al empresario por destinar al trabajador a un puesto que no es compatible con su estado³⁷³.

Si el trabajador manifiesta al empresario una especial sensibilidad, o ésta se deduce de los resultados de la vigilancia de la salud, el empresario habrá de adoptar las medidas necesarias para la eliminación o reducción del riesgo. Dichas medidas podrían ser desde la adaptación del puesto de trabajo, la recolocación de los trabajadores en otro puesto de trabajo compatible con su estado, o incluso hasta la no contratación de trabajadores para ocupar un determinado puesto de trabajo o su despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

El principio general previsto en el artículo 15.1d) LPRL y el artículo 25 LPRL imponen al empresario, en definitiva, un especial deber de selección de los trabajadores, que deberán ser los más adecuados y capacitados para cada puesto de trabajo, prestando especial atención a los trabajadores especialmente vulnerables a riesgos.

³⁷² GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 243.

³⁷³ Cfr. PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “Artículo 13: Infracciones muy graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 261.

En caso de que el empresario no cumpla con el deber de tener en cuenta las características psico-físicas del trabajador al encomendarle las tareas, incurriría en una suerte de culpa *in eligendo*, por no haber tenido en cuenta las características personales del trabajador ni su estado psicofísico –sea permanente o transitorio- a la hora de encomendarle las tareas³⁷⁴. Esta responsabilidad *in eligendo* ejerce toda su virtualidad tanto en el momento de contratación como en el momento dinámico del despliegue de la relación laboral. Así lo entiende la jurisprudencia, que considera conforme a derecho la no contratación de una trabajadora como maquinista en el metro de Madrid, por no reunir las condiciones psico-físicas requeridas, de acuerdo con lo previsto en el Convenio Colectivo, según el cual las contrataciones deberán ir precedidas de la aptitud en el preceptivo y previo reconocimiento médico, y ello precisamente para garantizar que las funciones que se le van a encomendar no puedan suponer un menoscabo para la salud de la persona que va a ser contratada³⁷⁵.

En el mismo sentido, se entiende como ineptitud sobrevenida del trabajador y causa de despido objetivo, precisamente, el no pasar con aptitud un reconocimiento médico en la empresa.

Un tema muy interesante aquí a tener en cuenta es la relación de esta norma sustantiva con la vigilancia de la salud, y concretamente con el carácter voluntario de ésta, en relación con las situaciones transitorias en que pueda estar el trabajador como consecuencia del consumo de sustancia como el alcohol o estupefacientes que puedan mermar su capacidad profesional en materia de prevención de riesgos, y puedan suponer un riesgo para el propio trabajador o para los compañeros de trabajo.

No son pocos los casos en que el empresario reclama la posibilidad de realizar un test de alcoholemia de manera obligatoria y los trabajadores se niegan por la voluntariedad en la vigilancia de la salud. Si bien queda claro que la embriaguez

³⁷⁴ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 243.

³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 403/2018, de 30 de mayo.

o toxicomanía habitual en el trabajo es causa de despido, puede ocurrir que no sea “habitual”, pero sí “transitoria”, y por tanto el empresario haya de evitar ocupar al trabajador en un puesto de trabajo que ponga en riesgo grave e inminente al trabajador o a otros trabajadores (o incluso a usuarios). Piénsese en un empleado de la construcción que ha de trabajar con riesgo de caída en altura, o en un conductor de autobús. En tales casos, el empresario habrá de no ocupar al trabajador en los puestos que supongan riesgos, siempre y cuando la situación sea “manifiesta”.

Distinto es que el empresario quiera someter a los trabajadores a tests de alcoholemia de manera obligatoria. En tal caso, entiendo que tal posibilidad habrá de estar negociada con los representantes de los trabajadores vía convenio colectivo, para evitar la posibilidad de dejar en poder del empresario adoptar la medida con tintes discriminatorios, o atentatorios contra la intimidad del trabajador, que sigue teniendo el derecho a la negativa a la vigilancia de la salud, en aras de su derecho de intimidad. Cabe preguntarse si, en estos casos, decaería la voluntariedad de la vigilancia de la salud, para pasar a la obligatoriedad del reconocimiento. A mi juicio, en los casos de la alcoholemia, tal voluntariedad decaería si así lo prevé el Convenio Colectivo únicamente, pero no con carácter general.

En cualquier caso, ante tales situaciones, el empresario habrá de informar a los trabajadores que se va a controlar este aspecto concreto. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de analizar el tema ante la detección de consumo de estupefacientes a una trabajadora sin que de la información ofrecida por la empresa se pudiese deducir que iba a ser controlado este aspecto que, a la sazón, concluyó con el despido de la trabajadora, declarado nulo con el Tribunal Constitucional³⁷⁶.

En caso de que el empresario no tenga en cuenta la adecuación personal al trabajo, la infracción tiene una relación clara y directa con el recargo de prestaciones, puesto que se prevé su imposición precisamente cuando no se han tenido en cuenta las normas de “adecuación personal a cada trabajo, habida

³⁷⁶ Ver la STC 196/2004.

cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador” (artículo 164 LGSS).

Por otra parte, también es preciso aquí tener en cuenta que, si esta conducta se traduce en la existencia de un riesgo grave e inminente, la infracción no será grave, sino muy grave, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.4 TRLISOS, que reserva la mayor gravedad para aquéllas infracciones de las que se derive un riesgo grave e inminente, ya sea para el propio trabajador sensible o para otros trabajadores de la empresa.

En cualquier caso, estemos ante la infracción grave o ante la muy grave, hemos de identificar tres conductas infractoras por parte del empresario. En primer lugar, la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas. En segundo lugar, permitir el acceso al trabajo a personas que se encuentran “manifiestamente” en situaciones transitorias que no responden a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Por último, la tercera infracción se cometerá cuando la empresa no tome en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud a la hora de encomendarles las tareas³⁷⁷. Es decir, se trata de tres conductas relacionadas con la adaptación del trabajo a la persona trabajadora, y que pudieran dar lugar a la infracción.

2.3.3. Investigación de Accidentes de Trabajo

Como vimos más arriba, el artículo 12.3 TRLISOS prevé como infracción el no dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral de los accidentes graves, muy graves o mortales³⁷⁸. Junto a ello, a continuación, el segundo inciso del

³⁷⁷ PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “Artículo 13: Infracciones muy graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES)., *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 262.

³⁷⁸ Vid. Parte II, Capítulo 2, Apartado 2.1.1.

apartado 3 del artículo 12 TRLISOS tipifica también otra conducta relativa a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, cual es la de no realizar una investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tener indicios de que las medidas preventivas son insuficientes.

Artículo 12.3 TRLISOS, segundo inciso:

No realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

La norma sustantiva la encontramos en el artículo 16.3 LPRL, según el cual “cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando con ocasión de la vigilancia de la salud prevista en el artículo 22, aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos”.

Nos encontramos aquí ante una de las paradojas de la prevención de riesgos laborales, cual es que la prevención se hace precisamente “a posteriori”, una vez que se ha producido el accidente de trabajo o ha aparecido la enfermedad profesional, o hay indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes. La investigación de las fallas pretende encontrar la causa o el origen del defecto, para así poder evitar casos posteriores, o tratar de lograr encontrar medidas preventivas más adecuadas. Resulta paradójico que sea precisamente cuando encontramos el fallo, cuando apliquemos la medida “preventiva” de la investigación, que “no previene” el caso concreto, si bien puede dar luces para evitar que se repitan nuevamente casos posteriores. Y es que la prevención de riesgos laborales avanza precisamente por las fallas de seguridad que encontramos en los procesos concretos, por los accidentes y enfermedades, que hacen a los preventivistas preguntarse qué sucedió, cuál fue la causa, y

poder así buscar soluciones preventivas mejores para evitar casos posteriores y repeticiones de los mismos errores.

De ahí la importancia que la normativa preventiva da a la investigación, cuya falta se tipifica como infracción grave, y ello aun cuando el accidente de trabajo se hubiera calificado como leve. Y es que lo relevante no es la calificación del accidente en sí, ni su gravedad, sino que haya habido un defecto de seguridad, que ha de ser identificado para poder establecer una mejora de la acción preventiva.

La exigencia de averiguar el origen causal del defecto en materia preventiva es única, si bien se aplica a dos situaciones distintas: de un lado, cuando haya tenido lugar un daño para la salud de los trabajadores, de otro lado, cuando aparezcan indicios que revelen la insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas³⁷⁹.

Por tanto, la primera conducta infractora es la falta de investigación de un accidente de trabajo. Como venimos diciendo, el objetivo no es otro que individualizar la causa del accidente, para poder utilizar los conocimientos adquiridos para diseñar e implantar medidas correctoras para eliminar las causas o evitar la repetición del mismo accidente u otros similares, es decir, se trata de aprovechar la experiencia para mejorar la prevención de riesgos laborales³⁸⁰.

La segunda de las conductas prevé la misma obligación de investigación cuando existan indicios de que las medidas preventivas son insuficientes. Si bien, esta conducta resulta más difícil de acotar, puesto que la existencia de indicios es un concepto de los llamados indeterminados, con gran dosis de subjetividad, lo que no contribuye a delimitar objetivamente la infracción, puesto que, si la

³⁷⁹ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 56.

³⁸⁰ En materia de investigación de accidentes de trabajo, resultan de gran interés las Notas Técnicas de Prevención del INSHT, concretamente las NTP 442: Investigación de accidentes-incidentes: procedimiento, INSHT, 1997, las NTP 592 y 593: La gestión integral de los accidentes de trabajo: tratamiento documental e investigación de accidentes (I y II), INSHT, 2001, y la NTP 924: Causas de accidentes, clasificación y codificación, INSHT, 2011.

insuficiencia de las medidas se deduce de la aplicación de otros instrumentos preventivos, como los controles periódicos vinculados a la planificación, la propia vigilancia de la salud de los trabajadores o las auditorías del sistema de prevención. En tal caso, no estaremos en presencia de indicios, sino de hechos o datos que exigen la intervención preventiva³⁸¹, y no nos encontraríamos, por tanto, antes esta infracción típica, sino ante otra de ellas (la insuficiencia de la evaluación o planificación, generalmente).

2.4. Información y Formación en materia preventiva

El artículo 12.8 TRLISOS refiere dos conductas de infracciones graves en materia de información y formación a los trabajadores en prevención de riesgos laborales, que se corresponden a dos obligaciones principales del empresario en esta materia, cuales son la información y la formación, ambas reguladas de manera separada en los artículos 18 y 19 LPRL.

La información y la formación son herramientas preventivas capitales, puesto que van a permitir a los trabajadores adoptar decisiones y conductas seguras para salvaguardar su seguridad y salud y la de terceros. Ambas obligaciones son fundamentales en la construcción de una auténtica conducta preventiva³⁸², tal y como sugiere la Exposición de Motivos de la Ley 54/2003, al introducir reformas y mejoras en la LPRL.

³⁸¹ En este sentido, cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 57 y GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 226.

³⁸² Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 231.

Antes de adentrarnos en cada uno de estas infracciones por separado, procede aquí hacer referencia a un aspecto común a ambas, nuclear para que las dos previsiones de información y formación tengan virtualidad práctica, y es lo relativo al idioma en el que se da la información o se imparte la formación. Coincidiremos todos en convenir que para que el trabajador esté verdaderamente informado y formado, es preciso que “entienda” la información y formación, y en ese proceso de comprensión es fundamental el idioma que se utilice. En un mundo cada vez más globalizado, con la inmigración de mano de obra, puede resultar bastante frecuente que el trabajador que se contrata no tenga el dominio de la lengua española, o incluso que no sepa los rudimentos más elementales. Especialmente cuando es contratado en empresas en las que lo que se necesita fundamentalmente es la aportación de mano de obra –piénsese en sectores como la agricultura, o incluso la construcción-, donde la aportación que hace el trabajador es fundamentalmente la fuerza del trabajo, y no se precisa grandes conocimientos lingüísticos para el desarrollo de las tareas, de escasa cualificación técnica. En tales casos, es frecuente la contratación de trabajadores extranjeros, que en muchas ocasiones no dominan el idioma laboral. Ante esta circunstancia, el empresario habrá de redoblar los medios para que el trabajador sea suficientemente informado y formado en prevención de riesgos laborales, y no bastará que le haya dado un manual escrito –cuando no puede leer el idioma- o una charla formativa en un idioma que para el trabajador es incomprensible. Así, se precisará de documentos en la lengua madre del trabajador si sabe leer, o incluso de intérpretes para traducir la información, y de un material gráfico más completo, para asegurar en todo caso que se garantiza el objetivo de que el trabajador tenga conocimiento de los riesgos a los que se expone, y sea suficientemente formado sobre las medidas a adoptar para evitar o reducir tales riesgos.

2.4.1. Obligación de información

El artículo 12.8 TRLISOS tipifica como infracción grave el incumplimiento de la obligación de formación e información a los trabajadores sobre los riesgos existentes en el trabajo y las medidas preventivas a adoptar.

A efectos expositivos, y dado que la información y la formación son dos obligaciones sustantivas distintas, vamos a analizarlos por separado, dedicando este apartado a la información, y el siguiente a la formación en prevención de riesgos laborales.

Artículo 12.8 TRLISOS:

Incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave.

Ello enlaza con la norma sustantiva contenida en el artículo 18 LPRL, según el cual el empresario habrá de informar a los trabajadores de tres aspectos. Un primer aspecto a informar es de los riesgos a los que estén expuestos, tanto los riesgos generales de la empresa como los riesgos de su puesto de trabajo o función. El segundo aspecto a informar es de las medidas y actividades de prevención y protección aplicables. En tercer lugar, el empresario habrá de informar también sobre las medidas a adoptar en caso de situación de emergencia.

Es interesante tener en cuenta el aspecto de relaciones laborales colectivas que prevé el artículo 18 LPRL, y es que en caso de que la empresa tenga representantes legales de los trabajadores, la información se dará a través de ellos, es decir, la información preventiva será de manera indirecta, puesto que el empresario informará a los representantes, y serán éstos los encargados de transmitir la información al resto de trabajadores. Si bien, en cualquier caso, el empresario habrá de informar directamente a los trabajadores de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función, y de las medidas específicas aplicables a tales riesgos. Por tanto, en caso de haber representantes legales de los trabajadores, el trabajador recibirá información directa del empresario de los riesgos de su puesto de trabajo o función, y recibirá también información indirecta, a través de los representantes de los

trabajadores, de los riesgos generales de la empresa, y de las medidas a adoptar frente a tales riesgos.

Con ello, el legislador ha querido dotar de contenido informativo a la función de representación legal de los trabajadores, canalizando a través de ellos la información general de los riesgos de la empresa y las medidas preventivas a adoptar, incluso las medidas de emergencia se canalizarían a través de los representantes cuando existan en la empresa.

En materia de información, también habremos de tener en cuenta determinados colectivos que requieren una información específica, podríamos denominar “cualificada”. Es el caso de los trabajadores menores de edad, los trabajadores con contrato temporal y los trabajadores de empresas de trabajo temporal³⁸³.

Para el caso de los trabajadores menores de edad, y sin perjuicio de que veamos sus especificidades más adelante³⁸⁴, señalar aquí de manera somera que antes de su contratación, el empresario habrá de informar, además de al propio trabajador menor, a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación, acerca de los riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27 LPRL.

Dado que esta información en el caso de los trabajadores menores es una información “cualificada”, cabría preguntarnos aquí si la infracción a esta obligación por parte del empresario se encuadraría en la infracción grave que venimos analizando, o si sería constitutivo de la infracción muy grave prevista en el artículo 13.2 TRLISOS. Como veremos más adelante³⁸⁵ al analizar la infracción muy grave por incumplimientos de la normativa de menores,

³⁸³ Cfr. Al respecto GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 232.

³⁸⁴ Vid., *Infra*, Parte II, Capítulo 2, Apartado 3.1.2.

³⁸⁵ Vid., *Infra*, Parte II, Capítulo 2, Apartado 3.1.2.

entendemos que la protección cualificada que merece el trabajador, y la especificidad de su protección hacen inviable la aplicación de la infracción grave, que no tendría aquí cabida por la mayor cualificación que suponen estos deberes cuando los implicados en la relación laboral son menores de 18 años, lo que excluye la infracción grave, para entrar en el ámbito de la infracción muy grave, por razón de la especialidad de la norma.

En cuanto a la información a los trabajadores contratados con contrato de trabajo temporal o de duración determinada, el artículo 28 LPRL prevé que su protección preventiva sea igual en cuanto a condiciones y medidas preventivas, sin que su contratación temporal pueda ser un menoscabo en sus derechos de prevención de riesgos laborales. Además, prevé en su apartado segundo una información también cualificada, puesto que se impone al empresario la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de la actividad laboral reciban información en relación a los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en especial en relación con las cualificaciones personales o profesionales requeridas, exigencia de controles médicos especiales o riesgos especiales en el puesto de trabajo y medidas de protección y prevención. En definitiva, se trata de dispensar una protección a los trabajadores temporales que sea, al menos igual o incluso superior que la de los trabajadores indefinidos, y ello por cuanto la temporalidad se ha mostrado como una mayor fuente de riesgo laboral, por la mayor precariedad que conlleva.

En el caso de los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal, la información tiene características propias, específicas de la naturaleza triangular propia de la relación a través de este tipo de empresas, de tal manera que tanto la ETT como la empresa usuaria tienen obligaciones informativas. En primer lugar, la empresa usuaria habrá de informar a la ETT sobre los riesgos existentes y las medidas de protección a adoptar, para que la ETT pueda informar a los trabajadores que van a ser puestos a disposición, con carácter previo al inicio de la prestación laboral. De otra parte, la empresa usuaria tiene también el deber de informar al trabajador puesto a su disposición de los riesgos existentes para su seguridad y salud, generales de la empresa y específicos de su puesto de trabajo, y de las medidas y actividades de prevención y protección, en especial en posibles situaciones de emergencia,

además, previamente se asegurará de que el trabajador ha recibido de la ETT las informaciones relativa a las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, a las cualificaciones y aptitudes requeridas, ante de la adscripción al mismo, según lo dispuesto en el artículo 28.5 LPRL.

Sin embargo, este deber de información de la empresa usuaria está tipificado no en esta infracción genérica de falta de información del artículo 12.8 TRLISOS, sino de manera específica en el artículo 19.2.d) TRLISOS, como infracción específica en materia de empresas de trabajo temporal, ello supone que se aplicará la norma según el criterio de especialidad, esto es, la norma sancionadora correspondiente a las ETT, y ello conlleva una disfuncionalidad en cuanto a la cuantía de las sanciones, ya que está prevista como infracción grave en materia laboral, cuya cuantía en razón sancionadora es menor que la si se subsumiera el tipo en la falta de información genérica del artículo 12.8 TRLISOS³⁸⁶.

Por tanto, sostenemos que, en el caso de estos tres colectivos específicos, únicamente estarían incluidos en la tipificación del artículo 12.8 TRLISOS el caso de la falta de información “cualificada” de los trabajadores con contrato temporal, mientras que la información a los trabajadores menores y la de los trabajadores de ETT se reconduciría por sus tipos infractores específicos.

2.4.2. Obligación de formación

La segunda conducta infractora que contempla el artículo 12.8 TRLISOS es el incumplimiento de la obligación de formación por parte del empresario respecto de sus trabajadores. La formación de los trabajadores en materia de prevención

³⁸⁶ A este respecto, cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 232.

de riesgos laborales es un elemento esencial de la política preventiva, siendo además uno de los puntos centrales de toda la normativa de prevención³⁸⁷.

El artículo 19 LPRL exige al empresario garantizar a los trabajadores a su servicio una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, tanto en el momento de su contratación como cuando se introduzcan cambios en las funciones que desempeñe, en los equipos de trabajo o se introduzcan nuevas tecnologías. La formación deberá estar centrada en el puesto de trabajo de cada trabajador, adaptarse a los riesgos existentes y a la evolución de los mismos, así como en caso de aparición de nuevos riesgos.

Queda claro, por tanto, que la formación ha de ser individualizada, y que ha de estar centrada en el puesto de trabajo o función específica de cada trabajador, y de ahí que el empresario no cumpla, sin más, con la asistencia por parte del trabajador a cursos genéricos, sino que el empresario habrá de personalizar y adaptar la formación en función del puesto de trabajo. Igualmente, la formación ha de ser adecuada. De ahí que haya que combinar las características del puesto de trabajo con las del propio trabajador, y tener en cuenta su cualificación, así como la intensificación de la formación en colectivos de especial riesgo como los trabajadores sensibles, los menores, los temporales, las embarazadas o lactantes y los trabajadores extranjeros. La formación ha de ser también suficiente. Para ello, el empresario habrá de acreditar que cada trabajador tiene un conocimiento claro y exhaustivo de los riesgos inevitables y de las medidas de prevención aplicables, según el puesto de trabajo o las funciones a desempeñar³⁸⁸.

Más interesante si cabe, resulta la obligación de que la formación sea teórica y práctica. Ello supone que se ha de proporcionar conocimientos teóricos y prácticos para evitar y hacer frente a los riesgos. Es por ello que no se entiende

³⁸⁷ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 60.

³⁸⁸ Cfr. Al respecto FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., págs. 60-61.

cumplido el deber de formación con una formación únicamente on-line o a distancia, ya que una formación “práctica” no puede ser sólo a distancia u on-line, sino que requiere también de la parte práctica, que habrá de ser realizada en la propia empresa en su puesto de trabajo, a través de simuladores u otros procedimientos equivalentes.

La formación la ha de llevar a cabo la empresa cualquiera que sea la modalidad o duración de la contratación. Ello garantiza la igualdad en la formación, independientemente de cuál sea la modalidad del contrato. Si bien, dada la mayor precariedad laboral existente en los contratos de duración determinada, al igual que en la información, en la formación el legislador les dedica una atención cualificada en el artículo 28 LPRL, incorporando en la normativa previsiones específicas para trabajadores con contratos temporales o provenientes de ETT. Para el caso de los trabajadores provenientes de ETT, es esta empresa la responsable de la formación preventiva de dichos trabajadores, por lo que un incumplimiento al respecto no sería objeto de sanción por la vía del artículo 12.8 TRLISOS, sino por su infracción específica como ETT.

Por otra parte, podemos destacar la existencia de distintos niveles en cuanto al contenido de la obligación de formación: la que recibirán todos los trabajadores de la empresa, que es de la que venimos hablando en este apartado (artículo 19 LPRL), a la que hay que añadir la formación que ha de recibir el personal encargado de poner en práctica las medidas de emergencia, que debe contar con la formación apropiada (artículo 20 LPRL), la de los trabajadores designados, de acuerdo con el artículo 30 LPRL, y la de los delegados, prevista en el artículo 37.2 LPRL.

Para estos casos otros casos de formación “específica”, no entraría en juego la infracción del artículo 12.8 TRLISOS, sino los tipos también específicos.

Así, en caso de infracción de formación al personal encargado de poner en práctica las medidas de emergencia, la infracción se reconduciría por el artículo 12.10 TRLISOS, por incumplimiento de las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores.

En el caso de infracción por falta de formación de trabajadores designados y de delegados de prevención, la infracción será la prevista en el artículo 12.12

TRLISOS, que tipifica una infracción grave por falta de formación cuyo contenido es más completo y preciso, puesto que los destinatarios son aquéllos con funciones específicas o responsabilidades en materia preventiva. Al tratarse de sujetos con obligaciones específicas o responsabilidades, la norma tipificadora ha querido separarlos del resto de infracciones por falta de información. Además, el artículo 12.12 TRLISOS, junto a la falta de información de delegados de prevención y trabajadores designados, tipifica también la conducta de no proporcionar los medios adecuados para su función. Lo que hace aquí la TRLISOS, entiendo que acertadamente, es unificar, por razón de la especificidad del sujeto afectado, las conductas infractoras del empresario, a fin de tipificar de manera unitaria los aspectos que pudieran poner en peligro las funciones de estos sujetos con una mayor capacidad preventiva que el resto de trabajadores de la empresa. Si bien, y aun cuando entiendo acertada la unificación de las conductas infractoras por razón del sujeto destinatario de las garantías, entiendo que, precisamente en atención al sujeto, estas conductas infractoras deberían haber sido calificadas como muy graves, por la cualidad del sujeto afectado, que por ser representante unitario o trabajador designado, tiene una incidencia en el resto de la plantilla, en la totalidad de los trabajadores de la empresa, por lo que la infracción de estas normas supone un plus, una mayor trascendencia en el conjunto de la empresa, que entiendo habría de haberse considerado como infracción muy grave en todo caso, aun cuando no se derivara un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

En definitiva, la falta de formación de los trabajadores, ya sea por la vía del artículo 12.8 o 12.12 TRLISOS genera una *culpa in instruendo* por parte del empresario en caso de incumplimiento, teniendo en cuenta que se trata de obligaciones dinámicas que han de desarrollarse durante todo el tiempo que dure la relación laboral³⁸⁹.

³⁸⁹ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 234.

Otro aspecto interesante a destacar es la relación entre la falta de formación de los trabajadores y los accidentes de trabajo, al objeto de considerar la falta de formación como infracción de medidas de seguridad para aplicar el recargo de prestaciones. Es un tema interesante, ya que a priori, el recargo procede cuando hay falta de medidas de seguridad de carácter “material”, si bien la jurisprudencia ha entendido que la falta de formación equivale a falta de medidas “materiales”, y se ha venido a imponer el recargo de prestaciones al empresario incumplidor por dicho motivo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2012 confirma el recargo de prestaciones por falta de formación del trabajador, incluso con carácter de responsabilidad solidaria hacia la empresa principal.

Por otra parte, cabría hacer mención aquí a la desproporción en las cuantías sancionatorias en los casos en los que la empresa haya incumplido la obligación de la vigilancia de la salud sólo para un trabajador, o para una multitud de ellos. Así, la infracción sería grave en todos los casos, sin perjuicio de la posible agravación de la misma por el criterio del número de trabajadores afectados. De todas maneras, parece que sería más acertado establecer una infracción por cada trabajador afectado, a fin de evitar que resulte la misma cuantía sancionatoria si sólo falta la vigilancia de la salud de un solo trabajador, o de la totalidad de los trabajadores de la empresa.

2.5. Derechos colectivos en materia preventiva

La LPRL ha realizado una apuesta decidida por la participación de los trabajadores en la política preventiva, tratando de que no sean sólo sujetos pacientes de la misma, sino verdaderos protagonistas³⁹⁰. Es por ello, que la Ley

³⁹⁰ MORENO VIDA, M.N., “Aspectos colectivos. Representación y participación de los trabajadores”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., (DIRECTORES), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales*, Comares, cit., pág. 272. Destaca la autora la importancia de la cooperación y colaboración, que prima sobre el antagonismo del conflicto, sin que ello signifique que se trate de dos posiciones estratégicas

de Prevención de Riesgos Laborales ha venido a establecer un sistema específico de representación en materia de seguridad y salud, a través del cual el empresario facilitará la consulta y participación de los trabajadores.

El artículo 12.11 TRLISOS tipifica como infracción grave el incumplimiento empresarial de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

Artículo 12.11 TRLISOS:

No proporcionar la formación o los medios adecuados para el desarrollo de sus funciones a los trabajadores designados para las actividades de prevención y a los delegados de prevención

La norma sustantiva la encontramos recogida en el artículo 18 LPRL, con remisión de la consulta y participación al capítulo V LPRL, en los artículos 33 a 39 LPRL, en los que se regula la figura del Delegado de Prevención –elegido por y entre los representantes de los trabajadores- y el Comité de Seguridad y Salud, órgano paritario con representantes de la empresa y de los Delegados de Prevención, en el que se tratan temas específicos de prevención de riesgos laborales.

Estos derechos poseen una doble vertiente de ejercicio: individual y colectivo, y ello por cuanto la ley los reconoce como derechos de los trabajadores considerados individualmente, si bien, en las empresas que cuenten con representantes legales de los trabajadores, estos derechos se canalizarán a través de ellos. La representación y participación se articula, por tanto, a través de la representación específica de los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud y a través de la genérica de los representantes unitarios y

excluyentes e incompatibles, sino dos formas de tutela diferenciada de los intereses de los trabajadores.

sindicales³⁹¹. Con ello, se pone de manifiesto una preferencia por la dimensión colectiva del interés de los trabajadores en la seguridad y salud³⁹², que deja de ser un interés individual, para pasar a ser un interés específico con carácter colectivo.

Todo ello pone de manifiesto la importancia que merece la dimensión colectiva del derecho a la protección de la salud ya que, la aplicación de las medidas de seguridad e higiene requiere el concurso de los representantes de los trabajadores, quienes por su especial posición, pueden favorecer la adaptación de las medidas preventivas y también realizar una labor de fiscalización³⁹³.

Así, los representantes de los trabajadores tienen derecho de información, consulta y participación, que les fue reconocido en la Directiva Marco de 1989. En su transposición, se planteaba la posibilidad de que fueran los representantes de los trabajadores “generales” los que asumieran estos derechos, junto al resto de funciones que ya poseían, o crear un órgano específico de representación en prevención. Nuestra LPRL optó por esta segunda posibilidad, creándose los Delegados de Prevención y el Comité de Seguridad y Salud. Con ello, se resalta más aún la dimensión colectiva de la seguridad y salud laboral.

Si bien, esta representación específica se ha insertado dentro del cuadro general del sistema español de representación, y no como un mecanismo representativo independiente³⁹⁴. Y es por ello que los Delegados de Prevención serán elegidos

³⁹¹ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 250.

³⁹² MORENO VIDA, M.N., “Aspectos colectivos. Representación y participación de los trabajadores”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., (DIRECTORES), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales*, cit., pág. 272.

³⁹³ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 63.

³⁹⁴ MORENO VIDA, M.N., “Aspectos colectivos. Representación y participación de los trabajadores”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., (DIRECTORES), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales*, cit., pág. 275.

por y entre los representantes de los trabajadores, por lo que, a algunos de los representantes unitarios ya elegidos, en los términos y números establecidos normativamente, el resto de representantes decidirá dotarlos con esta función específica.

Respecto del derecho de información, el artículo 18 LPRL, como vimos³⁹⁵, prevé que la información preventiva, en las empresas que tienen representantes de los trabajadores, se canalice precisamente a través de estos, sin perjuicio de la información directa al trabajador de los riesgos específicos de su puesto de trabajo y de las medidas correspondientes. En caso de no facilitar esta información a los representantes de los trabajadores, la infracción que corresponde será precisamente esta que estamos analizando del artículo 12.11 TRLISOS. Si bien, habremos de tener en cuenta también el posible juego del artículo 12.12 TRLISOS, referido al incumplimiento empresarial de los deberes de información y entrega de medios para el desarrollo de sus funciones a los trabajadores designados para las actividades de prevención y delegados de prevención. Un deslinde adecuado de las conductas infractoras supondría incluir en la falta de información del artículo 12.11 TRLISOS únicamente la falta de información a los representantes de la información que, de acuerdo con el artículo 18 LPRL debe canalizarse a través de estos, siendo sus destinatarios últimos los trabajadores de la empresa, lo que es distinto de la información y medios para la realización de las funciones propias de delegados de prevención, que no es un información dada para que estos a su vez la transmitan, sino que los sujetos finales son los propios delegados de prevención, en cuyo caso estaríamos ante la infracción del artículo 12.12 TRLISOS. En cualquier caso, al introducir todas estas especificidades, el legislador ha introducido una suerte de confusión tipificadora, que convendría aclarar y simplificar, en aras a una

A mayor abundamiento, la autora pone de manifiesto que “la previsión de la Ley no es, sin embargo, la de crear una institución autónoma del resto de la representación de los trabajadores en la empresa, sino que está íntimamente vinculada con éstos. Este órgano específico viene a coexistir con las otras instancias representativas configurando un modelo plural de representación colectiva en la empresa”.

³⁹⁵ Vid., supra Parte II, Capítulo 2, Apartado 2.4.

correcta aplicación de los principios de legalidad, tipificación, e incluso del posible concurso del principio de *non bis in ídem*.

En cuanto a los principios de consulta y participación, la norma sustantiva la encontramos en el capítulo V de la LPRL, en sus artículos 33 a 39. Esta participación y consulta es de carácter colectivo, a través de los representantes de los trabajadores, y es distinta de la participación en materia preventiva a que tiene derecho el trabajador individual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18.2 LPRL. Se mantiene así el derecho individual del trabajador, que no se diluye en el interés colectivo, y a la vez se reconoce el interés colectivo de los trabajadores a la seguridad y salud.

Así, dentro de la participación y consulta, encontramos derechos de los representantes de los trabajadores tales como colaborar con la empresa en la mejora de la acción preventiva, promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa de prevención, ejercer una labor de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prevención, participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos y promover iniciativas y procedimientos para el a efectiva prevención de riesgos laborales, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias. Las conductas del empresario que impidan el ejercicio de tales derechos serían constitutivas de la infracción prevista en el artículo 12.11 TRLISOS.

A efectos de concurso de normas, tener en cuenta que, en caso de incumplimiento del empresario respecto de los derechos de participación y consulta reconocidos a los representantes de los trabajadores en materia preventiva, el precepto tipificador es precisamente el artículo 12.11 TRLISOS, por la especialidad de la materia, y no será el artículo 7.7 TRLISOS, referido a la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores en general.

2.6. Organización de la actividad preventiva

2.6.1. Gestión de la prevención de riesgos laborales en la empresa

La existencia de riesgos en el medioambiente laboral, y la necesidad de eliminarlos o reducirlos al mínimo obliga al empresario a establecer un sistema de gestión de riesgos laborales, como parte integrante de la política preventiva de la empresa. Tal gestión ha de formar parte del sistema general de gestión de la empresa, de tal modo que la prevención de riesgos laborales se integre en el sistema general de prevención de la empresa.

Para ello, el empresario habrá de constituir una organización y adoptar los medios necesarios a través de una o varias de las modalidades o sistemas de organización de las actividades preventivas previstas en la LPRL y en el RSP. La ley establece distintas modalidades de gestión, de entre las que habrá de elegir el empresario, teniendo en cuenta las características de la empresa, el número de trabajadores y la peligrosidad de las actividades que se desarrollen.

Las modalidades de organización preventiva que puede adoptar el empresario se establecen en el artículo 30 LPRL, pudiendo éste designar a trabajadores para realizar actividades preventivas, recurrir a un servicio de prevención ajeno, constituir un servicio de prevención propio o la asunción personal por el empresario de las actividades preventivas, solución ésta última más restrictiva en cuanto que el empresario ha de reunir varios requisitos para ello.

Así, las posibilidades son variadas, empezando por la opción de que el empresario designe trabajadores para llevar a cabo la labor preventiva, siempre que tengan la capacidad necesaria, dispongan de tiempo y de los medios precisos, y sean suficientes en número teniendo en cuenta el tamaño de la empresa y los riesgos existentes.

Una segunda posibilidad es constituir un servicio de prevención propio, lo que será obligatorio cuando la empresa tenga más de 500 trabajadores, o más de 250 y tenga riesgos considerados como especiales.

Una tercera opción es concertar la gestión de la prevención a través de un servicio de prevención ajeno.

Otra posibilidad es que el empresario asuma directamente la gestión de la prevención, cuando tenga menos de 10 trabajadores y desarrolle su actividad habitualmente en el centro de trabajo, y tenga la capacidad necesaria en función de los riesgos existentes, o cuando tenga hasta 25 trabajadores en un solo centro de trabajo.

Puede ocurrir que la empresa combine dos modalidades, concertando alguna especialidad preventiva con servicio de prevención ajeno, y constituyendo servicio de prevención propio, designando trabajadores o asumiendo personalmente alguna de las especialidades preventivas. Es decir, el concierto con un servicio de prevención ajeno vendría a complementar la asunción parcial de actividades preventivas por parte del empresario con medios propios.

En cualquier caso, queda claro que el empresario ha de organizar y gestionar la prevención de riesgos laborales, y en caso de no hacerlo, o de hacerlo de manera insuficiente, incurrirá en la infracción prevista en el artículo 12.15.a) TRLISOS.

Artículo 12.15.a):

No designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y prevención en la empresa o no organizar o concertar un servicio de prevención cuando ello sea preceptivo.

Al no obligar la norma sustantiva a una modalidad concreta, sino existir un abanico de opciones disponibles a la libre elección del empresario, la norma tipificadora configura la infracción de manera amplia, describiendo la conducta como “no designar”, “no organizar” o “no concertar”, lo que supone que, en

definitiva, si no se ha llevado a cabo ninguna de las tres conductas, hay una forma organizativa insuficiente o inadecuada³⁹⁶.

Constituiría infracción tanto la falta de organización total de la prevención de riesgos laborales, como la parcial, para aquellos casos en que el empresario haya gestionado alguna de las especialidades preventivas, pero no la totalidad de ellas.

Llegados a este punto, conviene distinguir la infracción del artículo 12.15a) TRLISOS, que es infracción cuyo sujeto responsable es el empresario, por la falta de organización de la gestión de la prevención de riesgos laborales en el ámbito de su empresa, de la infracción prevista en el artículo 12.22 TRLISOS, cuyo sujeto responsable es, a diferencia, el servicio de prevención ajeno, por incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a servicios de prevención ajenos respecto de sus empresarios concertados.

Es decir, una cosa es que el empresario incumpla su obligación de gestionar la prevención de riesgos laborales en la empresa a través de una de las modalidades previstas en la normativa, y otra que un servicio de prevención ajeno incumpla sus obligaciones como servicio de prevención.

La confusión podría producirse cuando el empresario decide concertar la gestión de la prevención con servicio de prevención ajeno, y éste último no cumple con las obligaciones concertadas. En este caso, la infracción procedería imponerla al servicio de prevención ajeno por la vía del artículo 12.22 TRLISOS, no al empresario por el artículo 12.15.a) TRLISOS. Si bien, habría que tener en cuenta que, si el incumplimiento del servicio de prevención conlleva un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, el empresario responderá por dicho riesgo, ex artículo 14 LPRL que no exime al empresario de su responsabilidad por concertar la gestión de la prevención con servicio de prevención ajeno, aun cuando pueda el empresario, en su caso, repetir frente al servicio de prevención.

³⁹⁶ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., "Artículo 12: Infracciones graves" en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 226.

Por otra parte, es necesario poner en relación esta infracción, que denota una falta de cumplimiento total de la más básica normativa preventiva, con la posibilidad de que la empresa sí haya gestionado la prevención de riesgos laborales, por ejemplo, a través del concierto con un Servicio de Prevención Ajeno, pero no haya cumplido con otras de las obligaciones preventivas “derivadas”, como por ejemplo la falta de evaluación. Y es que, podría ocurrir que nos encontráramos con la incoherencia de que, en caso de falta de gestión total de la prevención, se propusiera únicamente la infracción grave del artículo 12.15.a), y que en caso de sí tener gestionada la prevención, pero faltar otras de las obligaciones preventivas, también se acabara proponiendo una sanción grave –por ejemplo, por una evaluación de riesgos con contenido insuficiente-. Todo ello parece carecer de lógica, puesto que se estaría sancionando con la misma gravedad la falta total de gestión de prevención de riesgos, que denota un comportamiento del todo descuidado por parte del empresario, como alguna otra falta que no supusiera tal contumacia por la parte empresarial.

Teniendo en cuenta la normativa actual, esta desproporción sancionadora puede evitarse agravando la sanción del artículo 12.15.a) TRLISOS, o también proponiendo todas las infracciones diferenciadas que podrían encontrarse “englobadas” en la falta de gestión de prevención de riesgos: Falta de evaluación, falta de planificación, falta de formación, falta de vigilancia de la salud etc.

En cualquier caso, nos parece que sería más coherente y lógico con el conjunto de la normativa y sistema, si la infracción de falta de gestión de prevención de riesgos laborales pasara a ser considerada por el legislador como infracción muy grave, dada su especial trascendencia, y teniendo en cuenta que su falta implica la falta de otras conductas infractoras de carácter grave.

2.6.2. Recursos Preventivos

El artículo 32 bis LPRL vino a establecer, en la reforma a la LPRL operada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, una obligación preventiva consistente en asegurar, en determinadas circunstancias, la presencia en el centro de trabajo

de recursos preventivos. La falta de presencia de tales recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia, se tipifica como infracción en el artículo 12.15.b) TRLISOS.

El artículo 32 bis LPRL señala que se consideran como recursos preventivos a los que el empresario podrá asignar la presencia, uno o varios trabajadores designados de la empresa, uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa, uno o varios miembros del servicio de prevención ajenos concertados por la empresa. Con ello, la Ley pretende reforzar la presencia de recursos implicados en la prevención de riesgos laborales.

Si bien, y dadas las obligaciones de presencia de los recursos preventivos en determinadas actividades, y que habitualmente la gestión de la prevención se concierta con servicios de prevención ajenos, lo que no facilitaría la presencia en el centro de trabajo, la ley prevé también que se pueda asignar la presencia de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa que sin formar parte del servicio de prevención propio ni sean trabajadores designados, tengan los conocimientos, capacidades y experiencia necesarios para desempeñar tal labor, teniendo una formación preventiva al menos de nivel básico.

La presencia de los recursos preventivos será necesaria en la empresa cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo, cuando se realicen trabajos considerados reglamentariamente como peligrosos o con riesgos especiales (de acuerdo con el Anexo I del RSP), o cuando así sea requerido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuando las circunstancias del caso así lo requieran debido a las condiciones detectadas.

En este sentido, destacar que la falta de presencia de recursos preventivos, o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia, podrá ser infracción grave del artículo 12.15.b) únicamente en los supuestos primero y tercero, es decir, cuando se trata de riesgos que puedan verse agravados o modificados en el proceso productivo, o cuando así lo haya impuesto la Inspección de Trabajo. Y ello por cuanto que, en caso de tratarse de actividades

consideradas reglamentariamente como peligrosas o con riesgos especiales, la falta de presencia de los recursos preventivos será infracción muy grave, prevista en el artículo 13.8.b) TRLISOS.

En relación con la falta de presencia de un recursos preventivo o el incumplimiento de sus obligaciones, podemos realizar algunas consideraciones, al hilo de lo previsto en el Criterio Técnico 83/2010 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre la presencia de recursos preventivos en las empresas, centros y lugares de trabajo³⁹⁷:

- A) Se entiende que no concurre esta conducta cuando la empresa haya asignado la presencia a un trabajador asignado, pues esta figura tiene carácter alternativo respecto del recursos preventivos, y por ello se cumpliría con la obligación de presencia cuando estuviera presente el trabajador asignado.
- B) La infracción se refiere a “cuando ello sea preceptivo”, por lo que nos encontramos en los casos previstos en las letras a) y b) del artículo 32bis LPRL. En caso de la letra c), se exigiría para que se considere infracción que haya requerimiento previo de la Inspección de Trabajo e incumplimiento por parte de la empresa de dicho requerimiento.
- C) Hay que incluir en esta infracción supuestos de presencia de recursos preventivo, pero que no reúna los requisitos de formación, capacitación, experiencia.
- D) También se considera que existe infracción cuando el recurso preventivo sea un miembro del servicio de prevención ajeno y no se haya dado su presencia incumpliendo las normas del concierto, y ello sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad del empresario al servicio de prevención ajeno.

³⁹⁷ Criterio Técnico 83/2010, de 5 de mayo de 2010, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre la presencia de recursos preventivos en las empresas centros y lugares de trabajo.

E) En el tipo infractor que examinamos también tendría cabida el hecho de que, aún habiendo designado el recurso preventivo y haya estado presente, éste no ha cumplido con el resto de sus obligaciones, como dar indicaciones a los trabajadores e informar al empresario de las deficiencias observadas en su labor de vigilancia.

En cuanto a las obligaciones derivadas de la presencia de los recursos preventivos, estas no son otras que las de vigilancia del cumplimiento de las actividades preventivas, que son imputables al empresario, sujeto responsable típico, sin perjuicio de que pudiera existir una responsabilidad disciplinaria por parte del trabajador recurso preventivo incumplidor.

Si bien, esto hay que conectarlo siempre con la capacidad y medios que han de tener los recursos preventivos, y ello por cuanto encontramos además otra conducta tipificada, en el artículo 12.15.a) TRLISOS, que es precisamente no dotar a los recursos preventivos de los medios necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas.

2.6.3. Auditoría del sistema de prevención

Para finalizar el bloque de infracciones relativas a la organización y gestión de la prevención de riesgos laborales, hemos de referirnos a la obligación de auditoría, de acuerdo con la tipificación contenida en el artículo 12.20 TRLISOS.

Artículo 12.20 TRLISOS:

No someter, en los términos reglamentariamente establecidos, el sistema de prevención de la empresa al control de una auditoría o evaluación externa cuando no se hubiera concertado el servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa.

La norma sustantiva la encontramos en el artículo 30.6 LPRL, según el cual el empresario que no hubiere concertado el servicio de prevención con una entidad

especializada ajena, debe someter su sistema de prevención a una auditoría o evaluación externa. Ello supone que siempre que no haya concierto con entidad especializada ajena, surge la obligación de someter el sistema de prevención a auditoría externa.

Si bien, quedarán exentas del deber de auditoría las empresas de hasta 50 trabajadores cuyas actividades no sean peligrosas o con riesgos especiales (es decir, que no estén incluidas en el Anexo I RSP) en las cuales el empresario hubiera asumido personalmente las funciones de seguridad o salud u optado por designación de uno o varios trabajadores. En este caso, se presume cumplida la obligación mediante la notificación a la autoridad laboral sobre la concurrencia de las condiciones que no hacen necesario recurrir a la auditoría.

La auditoría, que ha de ser realizada por una entidad externa especializada y autorizada como entidad auditora, pretende evaluar la eficacia del sistema de prevención. Se trata de evitar que, mediante la asunción directa de la prevención, las actividades preventivas no cumplan con los estándares mínimos de eficacia exigibles.

Con esta obligación, observamos una cierta suspicacia del legislador respecto a la posibilidad de que sea el empresario el que asuma la prevención de riesgos laborales, sea directamente, sea a través de servicio de prevención propio, o sea a través de trabajadores designados. Y es que, en todos estos casos, en principio –a salvo de las excepciones para empresas de hasta 50 trabajadores y que no realicen actividades de especial peligrosidad- el empresario ha de someter su sistema de prevención a una auditoría externa. Cosa que no ocurre si la prevención se ha gestionado a través de servicio de prevención externo. De ahí que la preferencia del empresariado acabe siendo el concierto con servicio de prevención ajeno. Y cabe que nos preguntemos si así conseguimos el verdadero espíritu integrador de la prevención de riesgos laborales, que pretende estar integrada en todas las decisiones de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma, y, sin embargo, el empresario las más de las veces trata de “desentenderse” a través de la concertación de la gestión con entidad especializada.

2.7. Condiciones de trabajo

Entre las infracciones graves, destaca un conjunto de ellas que se refieren a incumplimientos empresariales que afectan a las condiciones de trabajo.

2.7.1. Límites y prohibiciones de exposición.

El artículo 12.9 TRLISOS contempla como infracción grave la superación de los límites de exposición a agentes nocivos que, conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales origine riesgo de daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores, sin adoptar medidas preventivas adecuadas. Y ello salvo que los riesgos que se originen sean graves e inminentes, en cuyo caso la infracción será muy grave, de acuerdo con el artículo 13.6 TRLISOS. La conducta sancionable por este precepto tipificador será únicamente la relativa a la superación de límites de exposición a agentes nocivos, ya que los incumplimientos empresariales de otras medidas preventivas tienen encaje en otros tipos infractores.

Artículo 12.9 TRLISOS:

La superación de los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, origine riesgo de daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores, sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, salvo que se trate de infracción muy grave.

Junto a ello, hemos de tener en cuenta también el artículo 12.16.c) TRLISOS, que tipifica también como infracción grave el incumplimiento de la normativa que cree un riesgo grave, sobre prohibiciones o limitaciones respecto de operaciones, procesos y usos de agentes físicos, químicos o biológicos en los lugares de trabajo, y el artículo 12.16.d) se refiere a las limitaciones respecto del

número de trabajadores que puedan quedar expuestos a determinados agentes físicos, químicos y biológicos.

Artículo 12.16 TRLISOS: *Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de:*

c) Prohibiciones o limitaciones respecto de operaciones, procesos y uso de agentes físicos, químicos y biológicos en los lugares de trabajo.

d) Limitaciones respecto del número de trabajadores que puedan quedar expuestos a determinados agentes físicos, químicos y biológicos.

La normativa sustantiva respecto de estas tres conductas tipificadas es profusa y dispersa, puesto que se determina reglamentariamente en cuanto a la exposición y los límites de exposición y las medidas preventivas pertinentes, siendo una de las materias que se desarrollan reglamentariamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.b) LPRL.

En caso de exposición a agentes físicos, químicos o biológicos, es esencial una buena evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva, así como la realización de mediciones específicas y control de las condiciones de trabajo. Igualmente, los trabajadores habrán de estar informados de los riesgos y formados, y se habrá de limitar la exposición a los trabajadores imprescindibles para el proceso productivo³⁹⁸.

Así, podría ocurrir que haya una ausencia de evaluación de riesgos y además una superación de límites de exposición. En tal caso, nos encontraríamos ante

³⁹⁸ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 83.

dos infracciones distintas, que por el concurso real de infracciones procedería la imposición de la sanción por ambas (STSJ Murcia de 30 de noviembre de 2005).

Procede llamar la atención de la diferencia entre las infracciones graves de las que venimos hablando, y la infracción muy grave cuando se genere riesgo grave e inminente, sin perjuicio del mayor abundamiento que se hará más adelante respecto de la noción de riesgo grave e inminente³⁹⁹.

Así, en caso de superación de límites a sustancias nocivas, o de no contar con medidas preventivas adecuadas, generalmente el riesgo que se ocasiona va a ser grave e inminente, y eso aun cuando la inminencia en la enfermedad profesional no se manifieste sino hasta pasado un tiempo. Pensemos por ejemplo en la exposición a sílice. Si se superan los niveles de exposición, el trabajador puede llegar a desarrollar una silicosis con el tiempo, muchas veces pasados años de exposición, pero ello no es óbice para considerar que la infracción sería muy grave, por el riesgo grave e inminente a que ha estado sometido el trabajador. Sólo podría ser grave la infracción si la superación de los límites ha sido ocasional, de una sola vez, y no continuada, en cuyo caso estaríamos ante una infracción muy grave. Tal y como señala la Sentencia del TSJ Andalucía, sede en Granada, de 29 de octubre de 2007, referida a un caso de superación de los niveles de exposición a sílice: “En el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata”.

2.7.2. Medidas de Emergencia

El artículo 12.10 TRLISOS tipifica el incumplimiento de las medidas de emergencia previstas en el artículo 20 LPRL, en materia de primeros auxilios,

³⁹⁹ Vid., *Infra*, Parte II, Capítulo 2, Apartado 3.

lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, realizando una remisión expresa al mismo.

Artículo 12.10 TRLISOS:

No adoptar las medidas previstas en el artículo 20 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores.

Nos encontramos ante una norma tipificadora que realiza un claro reenvío a la norma sustantiva. Así, el artículo 20 LPRL contiene las normas para las situaciones de emergencia, una vez analizadas las mismas y teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma, obligación que se completa con el deber de comprobar y verificar periódicamente su correcto funcionamiento. Para ello, designará personal que lleve a cabo dichas medidas, que deberá tener la capacitación necesaria y ser suficiente en número y disponer de material adecuado. Además, para ello, el empresario deberá también organizar las relaciones exteriores que sean necesarias, en particular en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios, de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas.

Dado el reenvío expreso que el artículo 12.10 TRLISOS hace al artículo 20 LPRL, la conducta infractora estará constituida por la infracción de cualquiera de las medidas previstas en la norma sustantiva, ya sea por no designar personal para llevar a cabo las medidas, no organizarlo con los servicios exteriores, no dotarlo de material o no revisarlo periódicamente.

Además, esta normativa ha de ser completada con las normas reglamentarias y jurídico-técnicas, además de con los Anexos I y VI del RD 486/1997, por el que se aprueban las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de

trabajo, referidos a las condiciones generales de seguridad en los lugares de trabajo y al material y locales de primeros auxilios⁴⁰⁰.

2.7.3. Orden y Limpieza

Al ver las infracciones leves, hicimos ya referencia al orden y limpieza en el centro de trabajo, que constituirá infracción leve conforme al artículo 11.1 TRLISOS si no se desprende un riesgo grave para la salud de los trabajadores⁴⁰¹.

Pues bien, si esta falta de limpieza es habitual o de ella se derivan riesgos para la integridad física y la salud de los trabajadores, la infracción pasará a ser grave, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.17 TRLISOS.

Artículo 12.17 TRLISOS:

La falta de limpieza del centro o lugar de trabajo, cuando sea habitual o cuando de ello se deriven riesgos para la integridad física y salud de los trabajadores.

La limpieza de los lugares de trabajo ha de hacerse periódicamente y siempre que sea necesario para mantenerlos en todo momento en condiciones higiénicas

⁴⁰⁰ En este sentido, hay también normativa específica en el RD 374/2001, sobre protección de la seguridad y salud de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, el RD 2267/2004, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales, o el RD 1254/1999 sobre medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas. Cfr. En este sentido FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 84.

⁴⁰¹ Vid., Supra, Parte II. Capítulo 2, Apartado 1.1.

adecuadas⁴⁰², tal y como exige el RD 486/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

Así, será infracción de este artículo 12.17 TRLISOS cuando la limpieza que se realiza no es suficiente para evitar o minimizar los peligros existentes⁴⁰³.

2.7.4. Incumplimientos específicos y genéricos que generen riesgos graves para la integridad física o salud de los trabajadores

Ya hemos visto⁴⁰⁴ cómo cada uno de los elencos de infracciones leves, graves o muy graves finalizan con una cláusula genérica de cierre, que permite dotar de cierta flexibilidad al principio de tipificación, de modo que finalizan con una fórmula un tanto abierta, que permita el encaje de conductas variadas en su seno, y eviten la impunidad en que quedaría el sujeto infractor por falta de tipicidad.

En el elenco de infracciones graves, el apartado 16 tipifica como infracciones graves las conductas empresariales que supongan, de manera general un “incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales”. Se trata del cajón de sastre que permite incluir cualquier conducta que incumpla con lo dispuesto en la normativa de prevención y que no aparezca descrita en alguno de los otros tipos infractores recogidos en el artículo 12 TRLISOS⁴⁰⁵.

⁴⁰² Cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 114.

⁴⁰³ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 85.

⁴⁰⁴ Vid. Supra, parte II, Capítulo 2, Apartado 1.3.

⁴⁰⁵ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 85.

Ya hemos hecho referencia a los apartados c) y d) de este artículo 12.16 TRLISOS, por lo que nos referiremos ahora a los demás⁴⁰⁶.

Artículo 12.16 TRLISOS: *Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de:*

a) Comunicación a la autoridad laboral, cuando legalmente proceda, de las sustancias, agentes físicos, químicos y biológicos, o procesos utilizados en las empresas.

b) Diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos.

e) Utilización de modalidades determinadas de muestreo, medición y evaluación de resultados.

f) Medidas de protección colectiva o individual.

g) Señalización de seguridad y etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, en cuanto éstas se manipulen o empleen en el proceso productivo.

h) Servicios o medidas de higiene personal.

i) Registro de los niveles de exposición a agentes físicos, químicos y biológicos, listas de trabajadores expuestos y expedientes médicos

La letra a) se refiere a la falta de “comunicación a la autoridad laboral, cuando legalmente proceda, de las sustancias, agentes físicos, químicos y biológicos, o procesos utilizados en las empresas. Se trata de una obligación formal, contenida en la normativa reglamentaria, sin mucha trascendencia práctica. Se trata únicamente de facilitar datos a la Administración Pública, a fin de que pueda

⁴⁰⁶ Vid. Supra, parte II, Capítulo 2, Apartado 2.7.1.

cumplir con sus obligaciones de vigilancia y control, de cara a la promoción de condiciones de seguridad y salud laboral.

También tienen carácter formal la letra i) referida a la obligación de registrar los niveles de exposición a agentes físicos, químicos y biológicos, listas de trabajadores expuestos y expedientes médicos cuando del mismo se derive un riesgo grave.

La letra e) se refiere a la utilización de determinadas modalidades de muestreo, medición y evaluación de resultados.

La letra g) se refiere a la señalización de seguridad y etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, en cuanto éstas se manipulen o empleen en el proceso productivo”. En esta materia, la norma sustantiva básica es el RD 485/1997, de disposiciones mínimas de señalización de seguridad.

Todos los apartados señalados hasta el momento, tienen escasa relevancia práctica, y escasa es también, en consecuencia, su litigiosidad.

Más interesantes, por tener mucha más aplicación y virtualidad práctica, son los apartados b), f) y h), que actúan como verdadero “cajón de sastre”, para la tipificación de las conductas infractoras con carácter general del empresario.

El apartado b) tipifica los incumplimientos en materia de diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo y de los instrumentos que en él se encuentren. Esta infracción está descrita con gran amplitud, de modo que en la práctica es el verdadero cajón de sastre de las infracciones a la normativa preventiva, que en numerosas ocasiones se reconducen por este precepto tipificador.

También el apartado f) tiene una configuración amplia, pues alude a las medidas de protección colectiva e individual, por lo que tiene mucha aplicación práctica, sobre todo en casos de accidentes de trabajo, donde es bastante común que faltan medidas de protección, ya sea colectiva o individual. En este sentido, en cuanto a la normativa sustantiva, es esencial tener en cuenta los artículos 15.1.h) LPRL, que prevé como principio de acción preventiva la preferencia de la protección colectiva respecto de la individual, y el artículo 17.2 LPRL, según el cual el empresario deberá proporcionar a los trabajadores equipos de protección

individual adecuados para el desempeño de sus funciones, y velar por el efectivo uso de los mismos. La vigilancia en el uso de los equipos de protección es fundamental, puesto que el empresario habrá de asegurar su utilización, y en caso de no hacerlo, incurrirá en la *culpa in vigilando*.

Por su parte, el apartado h) alude a los servicios o medidas de higiene personal. La norma sustantiva al respecto la encontramos, con carácter general, en el Anexo V del RD 486/1997, sobre seguridad y salud en los lugares de trabajo, referido a los servicios higiénicos y locales de descanso. Aunque también hay normativa de medidas de higiene en otras normas reglamentarias, sobre todo las relativas a trabajos con riesgos de agentes biológicos y químicos, o en el sector de la construcción.

2.8. Infracciones en materia de concurrencia de actividades en el mismo centro de trabajo

En la primera parte del presente estudio hicimos referencia a la situación de responsabilidad en casos de concurrencia de empresarios en el mismo centro de trabajo, y la regulación que al respecto hace, en materia de norma sustantiva, el artículo 24 LPRL⁴⁰⁷.

La descentralización productiva que ha venido caracterizando las relaciones laborales en las últimas décadas está inevitablemente vinculada a la siniestralidad laboral⁴⁰⁸. Ello ha propiciado la necesidad de la existencia de mecanismos que faciliten la comunicabilidad de la responsabilidad empresarial, y para ello se ha diseñado un sistema de obligaciones de los empresarios que

⁴⁰⁷ Vid Supra, parte I, Capítulo 2, Apartado 2.

⁴⁰⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., ÁLVAREZ MONTERO, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, cit., págs. 78 y sigs. Los autores evidencian la vinculación entre el sistema de organización de la producción y la siniestralidad laboral.

concurrir en un mismo centro de trabajo, que viene regulado en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En este sentido, el artículo 24 LPRL ha venido a establecer un deber de cooperación entre empresarios de empresas coordinadas, que prestan servicios en el mismo centro de trabajo. Para ello, el artículo prevé tres niveles, distinguiendo si la relación entre empresas intercurrentes es de tipo vertical u horizontal.

El apartado primero se refiere a los casos de empresas que concurren en un mismo centro de trabajo con una relación horizontal entre ellas, esto es, sin que haya un empresario que sea titular del centro de trabajo. En tales casos, la norma prevé un genérico deber de cooperación y coordinación entre todas ellas.

Por otra parte, en el supuesto de existir un empresario titular del centro de trabajo, nos hallaríamos ante la situación contemplada en el apartado segundo del artículo 24 LPRL, según el cual, además del genérico deber de cooperación, el empresario titular del centro de trabajo está obligado a una información preventiva⁴⁰⁹ dirigida a los restantes empresarios, que habrán, a su vez, de remitirla a sus propios trabajadores. La relación entre el titular del centro de trabajo y los restantes empresarios que desempeñan en él su actividad es de tipo vertical, puesto que la posición del primero es preeminente, al ser la “persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo” (Artículo 2 del Real Decreto de Coordinación de Actividades). La titularidad del centro de trabajo no tiene que ser necesaria de tipo dominical, sino que bastaría cualquier título jurídico que le coloque en situación preeminente frente a los demás empresarios que desempeñan actividades en el centro de trabajo⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Cfr. MONTOYA MELGAR, A., “Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, cit., pág. 315.

⁴¹⁰ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 76. Señala el autor que los deberes que impone el artículo 24.2 LPRL se le imputan al empresario titular en exclusiva, y exige una previa evaluación de los riesgos objeto del deber, a diferencia de lo que ocurre con los

Así pues, el titular del centro de trabajo tiene deberes de coordinación y cooperación, y además debe adoptar medidas para que los empresarios que desarrollen actividades en su centro reciban la información que abarca los riesgos existentes, las medidas preventivas y de protección a adoptar y las medidas de protección y emergencia⁴¹¹. Información toda ella que debe suministrarse con carácter previo al inicio de las actividades.

El artículo 12.13 TRLISOS considera como infracción administrativa grave el no adoptar, los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales.

La infracción se corresponde con la obligación prevista en el artículo 24.1 LPRL para los casos del apartado primero, en que en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, estableciendo a tal fin, los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores.

Los sujetos responsables de esta infracción serían todas las empresas y todos los trabajadores autónomos que presten sus servicios en un mismo centro de trabajo, aun cuando no fueran empresarios titulares de la relación laboral.

Por otra parte, el artículo 12.14 TRLISOS contempla otra conducta infractora de carácter grave también en relación con la concurrencia de actividades empresariales: “no adoptar el empresario titular del centro de trabajo las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia, en la forma y con el

otros empresarios, a los que únicamente se les encomienda que trasladen la información recibida del titular a sus propios trabajadores.

⁴¹¹ La información que ha de suministrar el titular del centro de trabajo viene exigida en el artículo 4 del RDCA.

contenido y alcance establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales”.

Sujeto responsable será el titular del centro de trabajo, es decir, será aquél que ostenta el control de la actividad en el centro de trabajo, lo que deriva de la titularidad jurídica del mismo, si bien no es necesario que sea titularidad dominical, sino que basta la existencia de cualquier título jurídico, privativo de un determinado empresario, que lo sitúe en una situación preeminente respecto de los demás⁴¹².

Los deberes que tiene el titular del centro de trabajo son de información, de cooperación y de dar instrucciones a los demás empresarios. En caso de faltar a alguno de estos deberes, incurrirá en la infracción grave.

Por otra parte, en caso de que estas infracciones las cometa el empresario en actividades peligrosas o con riesgos especiales, la infracción se convierte en la muy grave prevista en el artículo 13.7 TRLISOS. Y ello por cuanto el potencial lesivo se amplifica en el caso de actividades calificadas como peligrosas⁴¹³. Tales actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales no son otras que las señaladas en el Anexo I RSP.

2.9. Infracciones en el sector de la construcción.

La mayor siniestralidad del sector de la construcción justifica un tratamiento específico de sus riesgos por parte de la normativa sustantiva, así como una serie de infracciones específicas en caso de incumplimiento de dicha normativa. Rige, por tanto, el principio de especialidad de la materia, a la hora de determinar las infracciones por incumplimientos en prevención de riesgos laborales.

⁴¹² Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 75.

⁴¹³ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 99.

Ya vimos las infracciones leves en construcción, al tratar sobre las mismas en el apartado dedicado a infracciones leves. Ahora, para una mayor claridad expositiva, veremos de manera conjunta las infracciones graves y muy graves, señalando el criterio que distingue unas de otras, que en la mayoría de los casos es que la actividad se considere como peligrosa o con riesgos especiales, para que una misma conducta pase a ser considerada como infracción muy grave, en lugar de grave. Téngase en cuenta, a estos efectos, que las actividades peligrosas o con riesgos especiales en el sector de la construcción vienen recogidas, en una relación *numerus apertus*, en el Anexo II del RD 1627/1997, por el que se regulan las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción⁴¹⁴.

El estudio sobre las infracciones de seguridad y salud en la construcción lo vamos a realizar agrupando las infracciones en dos ámbitos: por una parte, aquéllas relacionadas con la falta de evaluación de riesgos en la construcción, y por otro, las infracciones relativas a los supuestos de concurrencia empresarial en la construcción. Para ello, analizaremos los dos puntos de referencia normativos básico en el sector: el Real Decreto 1627/1997, de seguridad y salud

⁴¹⁴ El Anexo II del RD 1627/1997 recoge una relación no exhaustiva de trabajos con riesgos especiales, esto es, la enumeración se recoge a título ejemplificativo, sin perjuicio de que pueda advertirse la existencia de otros trabajos, no recogidos expresamente en la enumeración, y que por las circunstancias puedan considerarse como con riesgos especiales. Los trabajos identificados como tales son: 1. Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo. 2. Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos suponga un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible. 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas. 4. Trabajos en la proximidad de líneas eléctricas de alta tensión. 5. Trabajos que expongan a riesgo de ahogamiento por inmersión. 6. Obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos. 7. Trabajos realizados en inmersión con equipo subacuático. 8. Trabajos realizados en cajones de aire comprimido. 9. Trabajos que impliquen el uso de explosivos. 10. Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados.

en las obras de construcción, y la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, junto con el RD 1109/2007 de desarrollo.

2.9.1. Infracciones de falta de evaluación de riesgos en el sector de la construcción.

La identificación y evaluación de riesgos en la construcción se realiza a través de un instrumento específico, cual es el Plan de Seguridad y Salud, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del RD 1627/1997. De acuerdo con la norma sustantiva, cada contratista, en ejecución de su contrato, 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. Así, el Plan de Seguridad y Salud constituye el instrumento básico de ordenación de las actividades de identificación y, en su caso, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva. Es decir, de acuerdo con el principio de especialidad, en la construcción la evaluación y planificación de los riesgos laborales se hará a través del Plan de Seguridad y Salud en el trabajo, elaborado por el contratista, que desarrollará el Estudio o Estudio básico elaborado por el promotor.

En este sentido, a la hora de identificar responsabilidades en caso de incumplimiento, se hace preciso distinguir los sujetos intervinientes en la obra, y las obligaciones de cada uno de ellos. Para ello seguiremos las definiciones que de los mismos se contienen en el artículo 2 RD 1627/1997.

Promotor es cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra. Entre sus obligaciones destaca la de realizar un Estudio o Estudio básico de seguridad y salud en el proyecto de obra.

Contratista es la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. En desarrollo del Estudio o Estudio Básico realizará un Plan de Seguridad y

Salud de los trabajos, que es el instrumento básico para la evaluación de riesgos laborales en la obra.

Las características propias de la obra de construcción, los riesgos especiales a los que se ven sometidos los trabajadores, el carácter temporal de los mismos en la medida en que avanzan los trabajos, y el cambio de los riesgos a que en consecuencia se ven sometidos los trabajadores hacen que una Evaluación de Riesgos al uso sea insuficiente para una obra de construcción, y el legislador ha optado por un instrumento específico, cual es el Plan de Seguridad y Salud.

Así, la evaluación de los riesgos en la obra corresponde al contratista, que al ser quien asume ante el promotor el compromiso de ejecución de la obra –en todo o en parte- es quien va a ser el empresario de los trabajadores durante la ejecución de la obra. Y es por ello que, en caso de incumplimiento de elaboración o seguimiento del Plan de Seguridad y Salud, sujeto responsable va a ser el contratista, que es aquél sobre el que recae la obligación.

Así, el apartado 23 del artículo 12 TRLISOS tipifica dos comportamientos como infracción grave, por incumplimiento de elaborar el plan de seguridad y salud (o cumplimiento defectuoso) y por no seguimiento del mismo.

Artículo 12.23 TRLISOS: *En el ámbito de aplicación del 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:*

a) Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo.

b) Incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

Por una parte, se tipifica el incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo. Se pretende así huir de un cumplimiento “meramente formal” de la obligación, y tratar de evitar la existencia de planes de seguridad “tipo”, que no se adapten a la realidad de la obra. En este sentido, habría que destacar que el plan de seguridad y salud es deudor, como se ha indicado, del Estudio o Estudio Básico de seguridad y salud, de ahí que tenga un carácter de desarrollo de éste, y en caso de incorporar propuestas alternativas, han de estar justificadas técnicamente, y no han de suponer una disminución de los niveles de protección establecidos en el estudio. De ahí que el plan de seguridad y salud y sus posibles modificaciones hayan de estar aprobadas por el coordinador de seguridad y salud, o en su caso, por la dirección facultativa⁴¹⁵. Se trata, en definitiva, de garantizar que el plan sea efectivamente un documento protector de la seguridad y salud de los trabajadores, y no un mero formalismo.

Por otra parte, se tipifica también como infracción grave no cumplir con la obligación de seguimiento del plan con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que implicaría tanto la no adaptación del plan a las circunstancias cambiantes de la obra, como el incumplimiento del control de la aplicación de las medidas previstas en el mismo⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 223.

⁴¹⁶ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 78.

Se trata de un doble comportamiento, análogo a los de falta de evaluación y la falta de planificación previstos con carácter general. Aquí procede aplicar estos tipos infractores del apartado 23 debido a la especialización de la materia, cual es la construcción y los instrumentos específicos que prevé la normativa para garantizar la seguridad y salud en este sector que destaca por una mayor siniestralidad.

En cuanto al seguimiento del Plan de Seguridad y Salud, se hace preciso tener en cuenta otro instrumento previsto con carácter específico en la construcción, cual es el Libro de Incidencias. Se trata de un instrumento formal específico para el seguimiento y control del plan de seguridad y salud, a disposición del contratista, subcontratistas y trabajadores autónomos, abierto también a la dirección facultativa y otros sujetos –representantes de los trabajadores e Inspección de Trabajo fundamentalmente-. En el Libro de Incidencias se pueden realizar anotaciones sobre el seguimiento del plan a los fines de control y seguimiento del plan, de tal manera que no realizar ni reflejar el seguimiento a través del libro de incidencias podría determinar la responsabilidad administrativa, de cada uno de los sujetos responsables.

Por otra parte, como venimos diciendo, el Plan de Seguridad es deudor del Estudio de Seguridad o Estudio Básico. De ahí la importancia de tal Estudio en relación a la prevención de los riesgos laborales en obra. El Estudio o Estudio Básico ha de ser elaborado por el promotor en la fase de proyecto, en aquellas obras con proyecto.

Pues bien, en caso de incumplimiento de la obligación de llevar a cabo el Estudio o Estudio Básico, el promotor incurrirá en la infracción prevista en el apartado 24.b) del artículo 12 TRLISOS. Así, se tipifica “incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales”. La obligación del promotor se configura así como de resultado, sin que sea suficiente su encargo al técnico competente o coordinador de seguridad en fase de proyecto, puesto que se ha de llevar a cabo con el alcance y contenido previsto en la normativa de prevención, por lo que de nuevo nos encontramos ante una persecución del cumplimiento meramente formal de la normativa, tratando de evitar Estudios tipo.

En cualquier caso, Estudio Básico o Estudio de Seguridad habrá en obras con proyecto, no siendo necesario en las obras sin proyecto, puesto que el Estudio forma parte de aquél. Teniendo en cuenta que para saber qué obras precisan proyecto, hay que acudir a la normativa extralaboral, concretamente a la Ley 38/1999 de Edificación, en cuyo artículo 2 se prevén las obras que habrán de tener proyecto para su ejecución. Esta remisión a la normativa extralaboral es un caso claro de normativa jurídico-técnica que, sin ser normativa preventiva propiamente dicha, tiene incidencia en la materia.

Además, constituyen también infracción aquellos estudios que “presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y salud de la obra”. Se tipifica de esta forma la falta de correspondencia con el principio de coherencia recogido en el artículo 5.3 RD 1627/1997, ya que el Estudio de seguridad y salud forma parte del proyecto de obra y debe incluir las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que comporte la realización de la obra, por lo que un Estudio de Seguridad que no corresponda a estas exigencias será constitutivo de infracción siempre que se trate de deficiencias o carencias significativas, y que aquéllas sean graves, interpretando la noción de gravedad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 LPRL⁴¹⁷.

2.9.2. Infracciones relativas a supuestos de concurrencia empresarial en las obras de construcción

En este segundo grupo de infracciones relativas al sector de construcción, vamos a analizar por separado las infracciones por incumplimiento del deber de cooperación en el sector de construcción, por un lado y las infracciones en el ámbito de la Ley Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, por otro.

⁴¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M., y RICO LETOSA, S., “Artículo 12: Infracciones graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 225.

2.9.2.1. Infracciones por incumplimiento del deber de cooperación en el sector de la construcción.

El RD 1627/1997 prevé un sistema de coordinación específico en el sector de construcción, del que ya dimos cuenta en la primera parte del presente estudio, a la que nos remitimos de manera expresa en lo referente a los distintos sujetos intervinientes en la obra⁴¹⁸.

El papel principal de coordinación lo tiene la figura del promotor, por ser el propietario de la obra, esto es, la persona física o jurídica por cuenta de la que se efectúa la obra. Su deber fundamental en materia de coordinación es el de nombrar Coordinador de Seguridad y Salud, tanto durante la elaboración del proyecto como durante la ejecución de la obra.

Así, en materia de responsabilidad, tenemos que en el sector de la construcción habrá un responsable de coordinar la actividad, que es el promotor, y éste habrá de designar a la persona que constituye como medio de coordinación específico, que será el Coordinador de Seguridad y Salud, que estará encargado de cumplir con el deber de coordinación⁴¹⁹.

La obligación de designar Coordinador de Seguridad y Salud lleva aneja la infracción en caso de incumplimiento. De manera que las infracciones del promotor en la obra lo serán a través de incumplimientos que materialmente serán realizados por el coordinador de seguridad y salud cuando éste haya sido nombrado.

Así, el apartado 24 del artículo 12 prevé dos infracciones relacionadas con el nombramiento y la actuación del Coordinador de Seguridad y Salud.

⁴¹⁸ Vid., Supra, Parte I, Capítulo 2, Apartado 2.3.

⁴¹⁹ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 218.

Artículo 12.24 TRLISOS:

No designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo.

Incumplir los coordinadores de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del RD 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra.

Sujeto responsable de ambas infracciones es el promotor, aun cuando no es sujeto de la relación laboral, e incluso se trata de conductas que propiamente no comete él, sino el coordinador de seguridad y salud. Ello nos lleva a detenernos en la responsabilidad de esta figura. Por una parte, llama la atención que la normativa sancionadora prevé la responsabilidad en este caso de quien no es sujeto de la relación laboral, y es que el promotor no es empresario en sentido laboral, puesto que no es uno de los empresarios concurrentes cuyos trabajadores desarrollan actividades en la obra⁴²⁰. Y aun cuando en este estudio nos centramos en la responsabilidad administrativa del empresario, y por tanto, la responsabilidad del promotor quedaría extra muros de nuestra mirada, nos ha parecido oportuno tratarlo aquí por los temas específicos de responsabilidad que plantea, y su afectación directa a los intereses de los trabajadores, en relación con la protección de su seguridad en la obra, que precisa de una clara labor de coordinación dada la gran variedad de sujetos que intervienen en la misma.

Por otra parte, además, podemos preguntarnos aquí si estamos ante un caso de responsabilidad que podríamos llamar por hechos de otro, puesto que en caso de que el Coordinador de Seguridad no cumpla con sus funciones, responderá administrativamente el promotor. Sería éste un supuesto en el que hemos de preguntarnos si autoría y responsabilidad están disociados. Como vimos en la primera parte⁴²¹, autor es el infractor, a quien se le aplicaría la regla de la

⁴²⁰ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 218.

⁴²¹ Vid., Supra, Parte I, Capítulo 1, Apartado 3, y parte II, Capítulo 1, Apartado 2.3.

culpabilidad propiamente dicha. Responsable, sin embargo, será quien debe soportar las consecuencias de la infracción. Lo habitual será que autor y responsable sean el mismo sujeto, pero puede ocurrir que no sea así, como por ejemplo en el caso de las personas jurídicas, en que el autor será la persona física concreta, mientras que la responsabilidad recaerá sobre la persona jurídica en nombre de quien actúa. Pues bien, aquí tendríamos un incumplimiento que es cometido por el Coordinador de Seguridad, y una responsabilidad que se le imputa al promotor.

Pero en puridad, sin embargo, no nos encontramos ante la responsabilidad por hechos de otro, sino que el promotor incurre en una responsabilidad que le es propia, por culpa *in eligendo*, ya que al promotor le corresponde elegir un Coordinador que realice sus tareas con diligencia, de tal modo que tendrá responsabilidad administrativa por culpa *in eligendo* si el Coordinador no cumple con sus funciones. No se trata, pues, de una responsabilidad objetiva por hechos de otro, sino de una responsabilidad directa por hechos propio, no quebrándose aquí, por tanto, el principio de culpabilidad.

Por otra parte, por lo que se refiere a la posible comisión muy grave, hay que señalar que el artículo 13 TRLISOS no prevé de manera expresa que estas infracciones del promotor puedan ser muy graves en caso de que se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales. Algunos autores han defendido la posibilidad de que, en caso de que se incumpla con la obligación de designar coordinador de seguridad o en caso en que éste no realice las funciones derivadas de la coordinación en el artículo 13.8 a) TRLISOS referido al incumplimiento del promotor de sus obligaciones de informar y dar instrucciones para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo, para los casos de actividades peligrosas o con riesgos especiales⁴²², y ello por cuanto el promotor cumpliría la obligación de dar instrucciones a través de las impartidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, y resultaría que la falta de nombramiento de éste

⁴²² En esta línea se manifiesta COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 221.

último supondría una infracción del artículo 13.8.a) TRLISOS. Sin embargo, a nuestro juicio, no se podría subsumir en esta infracción muy grave la falta de nombramiento de coordinador, puesto que ello iría contra el principio de taxatividad y tipicidad, ya que no es una conducta de las previstas en dicho artículo 13.8.a) TRLISOS, por lo que entendemos que procedería aplicar la infracción grave, aun cuando se tratara de actividades de las reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.

Si bien, entendemos que el legislador debiera pensar en la posibilidad de añadir al elenco de infracciones muy graves los incumplimientos del promotor en caso de actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales, y ello aun cuando tal circunstancia supondría que la mayoría de las infracciones en este ámbito pasarían a ser muy graves, por la especial gravedad de los trabajos implicados en las obras de construcción.

Por otro lado, el incumplimiento de las obligaciones de información o instrucción por parte del promotor será constitutivo de la infracción recogida en el artículo 12.24.c) TRLISOS.

Artículo 12.24.c) TRLISOS:

No adoptar las medidas necesarias para garantizar, en la forma y con el contenido y alcance previsto en la normativa de prevención, que los empresarios que desarrollen actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.

Esta infracción grave sí tiene, a diferencia de la anterior, su correlato de infracción muy grave, para los casos en que dichas conductas se produzcan en actividades consideradas reglamentariamente como peligrosas o con riesgos especiales. Así, el artículo 13.8.a) TRLISOS cita expresamente al promotor como posible sujeto responsable.

Por otra parte, además del promotor, la normativa prevé otras responsabilidades en materia de coordinación para el resto de sujetos intervinientes en la obra. Así,

contratistas, subcontratistas y trabajadores autónomos están obligados a observar las medidas concretas de coordinación adoptadas por el coordinador de seguridad y salud y a informar a sus respectivos trabajadores sobre las mismas (artículo 11 RD 1627/1997). El incumplimiento de estas obligaciones estaría incluido en la infracción grave del artículo 12.13 o en la muy grave del artículo 13.7 TRLISOS, que, si bien no son preceptos específicos del sector de construcción, entendemos se aplicarían al resto de empresarios intervinientes en la obra, en caso de no observar las medidas concretas previstas por el coordinador de seguridad.

2.9.2.2. Infracciones en el ámbito de la Ley reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.

La Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción nació con la intención de poner orden en la cadena de subcontratación en el sector de la construcción, ya que el exceso en la cadena de subcontratación es una de las causas de la mayor siniestralidad del sector, tal y como se recoge en su Exposición de Motivos. La Ley ha sido desarrollada por el RD 1109/2007. Se regula así la subcontratación en la construcción de manera sectorial, abordando las cuestiones y necesidades específicas de este sector.

En cuanto a su ámbito de aplicación, es coextenso con el propio del RD 1627/1997, incluyendo a los contratos que se celebren en régimen de subcontratación para la ejecución de los trabajos enumerados en el artículo 2 de la propia Ley⁴²³.

El punto crucial de la Ley ha sido el limitar la cadena de subcontratación, que no podrá ir más allá del tercer subcontratista. Únicamente en casos excepcionales,

⁴²³ Cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 225.

por la especialización de las tareas, se podrá autorizar un nivel adicional de subcontratación por parte de la Dirección Facultativa.

También se ha limitado la subcontratación, cualquiera que sea el nivel, a determinados empresarios intervinientes en la obra, concretamente a los trabajadores autónomos, que no podrán subcontratar los trabajos por ellos contratados, y también se prohíbe la subcontratación a las empresas cuya actividad fundamental sea la aportación de mano de obra.

Junto a estas prohibiciones, la Ley establece otras obligaciones formales que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones materiales. Así, el contratista deberá llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación, en el que se anotarán las empresas subcontratadas, su comitente y el nivel de subcontratación.

Por otra parte, las empresas que quieran participar en la subcontratación, deberán estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas, y garantizar que poseen medios propios, y recursos humanos a nivel productivo y directivo con formación suficiente y adecuada en prevención de riesgos laborales.

En caso de incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, se tipifican las correspondientes infracciones a los distintos sujetos responsables, que analizamos a continuación.

2.9.2.2.1. Incumplimientos de los subcontratistas

Ya vimos al analizar las infracciones leves, que el artículo 11.7 TRLISOS tipifica la no disposición de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, y de cuanta documentación sea exigida por las disposiciones legales vigentes.

En cuanto a las infracciones graves, se contemplan en el apartado 27 del artículo 12, que tipifica en su apartado a) dos conductas, por un lado, incumplir el deber de acreditar que dispone de los recursos humanos tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de

riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada y, por otro lado, la falta de inscripción en el registro correspondiente.

Artículo 12.27 TRLISOS: *En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, los siguientes incumplimientos del subcontratista:*

a) El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente.

(...)

c) Proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, o permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en el supuesto anterior y sin que concurran en este caso las circunstancias previstas en la letra c) del apartado 15 del artículo siguiente, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el mismo artículo siguiente

Respecto de la primera conducta, distinguimos a su vez la falta de acreditación de que dispone de recursos humanos con formación preventiva, y por otra la falta de acreditación de que dispone de organización preventiva adecuada. Se trata de una conducta que no tipifica la falta de formación de los trabajadores o la falta de organización preventiva –conductas ambas ya tipificadas de manera separada-, sino que aquí se exige un plus en este sector, y es que se acredite que se posee. Y el momento de acreditarlo será precisamente en el momento de

solicitar la inscripción en el registro de empresas acreditadas (REA en adelante), tratándose de una “autoacreditación”, puesto que no se comprueba por parte de la Administración si se cumplen o no los requisitos, sino que basta con la inscripción en REA que presupone que se han acreditado los requisitos. Por ello, la acreditación está unida, en la práctica, a la inscripción en REA, y por tanto a la segunda conducta infractora⁴²⁴.

Por otra parte, en cuanto a la inscripción en REA, la infracción será no sólo por la falta de inscripción, sino también por no haber renovado la inscripción a la expiración del plazo previsto, ya que Según el Artículo 6 del Real Decreto 1109/2007, la inscripción en el Registro tendrá un periodo de validez de 3 años renovables por periodos iguales. Así, si la empresa no ha solicitado la renovación de la inscripción, incurriría también en esta infracción.

Por otra parte, hay que tener en cuenta también que en caso de que estas conductas se den en trabajos con riesgos especiales, nos encontramos ante la infracción muy grave del artículo 13.15.a) TRLISOS.

Por su parte, el artículo 12.27c) TRLISOS tipifica también como infracción del subcontratista el incumplimiento del régimen de subcontratación, pues se tipifica como infracción grave la subcontratación con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin que disponga de aprobación de la dirección facultativa. En caso de cometer esta infracción en actividades peligrosas o con riesgos especiales la infracción será muy grave, de acuerdo con el artículo 13.15.b) TRLISOS.

Es decir, en caso de incurrir en alguna de las prohibiciones de subcontratación, nos encontraríamos ante la comisión de esta infracción. Esto es, incurriría en esta infracción el tercer subcontratista que subcontrate sin autorización de la dirección facultativa, o el primer o segundo subcontratista si son trabajadores autónomos o aportan únicamente mano de obra, y subcontratan sin autorización.

Por otra parte, el artículo 12.27 en su apartado a) y c) tipifican los incumplimientos del subcontratista del deber de vigilancia. Concretamente, el

⁴²⁴ Cfr. En este sentido COS EGEEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 227-230.

apartado a) tipifica el incumplimiento de la empresa subcontratista de su deber de verificar el cumplimiento por parte de los subcontratistas con que contrate de sus obligaciones de acreditación y registro. Esto implica que para incurrir en esta infracción, el subcontratista ha de ser, a su vez, comitente y haber hecho uso de su facultad de subcontratar con otra empresa o trabajador autónomo, habiendo, por tanto, un deber de vigilancia en cascada⁴²⁵. Esta infracción será muy grave, si se comete en actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales, según el artículo 13.15 a) y b).

Un último incumplimiento tipificado del subcontratista es el falseamiento de datos que debe comunicar al contratista o subcontratista comitente. Se trata de una infracción muy grave prevista en el artículo 13.15.c) y que no tiene correlato con infracción grave, esto es, si se falsean datos, la infracción es directamente considerada como muy grave, sea cual fuera la peligrosidad de las actividades que se desarrollen.

Que la infracción sea muy grave entendemos que tiene lógica por la intención de engaño que se pone de manifiesto, mediante el falseamiento de datos. Es por ello que entendemos que es el ánimo de engaño manifiesto lo que hace que la comisión de esta infracción sea directamente muy grave, sin que quepa la posibilidad de la infracción grave⁴²⁶, por el plus de antijuridicidad que supone la intención de engaño manifiesto.

⁴²⁵ Cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 239.

⁴²⁶ En contra, COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 241. El autor entiende que, si se trata de una actividad que no sea de las reglamentariamente previstas como peligrosas o con riesgos especiales, la conducta se debería subsumir en la infracción grave prevista en el artículo 12.27.b), por falta de comunicación de datos. Sin embargo, entendemos que la falta de comunicación de datos no tiene la misma entidad que el falseamiento, y es por ello por lo que la conducta de falseamiento merece un mayor desvalor, incluso si la actividad en la que se desarrolla no es considerada como peligrosa o con riesgos especiales.

2.9.2.2.2. Incumplimientos del contratista.

El apartado 28 del artículo 12 TRLISOS prevé infracciones graves del contratista, respecto de los incumplimientos por obligaciones específicas que son suyas.

Artículo 12.28 TRLISOS: *Se consideran infracciones graves del contratista, de conformidad con lo previsto en la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción:*

a) No llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación exigido, o no hacerlo en los términos establecidos reglamentariamente.

b) Permitir que, en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan empresas subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, y sin que concurren las circunstancias previstas en la letra c) del apartado 15 del artículo siguiente, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el mismo artículo siguiente.

c) El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, y salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente.

d) La vulneración de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre las contrataciones y subcontrataciones que se realicen en la obra, y de acceso al Libro de Subcontratación, en los términos establecidos en la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

Así, en primer lugar, será infracción grave, prevista en el apartado a) no llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación. En este sentido, señalar como ya se indicó al hablar de las infracciones leves⁴²⁷, que resulta contradictorio que carecer de libro de subcontratación se considere infracción leve, y sin embargo el no llevarlo en orden y al día sea considerado como infracción grave, cuando

⁴²⁷ Vid., Supra, Parte II, Capítulo 2, Apartado 1.4.1.

resulta un incumplimiento mayor carecer de él en absoluto, más que no llevarlo en orden y al día.

Por otro lado, será también infracción grave prevista en el apartado b) del subcontratista permitir que, en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente sin que disponga de aprobación de la dirección facultativa. Así, el contratista responderá de esta infracción, aunque no sea el comitente del sujeto que incumple el régimen de subcontratación, por estar en el ámbito de ejecución de su contrato. Esta infracción será muy grave cuando se trate de actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales, según el artículo 13.16.a) TRLISOS.

El apartado c) del artículo 12.28 TRLISOS prevé un incumplimiento especular con el del subcontratista, por no acreditar que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate.

La infracción será muy grave si se produce en actividades peligrosas o con riesgos especiales, por la trascendencia de estas actividades a la hora de calificar el ilícito, que le da mayor trascendencia infractora.

Por último, el contratista incurrirá también en infracción grave de acuerdo con el apartado d) del artículo 12.28 TRLISOS, si vulnera los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre las contrataciones y subcontrataciones que se realicen en obra, y de acceso al Libro de Subcontratación. Se trata de la tipificación específica del derecho de información de los representantes de los trabajadores, que tiene un contenido específico en el ámbito de la subcontratación, y por ello es merecedor de una infracción diferenciada del genérico deber de información a los representantes de los trabajadores.

2.9.2.2.3. Incumplimientos del promotor

El apartado 29 del artículo 12 TRLISOS recoge una infracción grave del promotor, en materia de subcontratación en la construcción, a salvo de que pudiera considerarse como muy grave, de concurrir actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.

Artículo 12.29 TRLISOS:

En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, es infracción grave del promotor de la obra permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma prevista en dicha Ley, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave.

Así, la posibilidad de ampliación de la subcontratación a un nivel adicional hasta el cuarto nivel, exige, como requisitos, que se trate de casos de fuerza mayor debidamente justificados, por exigencias de la especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en obra.

Trata aquí la norma sustantiva de dificultar la extensión de la cadena de subcontratación hasta el infinito, poniendo límites para evitar que se diluya la responsabilidad en las partes inferiores de la cadena.

En caso de que se trate de primeras y segundas contrataciones de trabajadores autónomos o de aportación de mano de obra únicamente, la subcontratación excepcional sólo podrá motivarse en causas de fuerza mayor.

Así, el nivel de subcontratación adicional debe ser aprobado por la dirección facultativa, debiéndose hacer constar esta aprobación y la causa motivadora en el Libro de Subcontratación.

La infracción se comete si se aprueba por parte de la Dirección Facultativa esta subcontratación adicional, sin que concurren las causas que la hacen posible, de lo que será responsable el promotor por culpa *in vigilando* de aquello que realiza la dirección facultativa.

La infracción será muy grave, en caso de tratarse de trabajos con riesgos especiales, de acuerdo con el artículo 13.17 TRLISOS, tal y como señalaremos en el apartado siguiente al tratar sobre las infracciones muy graves.

3. Infracciones muy graves

Tras haber analizado las infracciones leves y graves, corresponde ahora detenernos en las infracciones muy graves, que son aquéllas en las que, por su mayor trascendencia y afectación a la seguridad y salud, tienen una mayor respuesta por parte del Ordenamiento Jurídico, atendiendo a los bienes jurídicos que se protegen, que no son otros que la vida e integridad física y psíquica de los trabajadores.

3.1. Colectivos especiales de riesgo

En el apartado anterior de infracciones graves, vimos cómo la adscripción de trabajadores a puestos incompatibles con su situación psico-física conocida por el empresario podía llegar a ser una infracción muy grave, siempre que se generara un riesgo grave e inminente para el trabajador o para otros trabajadores de la empresa. Se trataría de un colectivo de especial riesgo, precisamente por su situación de especial sensibilidad, y cuya infracción de la normativa puede ser grave o muy grave, como vimos más arriba, y damos aquí por reproducido.

Junto a este colectivo, nos encontramos con otros dos que tienen también una situación de especial sensibilidad, cuales son las trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia, y los trabajadores menores de edad. En estos dos casos, la infracción de la normativa sustantiva se considera directamente como

infracción muy grave, por entender que son colectivos especiales, cuya protección requiere la mayor reacción del ordenamiento administrativo.

3.1.1. Trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia

El artículo 13 TRLISOS comienza el elenco de infracciones muy graves en su apartado 1, referido a la desprotección de las trabajadoras en situación de embarazo o lactancia.

Artículo 13.1 TRLISOS:

No observar las normas específicas de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia.

La norma sancionadora no utiliza la técnica reduplicativa para la definición del tipo infractor, sino que se limita al reenvío a la norma sustantiva protectora.

Se trata con esta infracción de velar por el bien jurídico que es la salud de la madre y del hijo, frente a los riesgos que puedan derivarse del trabajo. La normativa sustantiva al respecto se contiene en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que regula de manera conjunta el riesgo en el embarazo y el riesgo en la lactancia natural.

Comenzando por el embarazo como situación protegida por el artículo 26 LPRL, lo primero que hay que tener en cuenta es la propia aplicabilidad de la normativa en relación con la comunicación de la situación de embarazo por parte de la trabajadora. Y es que el artículo 26 LPRL no contempla la obligación de la trabajadora de comunicar su estado al empresario. Ello supone una mejora respecto a la normativa comunitaria, puesto que la protección del artículo 26 LPRL alcanzará a todas las trabajadoras que estén en alguna de las situaciones protegidas, lo hayan comunicado o no. De este modo, el empresario estará obligado a proteger adecuadamente a la trabajadora embarazada cuando tenga conocimiento de su estado, bien porque se lo haya comunicado la trabajadora,

bien porque sea evidente, o bien porque lo haya sabido por terceras personas⁴²⁸. Si bien, parece claro que la obligación de implementar las medidas protectoras dependerá de que el empresario tenga conocimiento de ello por cualquier medio, no pudiendo aplicarlas sino hasta que no conozca del embarazo.

En cualquier caso, entre las obligaciones preventivas que tiene el empresario, el artículo 26 LPRL destaca un instrumento básico, en torno al cual se articula toda la prevención de riesgos laborales, cual es la Evaluación de Riesgos. Y es que la obligación principal y primera del empresario, como garante de la salud de la trabajadora embarazada, es la obligación de evaluar los riesgos que puedan influir negativamente en su salud⁴²⁹. Es por ello que, en el momento inicial de la evaluación, se ha de realizar, además de la evaluación inicial general y objetiva de los riesgos a los que están expuestos los trabajadores, prevista en el artículo 16 LPRL, otra evaluación, también general y objetiva, de los riesgos a los que pueden estar expuestas las trabajadoras embarazadas, consideradas como grupo de trabajadoras expuestas a “riesgos especiales”, tal y como viene establecido en el artículo 26 LPRL. Esta evaluación se ha de hacer de manera inicial, con independencia de que haya o no trabajadoras embarazadas en ese momento. Esta evaluación incluirá una relación de puestos de trabajo exentos de riesgo para las trabajadoras embarazadas, al que se podrán destinar las

⁴²⁸ En la normativa comunitaria, se hace depender la activación de la protección de la trabajadora embarazada de la comunicación que ella haga del embarazo al empresario (artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE). Ello hace que la doctrina esté dividida al respecto, en cuanto a la necesidad de la comunicación por parte de la trabajadora para implementar las medidas. Al respecto, muy interesante resumen de las dos posturas doctrinales lo encontramos en LÓPEZ RUBIA, M.E., *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 211-217.

⁴²⁹ CARDONA RUBERT, M.B., *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pág. 32. Se considera por la autora obligación principal porque es el pilar que sostiene la tutela que el empresario está obligado a proporcionar a la trabajadora, y primera porque de las conclusiones de la evaluación se derivan obligaciones para el empresario que componen la batería de medidas previstas en el artículo 26 LPRL.

mismas una vez que el empresario tenga conocimiento de la situación de embarazo.

Las demás medidas que prevé el artículo 26 LPRL parten de los resultados de esta primera evaluación de los riesgos para las trabajadoras embarazadas que haya en los puestos de trabajo. Así, una vez que el empresario tenga conocimiento del embarazo de una trabajadora, y teniendo en cuenta los resultados de la evaluación de riesgos, habrá de adoptar las medidas concretas que prevé de manera sucesiva el propio artículo 26 LPRL: la adaptación de las condiciones de trabajo, el cambio de puesto o función, y si todo ello no es posible, la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Así, en caso de derivarse riesgos para la salud de la madre o del feto, el primer paso será la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo. Se trata de adaptar las condiciones del puesto de trabajo, de tal modo que no implique cambio de puesto, y la trabajadora pueda continuar realizando su trabajo. Para la adaptación de condiciones materiales, el empresario podría tener en cuenta medidas de tipo ergonómico –por ejemplo, facilitar a la trabajadora una silla o taburete para que no tenga que realizar todo su trabajo de pie, o la utilización de equipos mecánicos que eviten manipulación manual de cargas-, o se podría también proceder a la adecuación de condiciones ambientales como la temperatura o el ruido⁴³⁰.

Más interesante resulta aún la adaptación del tiempo de trabajo, sobre todo en lo que se refiere al trabajo nocturno y a turnos, que suponen una mayor carga física y psíquica en las trabajadoras embarazadas. Especialmente, por la gran incidencia que este trabajo tiene en el sector sanitario, donde es muy fuerte la presencia femenina.

En este sentido, el artículo 26.1 LPRL señala de forma expresa que, dentro de las medidas de adaptación, se incluirá “cuando sea necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”. El trabajo nocturno no queda absolutamente prohibido, puesto que ello supondría una vulneración de la

⁴³⁰ Cfr. LÓPEZ RUBIA, M.E., *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, cit., págs. 227-228.

igualdad entre hombres y mujeres en lo relativo a las condiciones de trabajo⁴³¹. Pero no resultando prohibido, sí se considera una situación de riesgo a efectos de protección. Por tanto, la no realización de trabajo a turnos o nocturno es una de las medidas destinadas a la adaptación del tiempo de trabajo que dependerá de los resultados que arroje la evaluación de riesgos. Si de la evaluación se deriva que la realización de trabajo nocturno o a turnos puede suponer riesgo para la trabajadora embarazada, habrá que adoptar medidas para que no se realice dicho trabajo nocturno o a turnos, según proceda⁴³², que podrán implicar el cambio a un puesto de trabajo diurno⁴³³.

Si la adaptación del puesto de trabajo no resulta posible o es insuficiente, el siguiente paso en la protección es el cambio de puesto o funciones, tal y como prevé el artículo 26.2 LPRL. Para ello, se precisa un doble informe médico, ya que se exige, por un lado, certificado de la Mutua o de los Servicios médicos del Instituto Nacional de Seguridad y Salud (en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales), y por otro

⁴³¹ Así lo ha entendido la jurisprudencia comunitaria, en el Asunto Stoeckel, TTJCE de 25 de julio de 1991.

⁴³² Cfr. LÓPEZ RUBIA, M. E., *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, cit., págs. 231-237

⁴³³ En el caso de que la trabajadora pase a realizar un trabajo diurno, se venía produciendo una situación paradójica, y es que dejaba de cobrar los pluses de nocturnidad por el trabajo que venía realizando, puesto que son pluses unidos al puesto de trabajo y a la condición de trabajo nocturno. Así es que la trabajadora pasaba a realizar trabajo diurno por la situación de riesgo en la que se encontraba, pero dejaba de percibir el salario en la cuantía que lo venía haciendo. Esto ha sido resuelto de manera incidental por el Tribunal Supremo, al menos en parte, para las trabajadoras sanitarias, en Sentencia de 24 enero de 2017, que resuelve que las guardias médicas han de ser tenidas en cuenta para el cálculo del 100% de la base reguladora de la prestación por riesgo durante el embarazo. Se entiende que, si las guardias han de ser tenidas en cuenta para el cálculo de la prestación, también deberían tenerse en cuenta los pluses de trabajo nocturno y seguir cobrándolos la trabajadora en caso de pasar a trabajo diurno, puesto que lo contrario sería una situación de menoscabo de derechos con la única base del embarazo, esto es, una situación de discriminación por razón de género.

el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que atienda a la trabajadora.

En tales casos, el cambio de puesto o funciones se llevará a cabo de acuerdo con las reglas de la movilidad funcional, que puede ser ordinaria (dentro del grupo profesional), o extraordinaria (movilidad a un puesto de trabajo de otro grupo profesional). En ambos casos, habrá de tenerse en cuenta las reglas propias de dicha movilidad, y la trabajadora percibirá el salario del puesto de destino, salvo que sea inferior al suyo propio, en cuyo caso mantendrá el salario del puesto de origen.

Si a pesar de todo, el cambio de puesto o función no fuera posible, entonces procedería la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, que incluye la previsión de la prestación económica de Seguridad Social, por contingencias profesionales, puesto que la Seguridad Social viene a subvenir la situación de necesidad creada por las rentas del trabajo que dejan de percibirse por motivo del riesgo por embarazo.

Por otra parte, en el caso de trabajadora en situación de parto reciente, ésta aparece regulada exclusivamente en el apartado primero del artículo 26 LPRL, lo que supone que, en sentido estricto, para combatir los riesgos en que pueda verse la trabajadora, la empresa sólo está obligada a acudir a la medida preventiva de adaptación de condiciones o tiempo de trabajo, sin que sean de aplicación las mejoras previstas en el apartado segundo (movilidad funcional) y tercero (suspensión del contrato de trabajo)⁴³⁴. Respecto de la tercera mejora (suspensión del contrato de trabajo) tiene sentido que no se prevea para la trabajadora en situación de parto reciente, puesto que estaría amparada por la propia suspensión del contrato de trabajo por maternidad o en su caso por lactancia natural. Sin embargo, no parece sino un descuido del legislador el

⁴³⁴ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 270-271. El autor entiende que, aunque la medida de movilidad funcional no está prevista en este caso de parto reciente, se podría entender incluida en virtud del artículo 25.1 LPRL, que establece la obligación empresarial de no emplear a trabajadores sensibles en puestos de trabajo en los que debido a sus características personales exista un riesgo para su seguridad y salud.

haberse omitido la posibilidad de cambio de puesto o función, que podría ser adoptada, por ejemplo, en los casos en que la mujer decida traspasar al otro cónyuge parte del periodo de descanso de maternidad. En cualquier caso, aun cuando la norma sustantiva se refiere a la trabajadora en situación de parto reciente, la norma sancionadora no la menciona, ya que el artículo 13.1 TRLISOS se refiere sólo a trabajadoras en situación de embarazo o lactancia, por lo que de acuerdo con el principio de tipicidad, parece que el incumplimiento de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 26 LPRL para la trabajadora en situación de parto reciente, quedaría sin protección por parte de la norma sancionadora. Si bien, podría quedar al amparo de la tipificación prevista para incumplimientos relativos a trabajadores especialmente sensibles⁴³⁵.

Por su parte, el riesgo durante la lactancia natural se incluyó por vez primera en la LO 3/2007 (LOI), que modificó el artículo 26 LPRL para incluir el riesgo por lactancia natural, en una regulación paralela con el riesgo por embarazo, para los casos en que las condiciones de trabajo puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo (menor lactante). Lo que se pretende es proteger la salud de la madre y del hijo durante el periodo de lactancia natural.

El esquema de protección para el riesgo de lactancia natural es paralelo al que sigue el riesgo por embarazo, regulándose ambos conjuntamente y con las mismas premisas, por lo que nos remitimos aquí a lo señalado para el riesgo durante el embarazo. Se precisará la evaluación de riesgos, y de acuerdo con sus resultados, se procederá a la adaptación del puesto de trabajo, de no ser suficiente al cambio de puesto o función, y de no ser posible, a la suspensión del contrato de trabajo.

Una vez analizada la normativa sustantiva de aplicación, procede ahora concretar los incumplimientos empresariales subsumibles en el artículo 13.1 TRLISOS, constitutivos de infracción muy grave.

Para ello, en primer lugar, hemos de deslindar la infracción muy grave, de otros incumplimientos de carácter grave. Y es que, en los casos de incumplimientos

⁴³⁵ En este sentido, COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 275-276.

de prevención de riesgos laborales para los riesgos de embarazo y lactancia, tenemos que el empresario puede incumplir la obligación objetiva y genérica de evaluar los riesgos para las trabajadoras embarazadas o en lactancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 LPRL. En este caso, la infracción que procedería aplicar es la grave prevista en el artículo 12.1 TRLISOS. En principio, la falta de evaluación se reconduciría a esta infracción grave y no a la muy grave, prevista en el artículo 13.1 TRLISOS, para las conductas del empresario consistente en la inobservancia de las normas en materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de embarazo. Y ello por cuanto la evaluación de riesgos que prevé el artículo 26.1 LPRL la hemos considerado de carácter genérico y objetivo, de manera que el empresario ha de tener previstos los riesgos a eliminar en caso de embarazo o lactancia, incluso cuando no tenga trabajadoras embarazadas a su servicio, y es por ello que nos parece más adecuado que, la falta de dicha evaluación se reconduzca a una infracción grave⁴³⁶.

Otra cosa sería que el empresario no hubiera llevado a cabo las medidas preventivas específicas, previstas en el artículo 26 LPRL para una trabajadora concreta que estuviera en situación de embarazo o lactancia. Por ejemplo, que el empresario no hubiera adaptado el puesto de trabajo, o no le hubiera cambiado de puesto, o no hubiera suspendido el contrato. En ese caso, sí entendemos que estaríamos ante la infracción muy grave del artículo 13.1 TRLISOS.

Es decir, cuando la falta de observancia de la normativa se refiera a obligaciones de carácter genérico, por incumplimiento de la obligación inicial de evaluación de riesgos, estaríamos ante la infracción grave, mientras que en caso de incumplimiento de lo previsto en el artículo 26 LPRL en un caso concreto

⁴³⁶ Sobre el debate doctrinal al respecto, cfr. CARDONA RUBERT, M. B., *Protección de la trabajadora embarazada: Tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, cit., pág. 47.

respecto de una trabajadora específica, estaríamos ante la infracción muy grave del artículo 13.1 TRLISOS⁴³⁷.

Por otra parte, la normativa relativa a la protección de la trabajadora embarazada tiene un acercamiento desde una perspectiva triple, no sólo preventiva, sino también iuslaboral y de Seguridad Social⁴³⁸. Ello conlleva que los incumplimientos son subsumibles en infracciones también laborales, concretamente en materia de discriminación por razón de sexo, puesto que cualquier trato desfavorable a la mujer por razón del embarazo, se considera una discriminación por razón de sexo⁴³⁹. Así, habremos de distinguir las infracciones relacionadas con el embarazo o lactancia de prevención de riesgos laborales,

⁴³⁷ En contra, COS EGEA, M., La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales, cit., pág. 277. El autor considera que el incumplimiento de la obligación de evaluación de riesgos es infracción muy grave del artículo 13.1 TRLISOS.

⁴³⁸ Cfr. LÓPEZ INSUA, B. del M., *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, LABORUM, Murcia, 2017, págs. 164-165. El reconocimiento paulatino de los derechos de la mujer trabajadora ha permitido centrar la atención en los riesgos específicos de la mujer en relación con el trabajo, y así desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, se protege a la mujer trabajadora frente a riesgos específicos del trabajo, y desde Seguridad Social, se desarrollan prestaciones específicas para subvenir tales riesgos

⁴³⁹ La jurisprudencia del TJUE ha venido considerando como discriminación directa por razón de sexo cualquier trato de desfavor a la mujer por razón de su embarazo o maternidad, puesto que por razones biológicas son estados que sólo afectan a la mujer, y por tanto, un despido o un acto desfavorable por tal base suponen un acto de discriminación directa a la mujer. En tal sentido, cfr. TABERNEIRO SÁNCHEZ, J.R., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el principio de igualdad de sexo en la relación laboral”, *Revista Trabajo y Derecho*, número extra 3, 2016, pág. 4. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE tiene sentada la doctrina de la conexión entre embarazo-maternidad y situaciones desfavorables laborales como de discriminación directa por razón de sexo. Así, en Asunto Dekker (Sentencia de 8/11/1990), Asunto Haberman-Beltermann (Sentencia de 5/5/1994), Asunto M Brown (Sentencia de 30/6/1998), Asunto Mahlburg (Sentencia de 3/2/2000) y Asunto Paquay (Sentencia de 11/10/2007), entre otras. En el mismo sentido, nuestro Tribunal Constitucional destaca que “los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE” (STC 17/2003, de 30 de enero).

con las infracciones de discriminación por razón de sexo, o de las infracciones en materia de permisos, en función de la naturaleza de la disposición vulnerada. Esto es, si lo que infringe el empresario es la normativa de suspensión del contrato o permisos, la infracción correspondiente no será la prevista en el artículo 13.1 TRLISOS, sino la prevista en el artículo 7.5 TRLISOS en materia de permisos. Y si la actuación del empresario implica una discriminación de la mujer motivada en su embarazo, parto o lactancia, la actitud se reconduciría por la infracción muy grave laboral prevista en el artículo 8.12 TRLISOS, puesto que no tiene una naturaleza preventiva propiamente dicha.

En definitiva, para encontrarnos ante una infracción muy grave del artículo 13.1 TRLISOS, es preciso que la disposición que se haya vulnerado sea de naturaleza preventiva, esto es, que se haya vulnerado el artículo 26 LPRL en cuanto protector del bien jurídico de la salud de la madre y/o del feto. No encajaría en el tipo previsto en el artículo 13.1 TRLISOS los incumplimientos de naturaleza discriminatoria, o de permisos o descansos, que se reconducirían a los tipos laborales de la TRLISOS.

3.1.2. Trabajadores menores

La importancia que tiene como bien jurídicamente protegido la integridad física y psíquica del menor, el interés por su desarrollo y maduración hace que se considere como muy grave la infracción de la normativa preventiva específica al respecto.

Artículo 13.2 TRLISOS:

No observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de los menores.

Esta tipificación se encuentra en conexión con la norma sustantiva de protección de la seguridad y salud de los menores prevista en el artículo 27 LPRL.

Entre los colectivos a los que la normativa preventiva dedica una especial atención están los trabajadores menores de edad, que tienen una protección específica en atención a su desarrollo todavía incompleto. Se parte así de la presunción de que los jóvenes disponen de una menor capacidad de valoración o percepción del peligro derivado del trabajo, sea como consecuencia de su falta de madurez o experiencia, sea por su desarrollo personal todavía incompleto. Es por ello que al menor se le protege por su menor capacidad física, psíquica e intelectual⁴⁴⁰.

De ahí que la norma sustantiva, recogida en el artículo 27 LPRL, establezca una serie de medidas para proteger a los menores de edad, que serán trabajadores entre 16 y 18 años, en conexión con la edad de admisión al trabajo prevista en el artículo 6 ET, si bien, se extenderá la protección a los menores de esa edad, si son autorizados para intervenir en espectáculos públicos.

Lo primero que llama la atención en este artículo 27 LPRL, es su parquedad, limitándose a las cuestiones más directamente vinculadas con la protección de la seguridad y salud de los menores de edad. El precepto tiene por objeto reforzar la deuda de seguridad del empresario prevista con carácter general para todos los trabajadores, y concretada aquí de manera específica para asegurar que la actividad preventiva se realiza atendiendo a las especiales circunstancias que afectan a este colectivo de trabajadores⁴⁴¹. Así, las obligaciones preventivas específicas para este colectivo vienen a reforzar las genéricas, de tal modo que se prevé son dos obligaciones “reforzadas”: una evaluación de riesgos específica para este colectivo, a la que se une un deber cualificado de información, sobre

⁴⁴⁰ GARCÍA VALVERDE, M.D., *Menores y jóvenes trabajadores. La prevención de riesgos laborales y medioambientales*, COMARES, Granada, 2013, pág. 45.

⁴⁴¹ GARCÍA VALVERDE, M.D., *Menores y jóvenes trabajadores. La prevención de riesgos laborales y medioambientales*, cit., pág. 46.

los posibles riesgos y medidas adoptadas para la protección, cuyos destinatarios no son sólo los menores de edad, sino también sus padres o tutores.

El empresario, antes de la incorporación del menor al puesto de trabajo, y previamente a cualquier modificación de las condiciones de trabajo, realizará una evaluación específica, en la que se tendrá en cuenta los riesgos específicos que suponen para los jóvenes la falta de experiencia, su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales, y su desarrollo todavía incompleto. Se trata, en definitiva, de una concreción del principio preventivo general de adaptación del trabajo a la persona, previsto en el artículo 15.1 LPRL.

En esta evaluación específica, habrán de tenerse en cuenta factores subjetivos y objetivos⁴⁴². En cuanto a los factores subjetivos, habrá de tener presente los riesgos específicos derivados de falta de experiencia y desarrollo, así como la inmadurez del joven a la hora de evaluar los riesgos existentes y potenciales. En cuanto a los factores objetivos, habrá que tener presente los puestos de trabajo en los que haya riesgo o exposición a riesgos específicos que pueden afectar a la seguridad y salud del menor de edad, agentes, procesos o condiciones. Concretamente, habrá que tener en cuenta los trabajos y condiciones prohibidos a menores, para que el empresario pueda determinar qué puestos de trabajo pueden desempeñar, y cuáles han de estar vedados al menor.

De los resultados de la evaluación y de las medidas a adoptar para eliminar o reducir los riesgos, el empresario habrá de informar, además de al trabajador, a sus padres o tutores, que autorizan la contratación. Se configura así un deber específico de información, del que no es sólo destinatario el trabajador, sino también quienes, por ejercer la patria potestad, complementan su capacidad para la contratación. Es decir, se trata de un deber de información que podríamos llamar “cualificada”, puesto que, junto al deber de información general que tiene el empresario respecto de los trabajadores por el artículo 18 LPRL, se establece también la obligación de ampliar los destinatarios de la información, a los padres o tutores. Y ello por cuanto, al complementar la capacidad de obrar del menor

⁴⁴²GARCÍA VALVERDE, M.D., *Menores y jóvenes trabajadores. La prevención de riesgos laborales y medioambientales*, cit., pág. 50.

para el contrato, han de tener un conocimiento exacto de los riesgos a los que queda expuesto el menor.

Por otra parte, el artículo 27.2 LPRL establece el mandato al gobierno para que desarrolle reglamentariamente limitaciones a los trabajos de menores de edad. Sin embargo, este precepto no se ha desarrollado reglamentariamente aún, manteniéndose en vigor el Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos prohibidos a menores, que fija una serie de prohibiciones absolutas y otras relativas, condiciones a la existencia de dispositivos de seguridad o a la existencia de ciertas condiciones en la prestación de servicios. Las prohibiciones las fija el Decreto en una lista por sectores profesionales, que incluyen supuestos relativos a la calificación del trabajo como penoso o peligroso, o por la peligrosidad de las máquinas que se manejan o el excesivo esfuerzo físico para el menor⁴⁴³.

Junto a esta normativa típicamente preventiva, hay que tener en cuenta también la prohibición del trabajo nocturno del menor, contenida en el artículo 6.2 ET, entendiéndose por tal trabajo nocturno el desarrollado entre las diez de la noche y las seis de la mañana, de acuerdo con el artículo 36.1 ET. Con esta prohibición, se tiene en cuenta la mayor penosidad y peligrosidad del trabajo nocturno, especialmente para los menores, por la mayor fatiga que conlleva, y que dificulta además una adecuada concentración. Siendo una norma de ordenación de tiempo de trabajo, hemos de considerarla aquí también desde el prisma de la prevención de riesgos laborales, puesto que la no realización de trabajo nocturno conlleva una mayor protección de la seguridad y salud de los menores.

Una vez analizada la normativa sustantiva, procede ahora adentrarnos en las peculiaridades de la norma sancionadora. Como veíamos al principio del presente apartado, el artículo 13.2 LISOS tipifica como infracción muy grave el “no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los menores”. Es decir, será infracción muy grave si lo que se conculca

⁴⁴³ En este sentido, cfr. GARCÍA VALVERDE, M.D., *Menores y jóvenes trabajadores. La prevención de riesgos laborales y medioambientales*, cit., págs. 65-67.

son las “normas específicas” previstas para la protección de la seguridad y salud de los menores.

Y tales normas no son otras que las dos que venimos comentando: la evaluación de riesgos específica, y la información cualificada que amplía como destinatarios a los padres o tutores. Junto a ello, también constituirá infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la vulneración de los trabajos prohibidos a menores según lo establecido en el Decreto de 26 de julio de 1957, así como la realización de trabajo nocturno por parte de los mismos. La tipificación preventiva, como vemos, es muy genérica, lo que conlleva que cualquier transgresión de las normas sustantivas se considere infracción muy grave⁴⁴⁴.

Otra cuestión es la posibilidad de encuadrar las infracciones como graves, habida cuenta que el artículo 12.1.b) LISOS califica como grave la falta de evaluación de riesgos, y el artículo 12.8 LISOS tipifica también como grave el incumplimiento del deber de información. En este sentido entendemos que, a pesar de la protección cualificada que merece el trabajador, y la especificidad de su protección, por lo que se refiere a la obligación de evaluar los riesgos laborales, estaríamos ante la infracción genérica grave, y no ante la infracción cualificada, que quedaría reservada a los incumplimientos específicos de la norma preventiva de protección del menor.

Sin embargo, hay otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores que prevén limitación del tiempo de trabajo para los menores, que sin duda están orientados a proteger su seguridad y salud, y respecto de los cuales se plantea si su infracción tiene encaje en el precepto tipificador de prevención o de relaciones laborales, esto es, en el artículo 13.2, o en el artículo 8.4 TRLISOS. Se trata de la prohibición de horas extraordinarias (artículo 6 ET), la limitación de la jornada (artículo 34.3 ET) o la ampliación de períodos de descanso (artículo 34.4 y 37 ET). La respuesta que en general se ha dado a esta cuestión es la de encajar los posibles incumplimientos de estos preceptos en el artículo 8.4 TRLISOS,

⁴⁴⁴ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 93.

puesto que integrarían la infracción laboral muy grave, consistente en la transgresión de las normas protectoras sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral⁴⁴⁵. Otra cosa vaciaría de contenido el precepto tipificador del artículo 8.4 TRLISOS, que quedaría vacío si toda la normativa de protección de los menores la condujéramos por la vía de la prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, destacar que entendemos que la realización de trabajo nocturno por parte de los menores es una previsión de seguridad y salud, y por ello la encuadramos, en cuanto a su tipificación, en el artículo 13.2 TRLISOS, y no en la normativa laboral de menores, que tendría su encaje en el artículo 8.4 TRLISOS. Y ello por cuanto el trabajo nocturno supone una mayor penosidad y peligrosidad, situación que se agrava en caso de menores de 18 años. Es por ello que esta previsión la entendemos más cercana al ámbito de la prevención de riesgos laborales que al de la ordenación del tiempo de trabajo para los menores.

En definitiva, se trata de proteger especialmente la seguridad y salud de los menores, de modo que el menor cuidado en su protección implica para el empresario un desvalor de su conducta que merece el máximo reproche a través de la infracción muy grave.

3.2. Obligaciones que generen riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores

La mayor parte de las infracciones tipificadas en el artículo 13 TRLISOS tienen en común el incumplimiento de obligaciones que generan un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. Como hemos tenido ocasión de analizar al hacer referencia a las infracciones leves, el riesgo grave

⁴⁴⁵ En este sentido, cfr. GARCÍA VALVERDE, M.D., *Menores y jóvenes trabajadores. La prevención de riesgos laborales y medioambientales*, cit., pág. 71 y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 93.

e inminente es elemento diferenciador a la hora de calificar una infracción como grave o muy grave. Aunque ya hemos visto los tipos infractores al analizar las infracciones graves, restaría aquí detenernos en torno a la noción de riesgo grave e inminente, que no ha sido definida con anterioridad.

Apreciar la existencia del riesgo grave e inminente es una cuestión no fácil, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, haciéndose necesario ponderar diversas circunstancias concurrentes, a tenor de los criterios de experiencia, lógicos y técnicos⁴⁴⁶.

La definición legal del riesgo grave e inminente la encontramos en el artículo 4.4 LPRL como “aquél que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud del trabajador”. El párrafo 2º lo extiende a aquellos “casos de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores”.

De esta definición legal, la jurisprudencia ha extraído tres notas necesarias para que se aprecie la existencia del riesgo grave e inminente: la probabilidad racional de que se produzca, la inminencia del mismo, la gravedad por los daños que para la salud puede generar, apelando a criterios de experiencia, lógica y puramente técnicos para determinar la existencia del mismo⁴⁴⁷.

Así, por ejemplo, en materia de exposición de trabajadores al agente químico estireno, el Tribunal Supremo entiende que hay probabilidad racional de que se produzca el daño pues hay exposición al agente, hay inmediatez al haberse efectivamente producido la exposición, aunque la inmediatez, al ser un agente químico, queda modulada por ser una exposición susceptible de causar daño grave a la salud de los trabajadores, aunque el daño pueda ser diferido en el tiempo, y hay gravedad por los efectos que dicha exposición puede producir en los trabajadores⁴⁴⁸. Por tanto, en los casos de agentes químicos, la inmediatez

⁴⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 94.

⁴⁴⁷ STS 12 de noviembre de 2001.

⁴⁴⁸ STS 14 de marzo de 2012.

se relaciona con la exposición, y no con los daños, que pueden producirse pasado un tiempo más o menos largo, centrándose la inminencia en el hecho mismo en una exposición cualificada.

La valoración del riesgo grave e inminente queda al arbitrio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que habrá de valorarlo y dejar constancia en el Acta de Infracción de los hechos constatados en cuanto a las notas de probabilidad, inmediatez y gravedad. El Inspector habrá de valorar si el empresario ha tenido en cuenta algunos de los principios de la acción preventiva, como la evolución de la técnica, para evitar que ese riesgo sea, efectivamente, grave e inminente⁴⁴⁹. Tal valoración no queda amparada por el principio de presunción de certeza de los hechos constatados, por tratarse precisamente de una estimación, y no de hechos constatados propiamente (STS 16 de noviembre de 1999)⁴⁵⁰. Si bien, si estarán amparados por el principio de presunción de certeza los hechos que hayan llevado al Inspector de Trabajo a deducir la existencia del riesgo grave e inminente.

Así, como ya hemos visto al tratar las infracciones graves, las conductas se convertirán en infracciones muy graves cuando haya un riesgo grave e inminente. Así ocurrirá en los casos previstos en el artículo 13.6 TRLISOS por superar los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes. Igual ocurrirá con lo previsto en el artículo 13.4 TRLISOS que considera muy grave la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo incompatibles con su estado o capacidad cuando se genere

⁴⁴⁹ Cfr. PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “Artículo 13: Infracciones muy graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 234.

⁴⁵⁰ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 95.

un riesgo grave e inminente para el trabajador u otros trabajadores de la empresa.

Igualmente ocurre con la infracción de cierre prevista en el artículo 13.10 TRLISOS, que tipifica como muy grave la conducta consistente en “no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”. Es esta la norma abierta del sistema, para que no quede sin tipificación, y por tanto sin sanción, cualquier incumplimiento de la normativa que genere un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

Junto a estos supuestos, pasamos a analizar también en este apartado dos infracciones relacionadas con las situaciones de riesgo grave e inminente, relativas a la falta de paralización de la actividad en tales casos, cuando así lo determine la Inspección de Trabajo, o impedir a los representantes de los trabajadores que hagan uso de su derecho a paralizar en casos de riesgo grave e inminente.

3.2.1. Falta de paralización de los trabajos a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

El artículo 13.3 TRLISOS contempla como infracción muy grave la no paralización de los trabajos tras requerimiento recibido al respecto de la Inspección de Trabajo.

Artículo 13.3 TRLISOS:

No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa de prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización.

La norma sustantiva, contenida en el artículo 44 LPRL, y que analizaremos con detenimiento más adelante⁴⁵¹, establece que cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social observe que el incumplimiento de la normativa de seguridad y salud implica a su juicio un riesgo grave e inminente, podrá ordenar la paralización inmediata de los trabajos o tareas, debiendo comunicar dicha medida de forma inmediata a la empresa responsable y a la autoridad laboral.

El empresario tiene la obligación de cumplir de manera inmediata la paralización acordada. De no hacerlo así, incurrirá en la infracción muy grave prevista en el artículo 13.3 TRLISOS. De hecho, el empresario no tiene una suerte de “*ius resistendae*”, y habría de cumplir la paralización de manera inmediata⁴⁵², sin perjuicio de que pueda presentar las oportunas alegaciones, pero siempre en el marco del respeto a la paralización.

La conducta infractora se cometería, por tanto, por la desobediencia a la paralización ordenada, y en su caso, también por la reanudación incorrecta de los trabajos suspendidos⁴⁵³. El levantamiento de la paralización se hará por la Inspección de Trabajo que la hubiera decretado o por el empresario tan pronto se subsanen las causas que la hubieren motivado, debiendo ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo.

Si el empresario reanuda los trabajos sin haber subsanado correctamente las deficiencias, o no lo pone en conocimiento de la Inspección de Trabajo, estaría cometiendo el ilícito aquí analizado.

⁴⁵¹ Vid., *Infra*, Parte II, Capítulo 4, Apartado 2.

⁴⁵² Cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 297.

⁴⁵³ Cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 302.

3.2.2. Impedir el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente

En caso de riesgo grave e inminente, además de poder decretar la paralización de actividades por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el propio trabajador que se vea en esa situación podrá ejercer su derecho a paralizar la actividad, a través del *ius resistentiae*, para no poner su vida en riesgo grave e inminente. En caso de que el empresario impida al trabajador paralizar su actividad, incurrirá en infracción también muy grave.

Artículo 13.9 TRLISOS:

Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

En primer lugar, llama la atención que no se refiere el precepto tipificador de manera expresa a los representantes de los trabajadores, a pesar de que ellos tienen, de manera colectiva, el derecho a paralizar la actividad en caso de riesgo grave e inminente. De ahí que podamos preguntarnos si en caso de acciones u omisiones del empresario que dificulten el derecho que se les reconoce a los representantes de los trabajadores a paralizar la actividad en el artículo 21.3 LPRL está incluido en esta tipificación muy grave, o únicamente está incluido en la tipificación muy grave el derecho “individual” de paralización de la actividad del artículo 21.2 LPRL. Pues bien, parece que aquí se tipificarían acciones u omisiones que traten de impedir esta paralización, ya sea individualmente o por los representantes de los trabajadores de manera colectiva, al existir de por medio un riesgo grave e inminente⁴⁵⁴. Otra cosa nos llevaría al absurdo de no

⁴⁵⁴ Cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 309.

considerar tipificada la infracción, cuando el derecho se ha ejercitado de manera colectiva.

En cuanto a las conductas empresariales que pueden impedir el derecho de paralización, hemos tener en cuenta que el artículo 21 LPRL, al que expresamente se remite el artículo 13.9 TRLISOS, contiene en su apartado primero una serie de obligaciones que ha de cumplir el empresario para que, en caso de riesgo grave e inminente, el trabajador, ya sea individualmente o a través de sus representantes, pueda proceder a la paralización de su actividad. Así, ha de verse de manera unitaria el cumplimiento de las obligaciones del artículo 21 LPRL, incluyendo tanto la paralización que puede realizar el propio trabajador como la que pueden realizar sus representantes.

El artículo 21 LPRL establece en su primer apartado una serie de obligaciones, que en caso de incumplimiento, pueden bloquear el derecho a la paralización⁴⁵⁵. Según el apartado primero de este artículo 21 LPRL, el empresario ha de informar lo antes posible a todos los trabajadores afectados de la existencia de un riesgo grave e inminente y de las medidas adoptadas para combatirlo. Igualmente ha de disponer lo necesario para que el trabajador ante una posible futura situación de riesgos grave e inminente sea capaz de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicha situación peligrosa. También debe instaurar un sistema de comunicación del trabajador con su superior jerárquico para disponer instrucciones para que en caso de peligro grave e inminente el trabajador que no pueda contactar con su superior adopte medidas para su evitación. Cumplir todas estas medidas resulta necesario para que el trabajador pueda efectivamente ejercer su derecho de paralización.

Por lo que se refiere al derecho a paralización de los representantes de los trabajadores, la conducta infractora del artículo 13.9 TRLISOS consistirá en la conducta del empresario que dificulta u obstaculiza las facultades de control de los representantes de los trabajadores en cuanto al ejercicio de este derecho.

⁴⁵⁵ Cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 97.

Para el caso de los representantes de los trabajadores, esta conducta tiene, si cabe, más aplicación práctica, puesto que generalmente serán ellos quienes paralicen la actividad en caso de riesgo grave e inminente, y no tanto el trabajador, que individualmente se encontrará más desprotegido ante una situación de eventual riesgo grave e inminente.

3.3. Infracción relacionada con la confidencialidad de datos en relación con la vigilancia de la salud

Al analizar las infracciones graves, vimos⁴⁵⁶ cómo el artículo 22 LPRL trata de conjugar la protección de la salud de los trabajadores, con el derecho a la salvaguarda de su intimidad, de tal modo que sólo los trabajadores tendrán los resultados de sus reconocimientos médicos, y también los concretos profesionales que practican la vigilancia de la salud y la Autoridad Sanitaria. Al empresario sólo se le dará a conocer las conclusiones en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño de su trabajo. De iguales conclusiones conocerán las personas u órganos con responsabilidad en materia de prevención: delegados de prevención, representantes unitarios y sindicales, la Autoridad Laboral y la Inspección de Trabajo.

En caso de no respetar la confidencialidad, nos encontraremos ante una infracción muy grave, por afectar directamente a un derecho fundamental, cual es el derecho a la intimidad personal.

Artículo 13.5 TRLISOS:

Incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos en la vigilancia de la salud de los trabajadores.

⁴⁵⁶ Vid Supra, Parte II, Capítulo 2, Apartado 2.3.1.

Cabe aquí plantearnos por el sujeto responsable de esta infracción, puesto que son varios los que intervienen, y por tanto varios que podrían ser autores de la infracción: el médico que revelara los resultados al empresario, por ejemplo.

Sin embargo, y teniendo en cuenta las consideraciones que hicimos en torno al sujeto responsable en materia de prevención de riesgos laborales, y el listado de sujetos responsables del artículo 2 TRLISOS que entendemos es *numerus clausus* por el principio de tipicidad, únicamente al empresario se le imputará la responsabilidad en caso de falta al deber de confidencialidad de los datos de vigilancia de la salud, a salvo en su caso de su derecho a repetir frente al servicio de prevención en su caso⁴⁵⁷.

Esto es, aquí el responsable será el empresario, aunque el autor material del incumplimiento del deber de confidencialidad haya sido otro sujeto (servicio de prevención, representante de los trabajadores), por lo que se aplicaría aquí la diferencia entre autor y responsable, que hemos visto más arriba, y ello no porque se trate de una responsabilidad objetiva, sino por la culpa *in vigilando* o *in eligendo* que pudiera concurrir en estos casos en el empresario. De no concurrir ninguna de estas formas de culpabilidad, no nos encontraríamos ante ilícito alguno.

3.4. Suscripción de pactos para eludir la responsabilidad solidaria

Por último, nos resta analizar únicamente la conducta infractora consistente en la suscripción de pactos tendentes a eludir la responsabilidad solidaria en empresas concurrentes de la misma actividad, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal.

⁴⁵⁷ Cfr. PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., “Artículo 13: Infracciones muy graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 234.

Se considera esta infracción como muy grave por la trascendencia que tiene la responsabilidad solidaria de las empresas que intervienen en el proceso productivo. Se pretende evitar, con ello, que los trabajadores vieran mermados sus derechos a través de fórmulas que dificultaran llegar a quien es el verdadero empresario en la relación laboral, y evitar tener que recurrir al levantamiento del velo en ocasiones en que se utilizan a terceros interpuestos en la relación laboral.

Artículo 13.14 TRLISOS:

La suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del art. 42 TRLISOS.

Con esta fórmula de cierre de la responsabilidad solidaria, el legislador trata de evitar que el trabajador, en caso de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, quede desprotegido ante un empresario del final de la cadena de subcontratación, sin que pueda, el empresario principal y demás empresarios de la cadena, eludir la responsabilidad solidaria que tienen, a través de la tipificación de esta infracción.

Los pactos en sí serán nulos, por ser contrarios a derecho. Con esto se pone de manifiesto el carácter sancionador que tiene la responsabilidad solidaria, que no puede evitarse a través de pactos, ni tampoco puede ser asegurable. Se trata por parte del legislador, una vez más, de evitar la elusión de responsabilidades a través de terceros interpuestos, que pudieran perjudicar los legítimos derechos de los trabajadores.

Capítulo 3. Sanciones por infracciones administrativas

Tras haber realizado un análisis sistemático de las infracciones, ahora procederemos al estudio de las sanciones, en las que ya nos detuvimos algo en la primera parte⁴⁵⁸, cuando tratamos sobre la responsabilidad penal y administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales y la relación entre infracciones administrativas y penas. Ahora corresponde ahondar en su naturaleza jurídica, fines y estructura, para poder captar con más precisión las características propias de la responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales.

En primer lugar, vamos a realizar un análisis general sobre la sanción administrativa, para luego centrarnos en los criterios de graduación de las sanciones y en los institutos de la reincidencia y la persistencia continuada en la infracción. Por último, nos referiremos a las sanciones atípicas, denominadas así en contraposición a la sanción típica, esto es, la multa.

1. Análisis general.

Como venimos señalando a lo largo del presente estudio, obligación-infracción-sanción forman un trío en el que la responsabilidad administrativa por el que se imputa al empresario su exigencia. A su vez, para que pueda exigirse tal responsabilidad, es necesaria una constatación por parte de la Administración del incumplimiento de la obligación. Esa constatación de incumplimientos se lleva a cabo, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Es precisamente la labor de vigilancia del cumplimiento de la normativa de orden social, y dentro de ella, de la de prevención de riesgos laborales, la razón de ser de la actuación de la Inspección de Trabajo.

⁴⁵⁸ Vid. Supra Parte I, Capítulo 1, Apartado 3.

La Inspección de Trabajo actúa en el marco de las actuaciones comprobatorias previas al inicio del procedimiento administrativo sancionador, es decir, su labor se ciñe a la investigación del cumplimiento o no de la normativa de orden social, finalizando en el momento en que se propone la sanción, a través del Acta de Infracción.

Esta actuación de proposición de sanciones, la más conocida y genuina de la Inspección de Trabajo, es lo que se viene a denominar actuación reactiva de la Inspección, que se lleva a cabo a través del control del cumplimiento de la deuda de seguridad y sus deberes instrumentales, en el caso de la prevención de riesgos laborales.

Si bien, es de señalar que esta actuación reactiva no es la única que despliega la Inspección de Trabajo, sino que junto a la actuación reactiva, descubrimos una actuación de tipo preventivo, e incluso una actuación mixta, con elementos reactivos y preventivos⁴⁵⁹.

La propuesta de sanción formaría parte, propiamente, de las actuaciones de tipo reactivo, en las que se controla el cumplimiento de la normativa, se constata su infracción, y por tanto se exige la sanción. De esta actuación de tipo reactivo es de lo que nos ocupamos en el presente epígrafe, y concretamente, de la sanción, su naturaleza jurídica y características básicas.

Es clásico iniciar una exposición sobre las sanciones administrativas con la definición de éstas por parte de García de Enterría como “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa”⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ En relación con la diferenciación de la actuación de tipo reactivo, preventivo y mixto, ver, para mayor abundamiento, SEGADO RODRÍGUEZ, P., “La actuación de la Inspección de Trabajo en prevención de riesgos laborales: Una propuesta de sistematización”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 128, 2017, págs. 96 y sigs.

⁴⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo Vol. 2*, cit., pág. 189.

Como hemos visto más arriba⁴⁶¹, las normas jurídicas nacen con el objetivo de ser cumplidas, y si acaso ese cumplimiento no se produce de forma autónoma por los destinatarios de las mismas, se habrán de imponer de manera heterónoma. He aquí el carácter coactivo del Derecho. Así, puede ocurrir que la elaboración del precepto sea suficiente para que se cumpla, pero ello no es siempre así⁴⁶², y nos encontramos con que en numerosas ocasiones no se siguen las obligaciones, y en concreto, en la materia que nos ocupa, que los empresarios no cumplen con su deber de seguridad en toda su extensión, concretado en los deberes materiales e instrumentales de seguridad recogidos en la norma de prevención de riesgos laborales. Cuando se constata un incumplimiento en materia preventiva, se articulan medidas de naturaleza reactiva, cuales son las sancionatorias.

Desde un punto de vista de teoría general, siguiendo a Carnelutti⁴⁶³, en caso de incumplimiento de la obligación, el Derecho va a imponer el precepto de manera

⁴⁶¹ Vid. Supra Parte II, Capítulo 1.

⁴⁶² En relación con el cumplimiento del precepto que sea suficiente para arreglar el conflicto, y la necesaria previsión de la sanción señala Carnelutti que “La posibilidad de este feliz éxito depende de una diversidad de condiciones favorables, entre las que tiene gran valor la autoridad de quien elabora y la docilidad de quien lo escucha. No conviene ser en este punto escéptico ni iluso. Una observación atenta y desapasionada demuestra que, si son muchos los casos en que el precepto no actúa por sí solo, hay otros en los que las partes no lo saben encontrar por sí mismas, pero se conforman cuando otro lo ha encontrado. Es cierto, a pesar de todo que, en tales casos, que constituyen una minoría, se necesita que al precepto se agregue algo para reaccionar victoriosamente contra la acción disolvente del conflicto”, CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 64.

⁴⁶³ Carnelutti desarrolla en su Teoría General un análisis muy interesante sobre la sanción, la coacción y el mando. Se refiere al aplicar estos conceptos al conflicto de intereses, que aquí podemos entender como el conflicto de intereses entre patrón y trabajador en relación a la seguridad y salud de este último, en el sentido en que el empresario pudiera tener reticencias a aplicar las medidas de seguridad por motivos económicos. Téngase en cuenta que para Carnelutti el Derecho se define como el sometimiento de la economía a la ética. Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., págs. 64 y sigs.

heterónoma. Imponer el precepto implica determinar una situación que procure su cumplimiento incluso sin o contra la voluntad de los interesados, y especialmente de aquéllos a los que el precepto impone el sacrificio por encima de su interés. Tal imposición del precepto podrá ser física o económica, si bien la imposición “física” en el ámbito administrativo responde más a cánones decimonónicos, y hoy día la sanción administrativa se resuelve las más de las veces en la sanción económica, la sanción típica por excelencia. Si bien, existen otras sanciones, que podríamos denominar “atípicas”, porque no se resuelven en cuantías económicas de manera directa –ya que indirectamente sí tendrán una afectación económica-, pero, aun así, distan mucho de ser imposiciones físicas que obliguen al cumplimiento.

En cualquier caso, no podemos dejar de hacer mención aquí a dos medidas, cuya naturaleza jurídica analizaremos más adelante, que si bien no tienen naturaleza sancionatoria, sí recuerdan algo a esta “imposición física de la norma”, aunque de manera imperfecta, como veremos más adelante⁴⁶⁴. Nos referimos a la paralización de tareas por parte de la Inspección de Trabajo, prevista en el artículo 44 LPRL, y al requerimiento de subsanación de deficiencias en materia de prevención de riesgos laborales, previsto en el artículo 43 LPRL, y que se abordará en el lugar sistemático oportuno del presente estudio. No obstante, adelantamos que se trata de medidas de naturaleza mixta, con carácter reactivo por basarse en un incumplimiento, y finalidad preventiva y no sancionatoria propiamente dicha.

En cuanto a la sanción propiamente dicha, alude al daño que se inflige al transgresor, daño que justifica el carácter económico de la sanción, que coloca entre dos males a quien tiene la tentación de transgredir: el mal del cumplimiento (sacrificio del interés a costa del cual se decide el precepto) y el mal de la inobservancia del precepto⁴⁶⁵. Este mal económico lo encontramos tanto en las

⁴⁶⁴ Vid. *Infra*, Parte II, Capítulo 4.

⁴⁶⁵ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 65.

sanciones típicas (la multa) como en las atípicas, pues aun cuando no tengan un contenido económico propiamente dicho, sí se resuelven finalmente en un daño económico para la empresa. Piénsese, por ejemplo, en la sanción consistente en la prohibición de contratar con la Administración Pública que, no siendo una sanción de cuantía económica concreta, sí supone una pérdida económica para el transgresor, que no podrá participar de contratos públicos durante el tiempo que se determine.

La sanción tiene, por tanto, dos fines, uno represivo/aflictivo, de “castigo” por el incumplimiento, y otro preventivo, puesto que el obligado se coloca ante el posible incumplimiento sabiendo que va a haber una reacción del Ordenamiento Jurídico en caso de no cumplir, y así, la amenaza de la sanción previene de su incumplimiento por parte de los administrados⁴⁶⁶. Ahora bien, para que la amenaza de la sanción cumpla con su fin preventivo es necesaria la coacción, y es que, tal y como señala Carnelutti, para que cree un interés por la obediencia del precepto, es necesario que el sujeto responsable tenga la seguridad de que la sanción ha de actuar en cuanto desobedezca, y esa seguridad sólo puede adquirirse con la experiencia de su actuación en los demás casos de contravención que se hubieren presenciado⁴⁶⁷.

La importancia que el fin preventivo tiene para la sanción la pone Nieto de manifiesto en una idea que entendemos central y nuclear para captar la trascendencia del fin preventivo dentro de la sanción: “el objetivo de una buena

⁴⁶⁶ Ambos fines reactivo y preventivo de la sanción son pacíficamente aceptados por la doctrina. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, pág. 190-

⁴⁶⁷ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 67. Este fin preventivo de la sanción excluye la misericordia en el mundo del derecho administrativo sancionador, que no puede condonar las infracciones y dejarlas sin sanción, porque ello conllevaría graves consecuencias desde el punto de vista de la prevención en la comisión de futuras infracciones: “He aquí porqué el Derecho no admite la misericordia: el perdón es posible en el campo de la ética, pero no en el campo jurídico. Toda concesión que el Derecho haga a la ética para admitirlo, debilita la estructura gracias a la que puede realizar sus fines”.

política represiva no es sancionar, sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza de la sanción se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto”⁴⁶⁸. Siguiendo a Nieto, de aquí se derivan unas proposiciones concretas, de entre las que destaca que la sanción es la *ultima ratio* del Estado, quien sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones. Únicamente suele admitirse que la pena sea la última ratio, mas no la infracción y sanción administrativa, pero tendríamos que señalar que, siendo la pena la *ultima ratio*, la sanción administrativa vendría a ser algo así como la *ultima ratio* antes de la *ultima ratio*. Ello va a tener consecuencias muy interesantes en lo que respecta al requerimiento de prevención de riesgos laborales, y su relación con la proposición de la sanción, como veremos más adelante⁴⁶⁹. Así, la sanción se ha de insertar en una lista de opciones enderezadas hacia la finalidad común de asegurar el respeto a la legalidad y castigar el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones. Es por ello que “el Derecho Administrativo Sancionador no es la protección del autor de la infracción sino su castigo con respeto de las garantías que como ciudadano de un Estado Democrático de Derecho se merece”⁴⁷⁰.

Pero además de un fin preventivo, la sanción tiene, como venimos manteniendo, un fin represivo-aflictivo. Esta finalidad represiva es lo que distingue a la sanción de otras resoluciones administrativas que pudieran restringir derechos con otros fines, como por ejemplo de coerción o de estímulo para el cumplimiento de las leyes⁴⁷¹. En este sentido se ha pronunciado la STC 48/2003, de 12 de marzo: “Para determinar si una consecuencia jurídica tiene, o no, carácter punitivo, habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema

⁴⁶⁸ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 32.

⁴⁶⁹ Vid., *Infra*, Parte II, Capítulo 4, Apartado 1.

⁴⁷⁰ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 33 y 34.

⁴⁷¹ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, pág. 157.

jurídico. De modo que si tiene una función represiva (...) habremos de entender que se trata de una pena en sentido material, pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena por más que se trate de una consecuencia gravosa. Este diferente fin represivo es lo que distingue la sanción del requerimiento en prevención de riesgos laborales, como también veremos más adelante, al tratar sobre los requerimientos previstos en el artículo 43 LPRL⁴⁷².

Tal y como hemos señalado, las sanciones tienen fin preventivo y fin represivo/aflictivo. No hemos mencionado, sin embargo, el fin reparador o compensador para la reparación de los daños y perjuicios. Técnicamente, sería prácticamente imposible que la sanción incorporara esta dimensión reparadora⁴⁷³, de indemnización de daños y perjuicios, para lo que habrá que estar al procedimiento civil correspondiente, y es por ello que se ha mantenido en el régimen de compatibilidad de responsabilidades, la compatibilidad entre la responsabilidad civil y la administrativa, puesto que ambas son de distinta índole, y tienen fines distintos que les son propios. Únicamente posee finalidad represiva y a su vez reparadora el recargo de prestaciones, precisamente por su naturaleza de carácter complejo, que aúna la naturaleza sancionadora y de prestación de seguridad social, siendo así que Monereo Pérez lo ha definido una “sanción compleja unitaria de carácter intimidatorio”⁴⁷⁴, y ello por cuanto la sanción negativa no tiene una función únicamente represiva o intimidatoria, sino también reparadora, en forma indemnizatoria, que se traduce en el aumento de la prestación para el trabajador o sus causahabientes, en su caso⁴⁷⁵.

⁴⁷² Vid. *Infra*, Parte II, Capítulo 4, Apartado 1.

⁴⁷³ Cfr. BLASCO PELLICER, A., *Sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 116.

⁴⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pág. 89.

⁴⁷⁵ Vid. *Supra*, Parte I, Capítulo 1, Apartado 5.

Teniendo en cuenta los fines propios de la sanción, ésta vendría así a ser “la determinación de la conducta por personas distintas de los interesados para el caso en que el precepto fuere desobedecido”⁴⁷⁶. Se trata de una definición de la sanción complementaria a la que señalábamos al principio, que pone de manifiesto la vinculación entre el trío obligación-infracción-sanción, del que venimos hablando desde la primera parte del presente estudio⁴⁷⁷.

Obligación-infracción-sanción constituyen el trío respecto del que la responsabilidad administrativa viene a ser el puente de unión entre ellos. Si hay una obligación, y ésta es infringida, ello conllevará la sanción siempre y cuando exista un sujeto responsable.

Las sanciones son, por tanto, la reacción del Derecho ante el incumplimiento de las obligaciones, siempre y cuando haya un sujeto responsable de las mismas. La sanción viene a ser, por tanto, el corolario del incumplimiento, y a su vez el garante del cumplimiento. Es por ello que todo lo referente a la elección, a la medida y a la actuación de las sanciones es uno de los más delicados aspectos del mecanismo del derecho. De ahí que el principio de proporcionalidad, al que aludíamos más arriba⁴⁷⁸, tenga aquí toda su entrada y virtualidad. El problema es, esencialmente de medida, se trata de acomodar la sanción al precepto, de manera que el contraestímulo sea tal que supere al estímulo, pero sólo en lo necesario⁴⁷⁹. De este principio de proporcionalidad pasaremos a ocuparnos un

⁴⁷⁶ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 68.

⁴⁷⁷ Vid. Supra, Parte I, Capítulo 1, Apartado 3 y Parte II, Capítulo 1, Apartado 1.

⁴⁷⁸ Vid. Supra, Parte II, Capítulo 1, Apartado 2.4.

⁴⁷⁹ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 70. Continúa el autor: “El “optimum” teórico consiste, pues, no en que la balanza se incline del lado de la sanción, sino que permanezca en equilibrio en cuanto expresión del resultado conseguido con el mínimo esfuerzo. Constituye, por tanto, una pérdida social, lo mismo una acción de la sanción, y en particular del castigo, demasiado leve como muy grave (...). Una expresión grosera, pero elocuente, de la existencia de una relación entre sanción y precepto encuéntrase en la institución del talión, en la

poco más abajo, y al tratar en concreto sobre la graduación de la sanción, en el siguiente epígrafe.

Pero no es suficiente con que la ley prevea un catálogo de infracciones y sanciones, sino que éstas han de ser efectivamente impuestas, No basta con publicar medidas y conminar sanciones, sino que hay que hacerlas realidad. El ciudadano no debe contentarse con que el Estado adopte medidas interventoras y publique leyes sancionadoras, sino que ha de exigir que éstas se cumplan⁴⁸⁰. Con este fin, en el ámbito concreto del orden social, se creó la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con el cometido de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico-laboral, y de proponer, en su caso, la imposición de sanciones por incumplimientos, que se acabarán imponiendo tras el oportuno expediente administrativo sancionador.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas, actualmente es pacífico que no existe diferencia ontológica alguna, dado que ambas son manifestación del mismo *ius puniendi* del Estado. Existe, pues, intercambiabilidad entre delitos e infracciones, ya que “en la medida en que se trata de dos figuras normativas están a la libre disposición del legislador, que puede calificar a su arbitrio una acción como delito o como infracción, de tal manera que puede hacer que lo que ayer eran infracciones administrativas, se convierten mañana en delitos, y lo que eran ilícitos penales se convierten de pronto en infracciones administrativas”⁴⁸¹. Igualmente, García de Enterría pone de manifiesto que todo intento de dotar de sustantividad propia a las infracciones administrativas ha fracasado, de modo que sólo pueden distinguirse las sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que

que la identidad formal entre la ofensa y la pena se toma como índice de la correspondencia económica entre los dos elementos de la autoridad”. En este mismo sentido se manifiesta NIETO GARCÍA reconoce la importancia del principio de proporcionalidad para adecuar la gravedad de la sanción a la de la infracción. Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 34.

⁴⁸⁰ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, cit., pág. 32.

⁴⁸¹ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo sancionador*, cit., págs. 126 y sigs.

las impone, la Administración para las sanciones, y los Tribunales las penas. Así, queda como diferencia única entre el ilícito penal y administrativo que sólo los Tribunales pueden imponer penas privativas de libertad, y además, hay también una diferencia en cuanto al fin de las penas, y es que éstas, por mandato constitucional, están orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.3 CE)⁴⁸². De modo que la consideración de un comportamiento ilícito como infracción o como delito, obedece a razones de política legislativa, o incluso de conciencia social, no a razones ontológicas, existiendo identidad de naturaleza en las penas y en las sanciones administrativas.

Aclarada la identidad ontológica de las penas y las sanciones, y habiendo concretado sus funciones específicas –su finalidad preventiva y aflictiva- procede avanzar en el régimen jurídico en que operan las sanciones, para desentrañar con más precisión su estructura y comportamiento.

⁴⁸² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo* Vol. 2, cit., pág. 192-193. Esta dualidad entre sanciones y penas la explican los autores por el dato histórico, pues la dualidad surgió como consecuencia del mantenimiento en manos del Ejecutivo de poderes sancionatorios directos y expeditivos tras la gran revolución del sistema represivo que supuso la adopción del Derecho Penal legalizado y judicializado, desde los orígenes mismos de la Revolución Francesa. Las monarquías centroeuropeas durante el siglo XIX y XX mantuvieron un “Derecho Penal de Policía”, y en España también el sistema represivo tradicional se mantuvo hasta el Código Penal de 1848. Tras su aprobación, se dictó el real decreto de Competencia de 31 de octubre de 1849, dictado sobre un dictamen del Consejo de Estado, que resolvió el primer conflicto entre la autoridad judicial y la autoridad administrativa sobre el particular, que entendió que no obstante la judicialización de las faltas en el Código Penal, ello no eliminaba en realidad los poderes represivos de Gobernadores y Alcaldes. En la actualidad, la Constitución ha mantenido la potestad administrativa de sancionar en el artículo 25. Junto con la razón histórica de mantenimiento de la potestad administrativa de sancionar, tenemos otras dos razones más, por un lado, el movimiento de despenalización en muchos países europeos, que traslada desde los jueces penales a la Administración la represión de los llamados “delitos bagatela”, y de otra parte, la influencia en Europa del sistema norteamericano de control de las prácticas restrictivas de la competencia, que se lleva a cabo a través de las llamadas “Administraciones independientes”, entrando en juego una garantía judicial a posteriori. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo* vol. 2, cit., pág. 191-193.

Así tenemos que la sanción completa el trío que forma junto con la obligación y la infracción, siempre y cuando haya un sujeto que resulte responsable del incumplimiento, siendo así la sanción la reacción del Ordenamiento Jurídico ante la desidia del infractor. El momento impositivo de la sanción es de suma importancia para la comprensión de la misma, puesto que el legislador ha dejado amplios márgenes de discrecionalidad a la Administración en la imposición de las sanciones, y es que no hay una automaticidad entre la infracción y la correspondiente sanción⁴⁸³.

La aplicación del principio de legalidad en su vertiente de tipicidad, que se aplica tanto a las infracciones como a las sanciones, y la seguridad jurídica exige que los ciudadanos puedan conocer con precisión cuáles serán las consecuencias en caso de infracción. Así, la tipificación tiene dos vertientes, con la tipificación de la infracción, por un lado, y de la correspondiente sanción, por otro. Es decir, una vez que se tipifiquen unas infracciones, la norma ha de determinar también qué sanciones se van a imponer en caso de su comisión. Para ello, la norma tipificadora de las sanciones subsume el repertorio de infracciones en tres clases genéricas –leves, graves, muy graves-, y atribuye a las clases de infracciones la correspondiente sanción⁴⁸⁴.

Así, la TRLISOS establece la cuantía de las sanciones a partir de tres parámetros. En primer lugar, teniendo en cuenta la materia de que se trate –materias generales, prevención de riesgos laborales, cooperativas-. En segundo lugar, la cuantificación depende de la gravedad de la conducta ilícita, según esté tipificada la infracción como leve, grave o muy grave. El tercer parámetro, en función de las circunstancias agravantes o atenuantes, se aplicará la sanción en grado mínimo, medio o máximo, graduándose la sanción. Todos estos parámetros tratan de adecuar el régimen sancionatorio al principio de

⁴⁸³ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 510. El autor denomina al Derecho Administrativo Sancionador como el “reino de la discrecionalidad administrativa”, sin perjuicio del respeto a la Legalidad rigurosa, y ello por cuanto la propia ley ha dejado amplios márgenes de discrecionalidad en la imposición de la sanción.

⁴⁸⁴ Cfr. NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 511.

proporcionalidad⁴⁸⁵, que despliega en materia de imposición de la sanción una virtualidad propia.

Podemos apreciar que la previsión normativa de infracciones y sanciones no sólo no impide el margen a la discrecionalidad administrativa, sino que lo prevé, puesto que la propia ley deja margen a dicha discrecionalidad, no siendo automática la imposición de la sanción, ya que el legislador suele dejar un margen de apreciación a la Administración Pública para que pueda determinar la sanción dentro de unos parámetros previamente identificados.

De este modo, tal y como señala Nieto⁴⁸⁶, la Administración, una vez constatados los hechos, habrá de proceder a realizar distintas operaciones antes de concretar la sanción que corresponda. Así, en primer lugar, tendrá que proceder a la subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción. A continuación, se procederá a la subsunción del tipo en una clase de sanción. Seguidamente, se determinará la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción, y por último se atribuirá una sanción concreta escogida entre las que se encuentran en la clase.

Así tenemos que las sanciones se imponen dentro de márgenes amplios que no están absolutamente predeterminados, por lo que no se determina la sanción en base a criterios matemáticos puros, sino que se hace teniendo en cuenta la discrecionalidad administrativa. En cualquier caso, discrecionalidad no significa arbitrariedad, y siempre es posible el control judicial posterior para verificar la corrección de la actuación administrativa⁴⁸⁷.

Todo ello conlleva que tanto el principio de proporcionalidad como la discrecionalidad administrativa tengan una gran importancia en lo que se refiere

⁴⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNANDEZ AVILÉS, J.A., “Artículo 40: Cuantía de las sanciones” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006, pág. 205.

⁴⁸⁶ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 511.

⁴⁸⁷ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 511.

a las sanciones, por lo que nos detendremos un poco más en ambos, antes de analizar los criterios de graduación específicos en prevención de riesgos laborales, que son una manifestación concreta del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, como veíamos más arriba⁴⁸⁸, trata de que haya un equilibrio entre infracción y sanción, lo que de manera burda, como señalábamos más arriba siguiendo a Carnelutti, se expresaría en la Ley del Talión, de modo que en caso de incumplimiento, el infractor habrá de ser castigado con una sanción que esté equilibrada, esto es, que sea proporcional con la infracción cometida.

Para conseguir este objetivo, el principio opera en dos planos, por un lado en el plano normativo, de modo que las disposiciones legales cuiden que las sanciones que se asignen sean proporcionales a éstas, y de otro lado, en el plano aplicativo, de manera que la sanción concreta que se imponga al infractor sea proporcional a la infracción que ha cometido⁴⁸⁹. En el momento del plano aplicativo, para lograrlo, el legislador establece una serie de criterios de graduación, que habrán de tener en cuenta las circunstancias en que se ha cometido la infracción para en su caso atenuar o agravar la cuantía sancionatoria, dentro de los grados mínimo, medio y máximo que recoge la ley sancionadora. Para el caso de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales que nos ocupan, la TRLISOS recoge una serie de criterios específicos propios, que analizaremos a continuación en el siguiente epígrafe. A

⁴⁸⁸ Vid., Supra, Parte II, Capítulo 1, Apartado 2.4.

⁴⁸⁹ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 515. Continúa el autor subrayando la “omnipresencia” de este principio puesto que actúa en todas las fases o eslabones de la cadena sancionadora: “Primero aparece en la ley y sirve como criterio para que el Tribunal Constitucional controle si las sanciones previstas por el legislador son efectivamente proporcionadas a las infracciones a que se atribuyen. Luego vuelve a aparecer en el reglamento y con la misma función. En tercer lugar, ya en la fase aplicativa, la Administración tiene que ponderar la proporcionalidad de la sanción concreta que escoge dentro del repertorio que le ofrece la normativa tipificante”.

través de tales criterios, la Ley otorga al operador jurídico la posibilidad de baremar la concreta sanción que se acabe imponiendo.

Por lo que se refiere a la discrecionalidad, habría que comenzar poniendo de manifiesto que la graduación de las sanciones presupone la existencia de un margen de decisión que sería la discrecionalidad con la que puede actuar la Administración. Así, la discrecionalidad administrativa sería correlativa al arbitrio judicial, con particular a la atención de las circunstancias del caso concreto a la hora de determinar la sanción que finalmente se acabe imponiendo. De hecho, la discrecionalidad administrativa viene a ser algo así como el complemento imprescindible de la proporcionalidad ya que cuando la ley no atribuye automáticamente una sanción concreta a una infracción, se pone en marcha la discrecionalidad propia de la Administración⁴⁹⁰. Si bien, nunca podemos perder de vista que la discrecionalidad no puede llegar a ser tal que se convierta en arbitrariedad. Para evitarlo, tenemos precisamente el principio de proporcionalidad, y a la vez, el principio de tipicidad, que ha de prever con suficiente seguridad y predeterminación las consecuencias de la conducta infractora, y todo ello en aras a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos previstos en la Constitución. Pero ello no impide que la Administración tenga un margen de apreciación de las circunstancias concretas para poder atenuar o agravar la sanción que finalmente se acabe imponiendo, y en cualquier caso, los criterios con los que se ejercita la discrecionalidad han de ser siempre criterios jurídicos estrictamente, respetando siempre los principios generales del Derecho, y siempre motivando las circunstancias que llevan a fijar la sanción administrativa⁴⁹¹. Quiere esto decir, por tanto, que la Administración no tiene una discrecionalidad absoluta, sino que ha de sujetarse a los criterios marcados por la Ley⁴⁹², y motivar siempre la

⁴⁹⁰ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 519.

⁴⁹¹ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 522.

⁴⁹² COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 347.

sujeción a los mismos. Y en cualquier caso, en el ejercicio de esta potestad discrecional “debilitada”⁴⁹³, la Administración está sometida al control de los órganos judiciales. De hecho, el control judicial supone que los órganos judiciales pueden confirmar la sanción, pero también pueden modificarla en atención a las circunstancias concurrentes. Lo que no podrán será agravarla, por el límite de la prohibición de la *reformatio in peius*⁴⁹⁴.

Ello nos lleva a detenernos en la motivación del acto administrativo sancionador. Las propuestas de sanción y las resoluciones sancionadoras han de estar motivadas. Así, la motivación requiere sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, de los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos, entre los que se encuentran los actos de naturaleza sancionadora⁴⁹⁵. Se trata de una exigencia que no se cumple con la simple alusión a la circunstancia concreta de las previstas para la graduación de las sanciones, así no basta aludir al criterio de graduación tomado en cuenta, sino que será preciso explicitar las razones por las que se tiene en cuenta, motivar la decisión de la Administración proponente o sancionadora. La motivación ha de ser además suficiente, pues en caso contrario se vulneraría el principio de presunción de inocencia⁴⁹⁶. Así, en el caso concreto de la responsabilidad en prevención de riesgos laborales, se exige que el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo que propone la sanción explicita los criterios de graduación tenidos en cuenta, y que además desarrolle los hechos y

⁴⁹³ Cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 347.

⁴⁹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNANDEZ AVILÉS, J.A., “Artículo 40: Cuantía de las sanciones” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 531.

⁴⁹⁵ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 347.

⁴⁹⁶ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 523.

circunstancias concurrentes que han llevado a considerar el criterio de graduación de que se trate, sin que baste sólo con la referencia genérica a los criterios de graduación tenidos en cuenta.

Los criterios de graduación están conectados con este principio de motivación, y así lo ha entendido la jurisprudencia, ya que “cuando para una infracción haya legalmente previsto un elenco de sanciones, la imposición de una más elevada a la establecida con el carácter de mínima deberá ser claramente motivada mediante la consignación de las específicas razones y circunstancias en que se funda la superior malicia o desidia que se tienen en cuenta para elegir ese mayor castigo”⁴⁹⁷.

En este sentido, y en el concreto ámbito sancionador en el que nos movemos, el artículo 39.3 TRLISOS ha señalado que el “acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que inicie el expediente sancionador y la resolución administrativa que recaiga deberán explicitar los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta, de entre los señalados en los anteriores apartados de este artículo”. Es decir, se habrá de señalar los criterios que se han tenido en cuenta, fundamentando la sanción que se propone. Y en caso de no tener en cuenta ninguno de los criterios de graduación, lo que procederá será proponer la sanción mínima, tal y como dispone el artículo 39.6 TRLISOS, que señala que en estos casos de no tener en cuenta ningún criterio de agravación, se optará por aplicar la sanción en la cuantía inferior de su grado mínimo.

2. Criterios de Graduación

2.1. Caracterización general

La TRLISOS recoge en el artículo 39 los criterios de graduación de las sanciones, con el fin de, en el momento aplicativo, graduar la sanción a la vista

⁴⁹⁷ STS de 25 de septiembre de 2003.

de las circunstancias concurrentes, ya que la imposición de la sanción prevista para la infracción no es automática, sino que la ley prevé la posibilidad de sancionar cada ilícito en tres grados distintos –mínimo, medio y máximo-. Así, el órgano administrativo habrá de establecer cuál de los tres grados procede, y dentro de cada grado, determinar la cuantía concreta a aplicar. Y para esta determinación de la cuantía a escoger, se valdrá de los criterios de graduación previstos en el artículo 39 TRLISOS.

En la materia de prevención de riesgos laborales que nos ocupa, el apartado 3 del artículo 39 TRLISOS recoge ocho criterios de graduación específicos, que son de aplicación en los casos de infracciones de seguridad y salud. Previamente, en el apartado 2 del mismo artículo, se prevén los criterios de graduación de las sanciones con carácter general, por lo que podemos plantearnos si en esta materia de prevención se han de aplicar únicamente los criterios específicos, o si podrían aplicarse también los generales. El criterio de especialidad nos lleva a considerar como aplicables únicamente los específicos del apartado tercero. A esta conclusión llegamos por considerar de aplicación el criterio de especialidad de la materia, que prefiere los criterios específicos frente a los generales. A la misma conclusión llegamos por tener en cuenta que algunos de los criterios están en ambos apartados y algunos significan algún matiz especial en la intencionalidad del sujeto infractor⁴⁹⁸.

Otro aspecto a tener en cuenta también es el posible efecto reduplicativo a la hora de sancionar, puesto que se podría tener en cuenta para agravar o atenuar una sanción criterios que sirvieron para configurar el tipo infractor y, por tanto, estar sancionando dos veces por el mismo hecho. A ello se refiere el apartado 5 del mismo artículo 39 cuando señala que no se podrán aplicar los criterios de graduación cuando ya se hayan tenido en cuenta a la hora de calificar la infracción, por pertenecer a la definición del tipo el propio criterio de graduación. Es decir, no se pueden utilizar los criterios de graduación cuando los mismos

⁴⁹⁸SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., págs. 194-195. A la misma conclusión llega FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 111.

formen parte del tipo de la infracción que se trata de sancionar⁴⁹⁹, entrando así en juego el principio de *non bis in ídem*, dentro de la misma sanción administrativa, impidiendo que un mismo hecho sea sancionado dos veces, al calificar la conducta y al graduarla.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que, como tales criterios de graduación, podrán tanto atenuar como agravar la sanción a imponer. Ello supone que se utilicen en sentido bidireccional, para agravar o para atenuar, siempre dentro de los grados mínimo, medio y máximo de la sanción, una vez determinada cuál es la infracción⁵⁰⁰. Esto supone que los criterios de graduación no pueden hacer alterar la infracción en sí, que será leve, grave o muy grave según la tipificación que de la misma haga la ley. La actuación de los criterios de graduación únicamente se despliega en el ámbito de una infracción ya calificada –como leve, grave o muy grave-, para graduar si se aplicará en su tramo –grado-mínimo, medio o máximo, y ello por cuanto la cuantía económica de la sanción a imponer varía en cada uno de esos tramos entre un mínimo y un máximo, lo que se determinará por el aplicador –en nuestro caso el Inspector o Subinspector actuante-, al proponer la sanción en el Acta de Infracción. Y una vez que se aprecia la concurrencia de un criterio de graduación, éste puede agravar o atenuar la cuantía de la infracción a imponer. De hecho, la consideración de estos criterios como atenuantes, en algún caso ha venido a rebajar la cuantía de la sanción propuesta por parte de los Tribunales. Así por ejemplo, en STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, 2415/2017, se rebaja la cuantía de la sanción propuesta inicialmente en su grado máximo por el resultado de fallecimiento –daños causados-, en este caso, el Tribunal tiene en cuenta otros de los criterios como atenuantes, considerando que en el número de trabajadores afectados sólo es uno, que la conducta general del empresario en prevención de riesgos laborales es adecuada, y que no existían requerimientos previos de la Inspección

⁴⁹⁹ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 354.

⁵⁰⁰ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 354-355.

de Trabajo que hubieran sido desatendidos. En este caso, el Tribunal rebaja la sanción del grado máximo propuesto, al grado medio, por el juego conjunto de los criterios de graduación como agravantes y atenuantes.

En caso de no apreciar la concurrencia de ningún criterio de graduación, el apartado 6 de la TRLISOS prevé que la sanción se impondrá en su grado mínimo en el tramo inferior. Es decir, que si una vez analizados los criterios de graduación en el caso concreto, se entiende que ninguno tiene relevancia suficiente, se debe imponer la multa en la cuantía mínima del grado mínimo⁵⁰¹. Esta previsión del apartado 6 hace que, en la práctica, la consideración de estos criterios como posibles atenuantes sea muy reducida, únicamente a aquellos casos en que pudieran apreciarse simultáneamente circunstancias agravantes y atenuantes de manera simultánea. Y es que, si sólo se considera el juego de circunstancias atenuantes, en la práctica sería equivalente a que no se considerara relevante ninguno de los criterios de graduación, y ello por cuanto el resultado de considerar sólo atenuantes o ningún criterio es el mismo, esto es, la sanción se impondría en el grado mínimo. Ello hace que, en la práctica, los criterios se usen casi únicamente como agravantes, y de manera muy limitada como atenuantes, puesto que sólo tienen trascendencia práctica cuando haya agravantes y atenuantes simultáneamente. Y es que no pueden considerarse los criterios para cambiar la calificación de la infracción, puesto que la infracción queda calificada como leve, grave o muy grave, con independencia de la graduación de la misma, puesto que la graduación entra posteriormente en juego, una vez que ha sido calificada la infracción, sin que la graduación pueda alterar la calificación de la misma, de acuerdo con el principio de tipicidad de las infracciones.

Por otra parte, también procedería plantearse si los criterios de graduación contenidos en el apartado 3 del artículo 39 TRLISOS son una lista de *numerus clausus* o *numerus apertus*. En este sentido, y dado que nos encontramos en

⁵⁰¹ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 356. El autor señala que con esta regla se ha venido a poner fin por vía normativa a la discrepancia que en sede judicial se venía produciendo en cuanto a la respuesta sancionatoria que la falta de mención de los criterios de graduación debía tener.

materia de derecho administrativo sancionador, entendemos que hemos de considerar la regla como de *numerus clausus*, por respeto al principio de taxatividad. Si bien, podríamos considerar que, en cuanto pudieran ser criterios atenuadores, en cuanto tales atenuantes si pudieran considerarse como lista abierta⁵⁰².

En cuanto a la aplicación de los principios de graduación, hay que destacar también que en el Acta de Infracción habrá de motivarse, de manera explícita, los criterios que se tienen en cuenta, motivando de manera específica su aplicación, huyendo de cualquier apreciación subjetiva, y ello por cuanto la no referencia expresa al criterio de graduación aplicado provocaría indefensión en el sujeto infractor. En este sentido, no bastaría con la mera mención del criterio de graduación que se aplica, ni con una mera remisión genérica al artículo 39.3 TRLISOS⁵⁰³. Con ello se pretende evitar tanto la indefensión del sujeto responsable como la arbitrariedad que podría provocar la falta de motivación de los actos administrativos. Tal motivación viene siendo exigida por la Jurisprudencia, que en ocasiones rebaja la cuantía de la sanción cuando se utilizó como criterio agravante alguno de los criterios previstos en el artículo 39.3 TRLISOS, pero con mera mención a su literalidad del precepto, sin realizar una motivación suficiente al respecto⁵⁰⁴.

Antes de entrar a analizar cada uno de los criterios de graduación aplicables en materia de prevención de riesgos, conviene resaltar la falta de elementos subjetivos o culpabilísticos como criterios de cuantificación de la sanción, como

⁵⁰² Algún ejemplo de jurisprudencia que considera atenuante circunstancias no incluidas en los criterios de graduación como la STS de 3 de noviembre de 2003, que recoge como atenuante el hecho de que el accidente muy grave fuera el primero que se producía en la empresa después de muchos años de actividad, tal y como se recoge en COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 357.

⁵⁰³ Criterio Técnico núm. 59/2008, de 5 de marzo de 2008, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre graduación de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales.

⁵⁰⁴ Por todas, STSJ Andalucía –Málaga-, Sala de lo Social, 371/2018, de 1 de marzo de 2018.

se verá. Tanto en la tipificación, que vimos más arriba, como en la graduación, que veremos seguidamente, el legislador no incorpora criterios subjetivos, sino que trata de establecer elementos objetivos, como reflejo de las exigencias de prevención “eficaz”, con independencia de elementos de intencionalidad. Ello no hace sino acentuar que la responsabilidad administrativa en esta materia es “cuasi-objetiva”, como venimos sosteniendo a lo largo de este estudio⁵⁰⁵.

2.2. Criterios de graduación aplicables en materia de prevención de riesgos laborales

A continuación, trataremos individualizadamente cada uno de los criterios de graduación previstos en el apartado tercero del artículo 39 TRLISOS, teniendo en cuenta para ello su relación con las infracciones preventivas analizadas más arriba y su aplicación práctica. Tendremos también en cuenta por su relevancia en la actuación inspectora el Criterio Técnico 59/2008, de 5 de marzo de 2008, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre graduación de las sanciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

2.2.1 La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo

El primer criterio de graduación se hace depender de la peligrosidad de las actividades que se desarrollen en la empresa. Se trata de un criterio ambiguo,

⁵⁰⁵ En este sentido, algunos autores señalan que se produce una “objetivación” de la responsabilidad administrativa en este ámbito de la prevención de riesgos laborales. Cfr. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Artículo 39. Criterios de graduación de las sanciones”, en VV.AA. GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006, pág 526.

puesto que toda actividad es potencialmente peligrosa⁵⁰⁶, por lo que habrá que delimitar, en cada caso, si hay un plus de mayor peligrosidad en la actividad de la empresa que justifique la aplicación de este criterio como agravante, o en su caso, que la actividad de la empresa sea poco peligrosa, lo que justifique que el criterio sea tenido en cuenta para atenuar la graduación de la sanción.

La consideración de este criterio como agravante cabría en dos supuestos, bien por ser la actividad considerada reglamentariamente como peligrosa o con riesgos especiales, o bien cuando, no estando incluida la actividad en ninguna norma que la considere como peligrosa, el Inspector actuante aprecie que se trata de una actividad peligrosa o con riesgos especiales, lo que habrá que motivar de manera detallada en el Acta, señalando los datos objetivos en que se fundamenta el riesgo⁵⁰⁷.

Las actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales se enumeran, de manera no exhaustiva, en el Anexo I del RSP, que incluye los trabajos con exposición de radiaciones ionizantes, los trabajos con exposición a agentes tóxicos o muy tóxicos, y en particular a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, las actividades en que intervienen productos químicos de alto riesgo, los trabajos con exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, las actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos, los trabajos de minería a cielo abierto y de interior, y sondeos de superficie terrestre o en plataformas marinas, las actividades de inmersión bajo el agua, las actividades en obras de construcción, excavación, movimientos de tierras y túneles, con riesgo de caída de altura o sepultamiento, las actividades en la industria siderúrgica y en construcción naval, la producción de gases comprimidos, licuados o disueltos o utilización significativa de los mismos, los

⁵⁰⁶ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 204.

⁵⁰⁷ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., págs. 205-206

trabajos con concentraciones elevadas de polvo silíceo y los trabajos con riesgo eléctrico en alta tensión.

Junto a este listado, en determinados sectores laborales se mencionan también otras actividades peligrosas específicas. Así es el caso del anexo II del RD 1627/1997, que establece una relación no exhaustiva de trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores en la construcción. También en el artículo 8 del RD 216/1999 sobre seguridad y salud en el trabajo en las ETT se establece un listado de actividades en las que no se pueden celebrar contratos de puesta a disposición en actividades especialmente peligrosas. Por su parte, el RD 681/2003, sobre riesgos de atmósferas explosivas en el lugar de trabajo, clasifica seis zonas de riesgo.

Teniendo en cuenta estas actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas, u otras que el Inspector actuante motive como tales, podría aplicarse este criterio como agravante.

Dado que este criterio ha de ser aplicado con efectos agravatorios en aquellas actividades que exigen una especial diligencia del empresario, no bastará mencionar en el acta de infracción que existe peligrosidad, sino que habrá que concretarla en el relato fáctico, tal y como señala el Criterio Técnico 59/2008, sobre graduación de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales.

Sin embargo, existen algunas infracciones tipificadas que, por formar parte de la definición del ilícito administrativo, no podría aplicarse, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 39 TRLISOS.

Este es el caso de las infracciones muy graves previstas en los apartados 7, 8, 15, 16 y 17 del artículo 13 TRLISOS. En todos estos casos, tal y como vimos al tratar sobre las infracciones, en la definición de las mismas tendríamos que se trata de infracciones que se cometen precisamente en actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales, lo que no permitiría que se aplicara, además este criterio de agravación porque se vulneraría el principio del *non bis in ídem*.

Por otra parte, no hay unanimidad en la doctrina en si se podría aplicar o no este criterio en las infracciones en las que se incluye en su definición la existencia de riesgo grave e inminente. En tal caso, la duda se centraría en dilucidar si el riesgo grave e inminente es consustancial a las actividades peligrosas o con riesgos especiales y, por tanto, si en las infracciones en cuya definición aparece el riesgo grave e inminente como delimitador del tipo, podría aplicarse o no este criterio de graduación. En este sentido, entendemos que no necesariamente el riesgo grave e inminente ha de estar unido consustancialmente a las actividades peligrosas o con riesgos especiales, y que sí cabría aplicar este criterio agravante cuando la infracción en la que los trabajadores están sometidos a riesgo grave e inminente se produce, además, en una actividad con riesgos especiales, se trataría, por tanto, de dos circunstancias distintas, de tal modo que el riesgo grave e inminente no es inherente a la actividad reglamentariamente considerada como peligrosa, sino un posible resultado de la misma⁵⁰⁸.

Por otra parte, en cuanto a la aplicación de este criterio como atenuante⁵⁰⁹, puede servir para atenuar lo que podría resultar excesivamente severo, lo que puede ocurrir particularmente en el supuesto previsto en el artículo 13.1 TRLISOS, referido a la infracción en materia de protección a la mujer en los periodos de embarazo y lactancia, por no observar las normas específicas de protección en esos periodos. En tales casos, si la actividad de la empresa no se considera como peligrosa o con riesgos especiales, esta circunstancia podría entrar como atenuante.

⁵⁰⁸ En este sentido COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 363 y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 115. De opinión contraria resulta SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M, *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 208. Este autor rechaza la aplicación de este criterio, en general, a los supuestos de infracción muy graves en que la inminencia del riesgo sirve para calificarlas.

⁵⁰⁹ En este sentido, cfr. COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 364.

2.2.2. El carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades

Este segundo criterio de graduación está relacionado también, al igual que el primero, con los riesgos de la actividad realizada por la empresa.

En el caso de que los riesgos sean de carácter permanente, la empresa habrá de considerarlos en la evaluación de riesgos, y adoptar medidas de planificación para eliminar o reducir dichos riesgos. Si no se ha hecho así, la conducta tiene un plus de antijuridicidad que supone la consideración como agravante. Si, por el contrario, los riesgos tienen carácter transitorio, pueden no haberse previsto en la evaluación de riesgo, y dado su carácter transitorio, utilizarse como criterio atenuante⁵¹⁰.

Sin embargo, la aplicación práctica puede generar problemas en este sentido, puesto que puede no resultar fácil determinar si un riesgo tiene carácter permanente o transitorio, e incluso, aun teniendo carácter transitorio, si es de especial gravedad, la falta de adopción de medidas puede suponer precisamente un plus de antijuridicidad, y ser considerada como agravante y no como atenuante, y ello por cuanto, precisamente por ser transitorio el riesgo debieran tomarse precauciones especiales al respecto, para que no se produzcan accidentes en situaciones especiales⁵¹¹.

En algunos casos, será difícil distinguir entre un riesgo permanente o transitorio, ya que inicialmente se puede considerar un riesgo como transitorio, pero que se

⁵¹⁰ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 365.

⁵¹¹ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, pág. 211.

convierta en permanente cuando transcurre un tiempo suficiente para su subsanación, sin que ésta se haya llevado a cabo⁵¹².

En definitiva, se trata de un criterio de graduación que deja margen de apreciación al Inspector actuante a la hora de determinar los criterios a utilizar, y el margen aplicativo de los mismos.

Así, por ejemplo, ante el supuesto de carecer una máquina de la protección de los dispositivos de corte, previstos reglamentariamente, se consideró que en el acta de infracción se aplicó correctamente este criterio de graduación a efectos agravatorios, por generar un riesgo permanente (STSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de enero de 2003).

2.2.3. La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias.

Como venimos señalando a lo largo del presente estudio, para la comisión de una infracción de prevención de riesgos laborales no se precisa que se produzca el resultado del daño para la salud y seguridad de los trabajadores, sino que basta con que se produzca el riesgo, esto es, basta con el incumplimiento para que se produzca la infracción, tratándose, por tanto, de infracciones de peligro, y no de resultado⁵¹³.

⁵¹² Un ejemplo de ello lo encontramos en el Criterio Técnico 59/2008, de la DGITSS, sobre graduación de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales, en que se consideró como permanente la situación de riesgo de una instalación eléctrica en que el empresario había dejado transcurrir mucho tiempo sin corregir las anomalías registradas, y así lo confirmó la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de marzo de 2003.

⁵¹³ Vid. Parte I, Capítulo 1, Apartado 3. La infracción administrativa se produce aún por la “mera inobservancia” de las medidas de prevención de riesgos laborales, independientemente de que se produzca un daño, e incluso independientemente de que el riesgo llegue a materializarse. Bastaría con el “riesgo potencial”, para considerar que hay infracción administrativa. Si el empresario no adopta todas las medidas de prevención posibles, se estaría creando riesgo para los trabajadores, si bien ese riesgo habitualmente será concreto, para los trabajadores propios

Aun tratándose de infracciones de peligro y no de resultado, no podemos, sin embargo, obviar que la producción del daño supone un plus de antijuridicidad en la comisión del ilícito, que viene a desplegar su virtualidad como criterio de graduación, en este caso específicamente como agravante de la infracción que se haya cometido. Y es que no es indiferente que se haya producido un daño o no, a la hora de graduar la sanción, de manera que el daño acabará resultando como factor clave a la hora de la graduación de la sanción. De tal modo que si se han producido daños, el criterio se considerará como agravante, y si no se han producido daños o la falta de riesgo de daños podrán atenuar la sanción⁵¹⁴.

El criterio de graduación recoge aquí dos supuestos distintos, que habrán de valorarse de diferente manera a la hora de determinar la sanción, puesto que se distingue entre los daños que se hayan producido, y entre los que pudieran haberse producido. Es decir, se distingue entre los daños que efectivamente se hayan actualizado y aquéllos que no se hayan actualizado, sino que eventualmente pudieran haberse producido.

En el primero de los casos, tendríamos que los daños efectivamente se han producido. Es decir, se ha actualizado un daño en la integridad física o psíquica del trabajador, o en su salud. En tal caso, se valorarán los daños producidos en la persona del trabajador para graduar la sanción a imponer. Es decir, este criterio de graduación se tendrá en cuenta cuando nos encontremos ante un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

En los casos en los que efectivamente se haya actualizado el riesgo, y se haya producido un daño, éste puede ser leve, grave o muy grave, sin que ello altere la calificación de la infracción. Es decir, nos podemos encontrar con un accidente

de la empresa en la que no se adoptan las medidas, puede ser que el riesgo no se llegue a materializar, situándonos en el ámbito del “riesgo potencial”, esto es, del riesgo abstracto. La producción del daño no se considera como un elemento configurador del ilícito administrativo, sino sólo como un criterio de agravación en su caso. Si bien, la “mera inobservancia” no se recoge hoy en la Ley 39/2015, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas, para resaltar que ha de haber cierta culpabilidad.

⁵¹⁴ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 116.

de carácter leve en cuanto a los daños producidos en la persona del trabajador, pero que, sin embargo, la infracción que haya cometido la empresa sea de carácter grave o muy grave, sin que ello altere la calificación de la infracción. Si bien, sí podría tenerse en cuenta la menor trascendencia de los daños para el trabajador como criterio atenuante⁵¹⁵. Y, al contrario, un daño en la persona del trabajador se puede tener en cuenta como criterio agravante de la infracción, puesto que en la definición de ninguno de los tipos infractores se contiene el daño como delimitador del tipo. Ni siquiera en las infracciones que implican riesgo grave e inminente se exige que se produzca el daño, sino que basta con el riesgo, por lo que, en estos casos, si además del riesgo grave e inminente, este se actualiza y hay un daño para el trabajador, esta circunstancia podría apreciarse como agravante.

Otro aspecto a tener en cuenta cuando se produce un daño es la posible concurrencia de la imprudencia del trabajador en la comisión del mismo. Como vimos en la primera parte⁵¹⁶, la imprudencia del trabajador en general no se considera como eximente de la infracción del empresario, salvo cuando nos encontremos en casos de imprudencia temeraria del trabajador. La acción empresarial actúa como condición previa, puesto que, si la empresa no implanta medidas de seguridad, el trabajador no puede cumplirlas⁵¹⁷, y de ahí que la imprudencia del trabajador no suela considerarse como eximente de la responsabilidad empresarial. Si bien, ello no impediría que la concurrencia de la imprudencia profesional del trabajador, derivada de su exceso de confianza,

⁵¹⁵ COS EGEEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 368.

⁵¹⁶ Vid. Supra, Parte I. V.

⁵¹⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F, y RON LATAS, R.P., "Obligaciones preventivas y responsabilidades de los trabajadores", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* número 36, 2014.

permitiría considerar esta circunstancia del daño producido en este caso como atenuante de la sanción a imponer⁵¹⁸.

En cualquier caso, el acta de infracción tiene que considerar expresamente la gravedad del daño producido, motivando la consideración de este criterio de graduación. Si bien en caso de muerte resultan superfluas otras consideraciones, bastando con parafrasear el precepto, como indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de diciembre de 2002.

Por lo que se refiere a los daños que hubieran podido producirse, señalar en primer lugar la ambigüedad de este criterio de graduación, que bien pudiera entenderse que está contenido en la definición de muchos de los tipos infractores, señaladamente en aquellos que implican la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. Y es que aquí no nos encontramos ante un daño efectivamente causado, sino potencial, y es esa potencialidad la que le hace estar dentro de la misma definición del riesgo. Así, no podrá aplicarse este criterio de graduación en aquellos ilícitos en cuya definición aparezca como definidor del tipo la producción de un riesgo laboral.

Además, cuando se trata de un daño que pudiera producirse en un futuro, el Criterio Técnico 59/2008 de la DGITSS, señala que deben evitarse razonamientos meramente especulativos o subjetivos, resultando en este caso improcedente la aplicación de este criterio por ir en contra de la seguridad jurídica del sujeto responsable.

Así, en este criterio de graduación del apartado tercero nos encontramos con dos situaciones totalmente distintas, que bien hubieran podido dar lugar a dos criterios de graduación distintos, uno para los daños producidos, que difícilmente entra en colisión con las definiciones de los tipos infractores, y otro con los daños que hubieran podido producirse, y que puede entrar en colisión fácilmente con los tipos definidos en los artículos 12 y 13 TRLISOS, por ser un criterio de graduación del riesgo, elemento que se contiene en la mayoría de los tipos

⁵¹⁸ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 369.

infractores, y que hace difícil, por tanto, la aplicación práctica de este criterio de graduación.

Esta circunstancia conlleva que la aplicación de este criterio se haga fundamentalmente por los daños producidos, por haber una mayor concreción de la gravedad del daño, basado en criterios objetivos, y también porque una parte importante de las actuaciones en prevención de riesgos laborales lo son precisamente por investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁵¹⁹, lo que implica que se trate de actuaciones inspectoras en las que se han actualizado los daños.

2.2.4. Número de trabajadores afectados

El número de trabajadores afectados es un criterio meramente numérico, y por tanto en principio objetivo, a la hora de agravar o atenuar la sanción a imponer. Es por ello que es el criterio más utilizado a la hora de agravar la sanción en las actas de la Inspección de Trabajo.

Sin embargo, la ausencia de reglas numéricas precisas lo hacen no difícil en la práctica, y hubiera sido deseable que se concretaran legislativamente unos criterios para su aplicación⁵²⁰.

Respecto de este criterio de graduación, señalar en primer lugar que los trabajadores han de ser “afectados” por la infracción de que se trate⁵²¹. Ello no implica que necesariamente haya habido un daño, sino que los trabajadores han

⁵¹⁹ Cfr. En este sentido SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 213.

⁵²⁰ En este sentido se ha manifestado SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 221.

⁵²¹ De acuerdo con el Criterio Técnico 59/2008, DGITSS, el concepto de trabajador afectado adquiere en materia preventiva una dimensión especial que no tiene en otras materias, ya que, por lo general, no puede limitarse al trabajador que ha sufrido el daño concreto.

podido verse afectados por estar en la situación de riesgo que se tipifica con la infracción, independiente de que se haya producido o no el daño.

Habrá que tener en cuenta las circunstancias de cada caso y la naturaleza de la infracción a la hora de aplicar este criterio de graduación, que no procederá en aquellos casos en los que se trate de infracciones en las que, por tratarse de aspectos personales muy concretos de uno o de varios trabajadores, sean solamente éstos los que puedan tener la consideración de afectados. Así sucedería con la infracción grave del artículo 12.7 TRLISOS, relativa a la adscripción de trabajadores a puestos incompatibles con su estado⁵²². Igual ocurre en el caso de la infracción prevista en el artículo 12.2 TRLISOS, por falta de reconocimientos médicos, que trabajadores afectados serán los que no hayan tenido el derecho a la vigilancia de la salud. En este tipo de supuestos no es posible la ampliación del concepto de trabajador afectado a otros pertenecientes al mismo centro de trabajo o empresa, si no concurren las circunstancias que determinan la infracción.

Pero generalmente, además del trabajador más directamente afectado, ha de ampliarse tal calificación a todos los trabajadores que, por el tipo de puesto de trabajo, pueden estar potencialmente expuestos al riesgo a que se refiera la infracción, aunque este riesgo no se hubiera concretado respecto ellos en la producción de un daño o siniestro⁵²³.

En cualquier caso, este criterio ha de aplicarse de manera proporcional a la plantilla de la empresa⁵²⁴. Así, este criterio podrá ser agravante cuando el riesgo creado con la infracción afecta a todos los trabajadores de la empresa o a una gran parte de ella. Así, si el riesgo afecta a un solo trabajador, procedería la aplicación de la infracción en grado mínimo. Sin embargo, si la infracción afecta

⁵²² FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 117.

⁵²³ Criterio Técnico 59/2008, DGITSS, de 5 de marzo de 2008.

⁵²⁴ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 372.

a la totalidad o práctica totalidad de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo, procedería aplicar este criterio como agravante.

2.2.5. Las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de riesgos laborales.

Nos encontramos ante un criterio de graduación que contempla dos situaciones distintas, susceptibles de ser analizadas por separado, y veremos que ambos casos, se trata de un criterio prácticamente vacío de contenido, por su imposibilidad aplicativa en la práctica.

En primer lugar, se considera como criterio de graduación las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario. Pero resulta que la falta de medidas de protección individual o colectiva es precisamente un tipo infractor, del artículo 12.16.f) TRLISOS, que se configura como infracción grave, y podría ser incluso infracción muy grave del artículo 13.10 TRLISOS, en caso de que se produzca por su falta riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. De tal modo que, de acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del artículo 39, no podría considerarse este criterio como agravante, puesto que ya estaría contenido en el ilícito.

En cuanto a su posible consideración como atenuante, nos encontramos con alguna resolución judicial que considera este criterio como atenuante en aquellos casos en los que se han proporcionado equipos de protección individual a los trabajadores, pero estos no los han usado⁵²⁵. Sin embargo, en nuestra opinión, no procedería tampoco considerar esta situación como atenuante, puesto que el empresario tendría *culpa in vigilando*, ya que la obligación de proporcionar

⁵²⁵ En este sentido se ha pronunciado la STSJ de Andalucía de 15 de junio de 2000, comentada en COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 374-375.

equipos de protección individual comporta, además, la obligación de vigilar por su uso⁵²⁶.

Por otra parte, la segunda circunstancia contenida en este criterio de graduación hace referencia a las instrucciones impartidas por el empresario. En este caso, nos encontramos también con una colisión con la obligación de formación e información en materia de prevención de riesgos laborales, cuyo incumplimiento viene tipificado en el artículo 12.8 TRLISOS, y por tanto tampoco se podría considerar como un criterio agravante, ni atenuante, puesto que tiene su propia tipificación.

Tampoco procedería considerar aquí como exculpante de la responsabilidad de la empresa que ésta haya dado instrucciones a los trabajadores y que éstos no las hayan cumplido, por la misma *culpa in vigilando* que tiene el empresario al respecto, como hemos comentado respecto a la falta de utilización de los equipos de protección individual.

Sin embargo, esta interpretación restrictiva y de práctica inaplicabilidad de estos criterios de graduación no es compartida por la totalidad de la doctrina, que en algún caso sí entiende que habría un resquicio para su aplicación ortodoxa⁵²⁷. Así, podría tener incidencia como atenuante cuando la infracción que se sanciona no tiene relación directa con las medidas de protección individual o colectivas ni, en su caso, con las instrucciones del empresario, y cuando las medidas de protección individual y colectivas o las instrucciones superan las normales y suficientes que se suelen aplicar ante similares riesgos.

⁵²⁶ Vid., Supra, Parte I, Capítulo 3, Apartado 2, respecto de la imprudencia del trabajador y su incidencia respecto de la responsabilidad de la empresa.

⁵²⁷ Sí defiende la posible aplicación del criterio, siquiera restringida, en SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., págs. 227-228. En contra, COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, págs. 374-376.

2.2.6. El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos a que se refiere el artículo 43 LPRL

El artículo 43 LPRL, al que nos referiremos más adelante al tratar sobre los requerimientos⁵²⁸, prevé que, en caso de incumplimiento a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, el Inspector actuante “requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas”. Esto es, en caso de apreciar deficiencias en materia de seguridad y salud, necesariamente –de ahí el imperativo “requerirá”–, se habrá de efectuar requerimiento para su subsanación, con independencia de que se proponga o no, en ese momento, el Acta de Infracción. Así, el Inspector actuante puede decidir no levantar acta de infracción. Pero si así lo hiciese, y posteriormente comprobase que la empresa no ha cumplido el requerimiento, iniciará el procedimiento sancionador con el acta correspondiente. En este supuesto cabría, por tanto, tener en cuenta este criterio de graduación que ahora analizamos⁵²⁹.

Estos requerimientos tienen como fin, precisamente, que se cese en el incumplimiento en materia preventiva, y que se adopten las medidas necesarias para eliminar el riesgo para los trabajadores. Si, a pesar del requerimiento efectuado, el empresario no corrigiera las deficiencias, este incumplimiento del requerimiento supone un plus de antijuridicidad a tener en cuenta como criterio de graduación de la sanción a proponer en la consiguiente acta de infracción. Es la obstinada persistencia en la infracción por parte del empresario lo que se considera como criterio agravante, puesto que no cesa en su conducta incumplidora ni aun cuando así ha sido requerido por la Inspección de Trabajo.

Por su parte, el apartado segundo del artículo 43 LPRL contiene los requisitos que habrá de tener el requerimiento. Se hará saber por escrito al empresario responsable, debiendo así tener constancia de su comunicación formal a la

⁵²⁸ Vid., *Infra*, Parte II, Capítulo 4, Apartado 1.

⁵²⁹ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, pág. 378.

empresa. Se señalarán las anomalías o deficiencias apreciadas y con indicación del plazo para su subsanación.

El plazo que otorgue el requerimiento para la subsanación de las medidas habrá de ser proporcionado y adecuado con las características de la inadecuación o incumplimiento. Así, el requerimiento formulado ha de ser congruente para que lo que en él se exige pueda ser realizado dentro del plazo que se otorgue⁵³⁰. Otorgar un plazo escaso para el cumplimiento de lo señalado excluye este criterio de agravación⁵³¹.

El requerimiento también debe ser comunicado a los Delegados de Prevención, si bien este requisito entendemos que no es imprescindible a los efectos de aplicar este criterio de graduación, puesto que el conocimiento o no por parte de los Delegados de Prevención no añade ni quita antijuridicidad al incumplimiento por parte del empresario responsable.

Señalar, así mismo, un dato fundamental que se pone de manifiesto en el Criterio Técnico 59/2008 DGITSS, y es que los hechos respecto de los que se formuló el requerimiento incumplido deben ser coincidentes con los incluidos en el relato fáctico del acta de infracción. En este sentido es preciso que el relato fáctico del requerimiento sea claro y preciso, y coincida con el relato fáctico del incumplimiento infractor que se recoge en el acta de infracción.

Con la creación de los Subinspectores de Laborales, Escala de Seguridad y Salud Laboral, a partir de la Ley 23/2015, la competencia en materia de prevención de riesgos laborales ya no es exclusiva de los Inspectores de Trabajo, sino que se comparte con esta nueva escala de funcionarios de Inspección. Entre las competencias de los subinspectores de la escala de seguridad y salud laboral, se encuentra precisamente la de efectuar

⁵³⁰ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 234.

⁵³¹ STSJ Madrid, Contencioso Administrativo, de 24 de marzo de 2003, que excluye la aplicación de este criterio de agravación por haberse otorgado un plazo demasiado corto para su cumplimiento.

requerimientos del artículo 43 LPRL, y en caso de incumplimiento de los mismos, procederá que el subinspector levante la oportuna Acta de Infracción, en cuyo caso estaría ante la posibilidad de considerar el criterio de graduación que venimos analizando.

Junto a ello, también hemos de tener en cuenta que, con la aprobación de la Ley 54/2003, los Técnicos Habilitados de las Comunidades Autónomas que realicen tareas de prevención en apoyo y colaboración con la Inspección de Trabajo pueden efectuar también requerimientos de los previstos en el artículo 43 LPRL. En caso de incumplimiento de tales requerimientos, también podrá ser de aplicación este criterio de graduación en las actas de infracción levantadas por este procedimiento.

En otro orden de cosas, y en relación con la paralización de actividades prevista en el artículo 44 LPRL, a la que nos referiremos más adelante⁵³², señalar que se excluye de este criterio de graduación los incumplimientos de esta paralización de actividades hasta la subsanación de los incumplimientos que generan riesgo grave e inminente, y ello por cuanto la paralización, aun conllevando la obligación de subsanar, no es un verdadero requerimiento, sino un mandato imperativo, aunque recurrible. Así, cuando el Inspector actuante aprecie la existencia de un riesgo grave e inminente, no se realiza un requerimiento propiamente, sino que lo que procede es ordenar la paralización de los trabajos conforme a lo previsto en el artículo 44 LPRL. Dicha orden es un verdadero mandato imperativo de ejecución inmediata por el empresario, de modo que su incumplimiento, o el reanudar las actividades sin haber subsanado las causas de paralización, no es un criterio de graduación, sino un ilícito propio⁵³³. De hecho, no podría aplicarse este criterio de agravación porque el incumplimiento de la orden de paralización

⁵³² Vid., *Infra*, Parte II, Capítulo 4, Apartado 2, en la que analizamos la naturaleza jurídica de esta medida.

⁵³³ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, pág. 120.

está tipificado como una infracción específica, en el artículo 13.3 TRLISOS, como vimos más arriba⁵³⁴.

2.2.7. La inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los Delegados de prevención o el Comité de Seguridad y Salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes.

El presente criterio de graduación tiene en cuenta el incumplimiento por parte del empresario de las propuestas para la corrección de deficiencias preventivas que hayan realizado dos tipos de órganos: o bien los servicios de prevención, o bien los órganos de representación de los trabajadores en la empresa –delegados de prevención o comité de seguridad y salud-. Analizamos ambas situaciones por separado, para una mayor claridad expositiva.

En relación con los servicios de prevención, comenzar señalando que tal y como vimos más arriba al analizar las infracciones⁵³⁵, la LPRL, en su artículo 30, ha establecido diferentes modalidades por las que el empresario puede llevar a cabo la organización de los recursos necesarios para la actividad preventiva de la empresa. Así, el desarrollo de las actividades preventivas deberá ser realizado por el empresario a través de la asunción personal por el empresario de la actividad preventiva, la designación de trabajadores de la empresa, la constitución de un servicio de prevención propio o la constitución de un servicio de prevención ajeno.

Para el cumplimiento de sus funciones, el servicio de prevención podrá realizar una serie de propuestas a la empresa encaminadas al cumplimiento de la normativa preventiva. En caso de que la empresa incumpla estas propuestas, será cuando se tenga en cuenta este criterio de graduación.

⁵³⁴ Vid., Supra, Parte II, Capítulo 2, Apartado 3, al tratar sobre las infracciones muy graves.

⁵³⁵ Vid. Supra, Parte II, Capítulo 2.

En este sentido, se plantea que el criterio de graduación, tal y como está redactado en el artículo 39.3g) sólo se refiere a la inobservancia de propuestas realizadas por los servicios de prevención, pero no se refiere a la posible inobservancia de propuestas realizadas por los trabajadores designados. En este sentido, de acuerdo con el principio de taxatividad, y teniendo en cuenta que estaríamos ante un criterio que funciona como agravante, entendemos que no cabría incluir la inobservancia de las propuestas de trabajadores designados como agravante en un acta de infracción⁵³⁶.

Por otra parte, en relación a los Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud, tenemos que el Capítulo V LPRL, relativo a la consulta y participación de los trabajadores, prevé estos órganos específicos de representación de los trabajadores. Dentro de sus competencias, los Delegados de Prevención pueden recabar del empresario la adopción de medidas preventivas para mejorar la seguridad y salud de los trabajadores, pudiendo realizar propuestas al empresario a tal fin. Por otra parte, el Comité de Seguridad y Salud tiene, entre sus competencias, la de promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes.

En caso de que el empresario no cumpla con las propuestas de estos órganos de representación y participación, la TRLISOS ha establecido este criterio de graduación, para poder agravar la sanción por infracciones que tengan relación

⁵³⁶ En este mismo sentido, FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 121: “En verdad, dichos trabajadores no son jurídicamente servicios de prevención, por lo que parece acertado entender que sus propuestas no pueden ser consideradas a efectos del criterio de graduación objeto de examen”. En contra, COS EGEEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 380: “La omisión en el art. 39.3.g) TRLISOS de las propuestas formuladas por los trabajadores designados para llevar a cabo la actividad preventiva no impide que la inobservancia de las mismas pueda valorarse como criterio de graduación, toda vez que la expresión “servicios de prevención” utilizada por el citado precepto engloba cualquiera de las modalidades organizativas tal y como demuestra la rúbrica del Capítulo IV LPRL y la denominación del reglamento de desarrollo”.

con tales propuestas, esto es, se podrá agravar siempre que haya una identidad sustancial entre las observaciones realizadas por dichos órganos y la infracción constatada por parte de la Inspección de Trabajo⁵³⁷. Así, se ha pretendido dar relevancia a las competencias de estos órganos preventivos⁵³⁸, que sin llegar a tipificarse como infracción la inobservancia de sus propuestas, sí se pueden tener en cuenta como criterio de graduación.

En todo caso, resulta que la inobservancia por parte del empresario de tales propuestas, ya provengan de los servicios de prevención, de los delegados de prevención o del comité de seguridad y salud, denota una mayor culpabilidad empresarial⁵³⁹, lo que implica que se pueda tener en cuenta este criterio de graduación como agravante a la hora de determinar la concreta sanción a imponer.

Por último, cabe plantearnos si este criterio puede considerarse como atenuante en caso de que el empresario cumpla con las observaciones realizadas por los órganos correspondientes. En este sentido, entendemos que si el empresario ha cometido una infracción en prevención, pero trató de cumplir con las observaciones que le hicieron los órganos implicados en prevención de riesgos laborales, sí habría que tenerlo en cuenta a la hora de atenuar la cuantía sancionatoria, pues denotaría un interés por parte del empresario responsable que implica una menor culpabilidad⁵⁴⁰, sin llegar a eximir al empresario de su

⁵³⁷ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 245.

⁵³⁸ En este sentido, cfr. FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 121.

⁵³⁹ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 380.

⁵⁴⁰ En contra, COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 380 y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 122.

responsabilidad, de acuerdo con el artículo 14 LPRL, que mantiene la responsabilidad del empresario aun a pesar de posibles incumplimientos por parte de estos otros sujetos.

2.2.8. La conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

Nos encontramos aquí ante un criterio de graduación que funciona a modo de cláusula de cierre del sistema de graduación, ya que se trata de un criterio amplio, en cierto sentido ambiguo, que quiere dejar al aplicador un cierto margen de discrecionalidad a la hora de determinar la imposición de la sanción concreta que corresponda⁵⁴¹.

El presente criterio pretende una valoración conjunta –a efectos agravatorios o atenuatorios- de la conducta empresarial precedente, de su historial preventivo, por lo que no se refiere al momento concreto de la infracción constatada⁵⁴².

El fundamento de este criterio lo encontramos explicitado en la STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2004, cuando manifiesta que “es lógico, puesto que no puede valorarse de la misma manera el fallo ocasional de las medidas preventivas de una empresa donde en general se sigue una gestión atenta y cuidadosa de las mismas, que en otra donde se ha instalado la total despreocupación por la materia en la gestión de los procesos productivos”.

⁵⁴¹ Al tratar sobre las infracciones en prevención de riesgos laborales, ya vimos que el legislador incluía cláusulas de cierre en cada una de las cualificaciones –leves, graves o muy graves- para evitar que una conducta que merezca un reproche por su antijuridicidad quede sin sancionar por una desmedida interpretación del principio de tipicidad (Vid., Supra, Parte II, Capítulo 1, Apartado 2.1.3). Ahora, al tratar sobre los criterios de graduación, nuevamente el legislador incluye una cláusula de cierre abierta, para dotar de mayor flexibilidad el momento aplicativo de la sanción, y facilitar así una aplicación proporcional y adecuada a la realidad del incumplimiento empresarial.

⁵⁴² Criterio Técnico 59/2008, DGITSS.

Dado que se refiere el criterio a la conducta general seguida por el empresario, en este caso será más relevante, si cabe, la descripción detallada de las actuaciones empresariales de las cuales el Inspector deduce la conducta. El Inspector habrá de evitar que el enjuiciamiento de la conducta del empresario refleje opiniones o juicios de valor, sino que sus afirmaciones se han de basar en hechos constatados⁵⁴³, sin verter juicios u opiniones subjetivas.

Este criterio podrá aplicarse tanto como atenuante como agravante. Será atenuante cuando la empresa se caracterice por su especial cumplimiento de la materia preventiva, reducción de riesgos laborales, investigación o fomento de nuevas formas de protección y la promoción eficaz de medidas de prevención⁵⁴⁴.

Será agravante, sin embargo, cuando haya sido sancionada por infracciones en materia preventiva con anterioridad, pero siempre y cuando no pueda aplicarse la reincidencia, ni estemos ante un caso de reduplicación de la sanción por aplicación del *non bis in ídem*.⁵⁴⁵

Por último, señalar que el criterio se refiere a la conducta general del empresario, por lo que habrá que tomar en consideración la totalidad de la empresa, aun cuando existan varios centros de trabajo, por lo que habrá que tomar en consideración el nivel de cumplimiento de las normas preventivas en el conjunto de los centros de la empresa. Ello nos parece acertado, puesto que la empresa será sancionada en su conjunto, no por centros de trabajo, y de ahí que sea conveniente tener en cuenta la actitud general del empresario en el conjunto de la empresa, aunque ello pudiera tener dificultades de constatación en casos de empresas con varios centros de trabajo en distintas provincias.

⁵⁴³ Criterio Técnico 59/2008, DGITSS.

⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 122.

⁵⁴⁵ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 249.

3. Referencia a la reincidencia y a la persistencia continuada en la infracción.

Una vez expuestos los criterios de graduación de las infracciones, procede ahora analizar de manera conjunta dos instituciones en las que se pone de manifiesto que “ha fracasado la finalidad preventiva y represiva ordinaria de las sanciones”⁵⁴⁶, por lo que las nuevas sanciones a imponer necesitan de un especial agravamiento, a fin de poder cumplir con su doble finalidad tanto represiva como preventiva.

3.1. Reincidencia

Nos encontramos ante una sanción específica para aquellos casos en los que el empresario, a pesar de haber sido sancionado con anterioridad, es reincidente y vuelve a cometer la misma infracción.

El artículo 41.1 TRLISOS regula la reincidencia señalando que existe cuando se comete una infracción del mismo tipo y calificación que la que motivó una sanción anterior en el plazo de los 365 días siguiente a la notificación de ésta; en tal supuesto se requerirá que la resolución sancionadora hubiere adquirido firmeza”.

Por su parte, el artículo 14.5 del RD 928/1998, por el que se aprueba el Reglamento general para la imposición de sanciones por infracciones de orden social también regula el instituto de la reincidencia.

Entre ambas normas legal y reglamentaria, no existe la coordinación que habría que esperar⁵⁴⁷, lo que plantea en la práctica problemas en la actuación de la

⁵⁴⁶ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 322.

⁵⁴⁷ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., *Actas, Informe y Requerimientos de la Inspección de Trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 442.

Inspección de Trabajo, es por ello que la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dictó el Criterio Técnico 84/2010, sobre la aplicación de la reincidencia en las Actas de Infracción, que tenemos en cuenta en la presente exposición. Concretamente, los principales problemas aplicativos giran en torno a la constancia en el acta de la reincidencia y su causa, la precisión de que las dos infracciones a considerar sean del “mismo tipo y calificación”, qué debe entenderse como firmeza de la previa resolución sancionadora, el cómputo del plazo de los 365 días y la concreción de la nueva cuantía sancionatoria⁵⁴⁸. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

En primer lugar, se requiere que la infracción que se cometa sea del “mismo tipo y calificación”. En este sentido, resulta evidente que la calificación se refiere a que la infracción sea leve, grave o muy grave. Sin embargo, respecto al mismo “tipo” han surgido dudas doctrinales en cuanto a su interpretación⁵⁴⁹. Y ello por cuanto para un sector doctrinal, la referencia al “mismo tipo” se entendería realizada a las mismas materias reguladas en la TRLISOS, mientras que, para otro sector doctrinal, el “mismo tipo” se referiría a la descrita en cada uno de los concretos apartados de los artículos que recogen las diferentes infracciones. Esta segunda interpretación es la que nos parece más adecuada, por ser más restrictiva, y por tanto más acorde con el principio de taxatividad. Si bien es cierto, como se ha puesto de manifiesto, que el precepto sería redundante al decir “mismo tipo y calificación”, puesto que, si el tipo se refiere a la concreta infracción, ésta siempre va a tener la misma calificación.

Un segundo requisito para que pueda apreciarse la reincidencia es que la primera infracción haya adquirido firmeza, y aquí la duda surge en torno a si la

⁵⁴⁸ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 323.

⁵⁴⁹ Un resumen de las interpretaciones doctrinales lo encontramos en COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 383-384.

firmeza se refiere a la vía administrativa o jurisdiccional⁵⁵⁰. Para despejar las dudas al respecto, la STS de 24 de octubre de 2000 se pronunció expresamente al respecto, señalando que la firmeza se refiere a la vía administrativa. Ello implica que, para la apreciación de la reincidencia, la exigencia de la firmeza de la primera resolución sancionadora debe entenderse referida a la vía administrativa.

El tercer requisito de la reincidencia es de carácter temporal: Que no hayan transcurrido más de 365 días desde la notificación de la primera sanción y la comisión de la segunda infracción. Por tanto, el cómputo del *dies a quo* del plazo será desde que se notificó la resolución administrativa por la que se imponía la primera sanción, y no desde la comisión de la primera infracción, ni desde la notificación del acta, ni tampoco desde la fecha desde que adquirió firmeza en vía administrativa. Señalar también que la resolución sancionadora propiamente dicha es la que se dicte en primera instancia, a propuesta de la Inspección, por la Autoridad competente, Dirección General, Ministro, Consejo de Ministros o autoridad autonómica que corresponda, según sea la cuantía sancionadora propuesta⁵⁵¹. Entendemos que ello es así por la finalidad preventiva que tiene la sanción en sí, desde que se notifica la misma, el sujeto responsable conoce cuáles son las consecuencias de su infracción, y ello debería conminarle al no incumplimiento. Sin embargo, el reincidente vuelve a cometer una infracción, y en un plazo breve desde que se le notificó la primera sanción –menos de 365 días-, de ahí que la nueva infracción que cometa requiera una mayor propuesta sancionatoria, porque a pesar de la primera sanción impuesta, el sujeto vuelve a cometer una infracción del mismo tipo que la que dio lugar a la anterior sanción.

⁵⁵⁰ Seguimos en este sentido la exposición realizada por COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., págs. 385 y sigs.

⁵⁵¹ Las resoluciones que se dicten en los recursos de alzada, potestativo de reposición o extraordinario de revisión no tienen la naturaleza de resolución sancionatoria en sentido técnico, puesto que con ellas no se impone una sanción, sino que tienen la naturaleza de actos revisorios en vía administrativa. En este sentido cfr. Criterio Técnico 84/2010, de 28 de junio, sobre la aplicación de la reincidencia en las Actas de Infracción, de la DGITSS.

Por otra parte, para el final del cómputo del plazo, esto es el *dies ad quem*, cabe la duda de si se tendrá en cuenta la fecha de comisión de la infracción, como señala el TRLISOS, o la fecha de su comprobación, como indica el RD 928/1998. En este sentido, con carácter general se tendrá en cuenta la fecha de comisión de la nueva infracción, no la fecha de la comprobación en sí. Si bien, habría que matizar que si no es posible conocer con certeza la fecha de comisión de la infracción, el momento temporal de referencia en la segunda infracción sería el de comprobación por parte de la Inspección de Trabajo, tal y como señala el artículo 14.5 RD 928/1998⁵⁵².

En cuanto a las consecuencias sancionadoras de la reincidencia, el apartado 2 del artículo 41 TRLISOS prevé que “si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en el artículo anterior podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas en el artículo anterior para cada clase de infracción”.

De la redacción de este artículo, aun resultando un tanto confusa y ambigua⁵⁵³, se desprende que la reincidencia no opera de manera automática, sino que su apreciación se configura como facultada de la administración sancionadora⁵⁵⁴. “Podrá incrementar”, reza el apartado 2 del artículo 41 TRLISOS, lo que implica que no necesariamente se incrementará la cuantía de la sanción, dejando un margen de discrecionalidad a la administración al respecto.

⁵⁵² Así lo indica el Criterio Técnico 84/2010, DGITSS.

⁵⁵³ De esta confusión y ambigüedad se ha hecho eco la doctrina. Por todas, MONEREO PÉREZ, J.L., FERNANDEZ AVILÉS, J.A., “Artículo 41: Reincidencias” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006, pág. 545.

⁵⁵⁴ En este sentido, COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 388.

En cuanto a la determinación concreta de la cuantía a imponer en caso de apreciación de la reincidencia, se podrá incrementar hasta el doble del grado de la sanción que corresponda. Ello implica que previamente, habrá que graduar la sanción que corresponda, teniendo en cuenta los criterios de graduación arriba señalados, y una vez graduada la sanción, aplicar el doble de lo que corresponda.

A esta cuantía, en cualquier caso, se le señala un límite, la cuantía máxima del grado máximo, puesto que el artículo 41.2 TRLISOS impone como límite las cuantías máximas previstas para cada clase de infracción, refiriéndose con ello a las cuantías máximas del grado máximo de cada materia⁵⁵⁵, puesto que la reincidencia se aprecia en todas las materias contenidas en la TRLISOS, y no sólo para la prevención de riesgos laborales.

Por último, señalar que, en cualquier caso, para que pueda apreciarse la reincidencia, en la propuesta formulada en el acta de infracción debe hacerse constar expresamente esta circunstancia y su causa⁵⁵⁶, junto con la correspondiente motivación, y ello por cuanto los actos restrictivos de derechos –y una sanción lo es- han de ser suficientemente motivados.

Esto se lleva a cabo haciendo especial referencia a la sanción precedente, su notificación, la adquisición de la firmeza y la constatación de la segunda infracción del “mismo tipo y calificación”, así como la fecha de la segunda infracción o de la fecha en la que fue constatada⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Cfr. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 330.

⁵⁵⁶ BLASCO PELLICER, A., *Sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 137.

⁵⁵⁷ SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, cit., pág. 255.

3.2. Persistencia continuada en la infracción.

Esta institución se regula en el mismo artículo en el que se recogen los criterios de graduación.

Artículo 39.7 TRLISOS:

Se sancionará en el máximo de la calificación que corresponda toda infracción que consista en la persistencia continuada en su comisión.

Al encontrarse esta figura encuadrada en el artículo 39 TRLISOS, podría pensarse que se trata de un criterio de graduación más, pero ello no es así, sino que nos encontramos ante una infracción específica que consiste en la persistencia continuada, en sí misma considerada como elemento esencial del ilícito⁵⁵⁸. Es decir, la persistencia continuada se configura como una infracción específica, autónoma.

Nos encontramos con una situación en la que el empresario, tras incumplir una obligación de hacer, habiendo sido sancionado de manera firme en vía administrativa, mantiene su postura de omisión, sin adoptar las medidas necesarias para cumplir con su obligación⁵⁵⁹. En tales casos, podríamos estar ante la paradoja de no poder volver a sancionar, ex principio de *non bis in ídem*, sin embargo, el legislador ha previsto el instituto de la persistencia continuada en la infracción para evitar que quede impune tal conducta del sujeto

⁵⁵⁸ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 333. En el mismo sentido se manifiesta el Criterio Técnico 84/2010, DGITSS.

⁵⁵⁹ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 392.

responsable. Así la Administración tendría un medio más para velar por sus propios intereses y compeler al cumplimiento de la norma.

Al igual que en la reincidencia, en la persistencia continuada en la infracción hay una situación en la que ha quebrado la finalidad preventiva de la sanción. El sujeto responsable, a pesar de haber sido sancionado, o bien comete una segunda infracción –reincidencia- o bien no subsana la infracción cometida, continuando la situación infractora –persistencia continuada en la infracción-. Ambas figuras tienen en común la quiebra de la finalidad preventiva propia de la sanción y, en consecuencia, la necesidad de una mayor reacción coactiva del Ordenamiento Jurídico, y de ahí que ambos casos se prevean mecanismos para que la cuantía sancionatoria sea superior a la cuantía habitual.

Sin embargo, ambas figuras se diferencian, ya que en la reincidencia nos encontramos ante dos infracciones distintas, es decir, en la reincidencia se repite el mismo ilícito, de tal manera que hay dos, el inicial y el reincidente. Por el contrario, en la persistencia continuada en la infracción existe un mismo ilícito administrativo que no consiste en un acto singular y puntual, sino que prolonga sus efectos en el tiempo⁵⁶⁰. Se trataría, en definitiva, de no corregir un ilícito que ya se sancionó, pero que la conducta del empresario continúa igual en el tiempo.

Es de destacar que la persistencia continuada en la infracción tiene una importancia trascendental en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, pues puede suponer que los trabajadores estén expuestos continuamente a un mismo riesgo, que no se corrige a pesar de haberse impuesto la oportuna sanción. A pesar de ello, y ante la persistencia continuada del mismo riesgo, la Inspección de Trabajo puede aplicar medidas específicas de paralización de actividades en casos de riesgo grave e inminente, pero en los demás casos –por aplicación del principio de non bis in ídem-, resultaría que la sanción inicial jugaría como una especie de patente o salvoconducto para el empresario infractor, que impediría reiterar la exigencia de responsabilidad administrativa frente al incumplimiento de una norma preventiva que continúa creando

⁵⁶⁰ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 334.

situaciones de riesgo laboral⁵⁶¹. Lo que pretende la persistencia continuada en la infracción es saltar este obstáculo, a través de este ilícito administrativo autónomo⁵⁶².

A diferencia de lo que ocurría en la reincidencia, en el caso de la persistencia continuada, entre la firmeza de la resolución originaria y la comprobación de su persistencia no se exige ningún plazo. Bastaría con comprobar que se continúa en la misma situación, independientemente del plazo transcurrido.

Así, podríamos encontrarnos, por ejemplo, con una empresa que no ha llevado a cabo la evaluación de riesgos laborales de un puesto de trabajo específico. Podría ocurrir que esa situación sea constatada por un Inspector de Trabajo, y que proceda a levantar la oportuna Acta de Infracción que, tras la instrucción del oportuno expediente, devenga firme en vía administrativa. Si transcurrido un tiempo, la Inspección de Trabajo volviera a constatar que la empresa continúa sin realizar la evaluación de riesgos del puesto de trabajo concreto, y dado que ya ha sido sancionado, lo que procedería sería ahora, levantar Acta de Infracción por persistencia continuada, considerada ésta como una infracción autónoma.

En cuanto a las consecuencias sancionatorias, procederá imponer la sanción en la cuantía máxima del grado máximo que corresponda a la calificación –leve, grave o muy grave-, de la infracción sancionada originariamente, y ello no depende de la discrecionalidad de la Administración⁵⁶³, sino que una vez apreciada la persistencia continuada, la cuantía de la sanción se determina *ex lege*. Por tanto, se impone una sanción de multa con cuantía predeterminada.

⁵⁶¹ BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales”, en VVAA., LAÍN DOMÍNGUEZ, A. (COORDINADOR), *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 194.

⁵⁶² Cfr. SÁNCHEZ-TERAN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 334.

⁵⁶³ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 394.

En definitiva, el instituto de la persistencia continuada en la infracción es una medida que trata de afianzar aún más el carácter represivo y disuasorio propio de la multa, respecto de determinados empresarios que, a pesar de haber incurrido en ilícitos sancionados con anterioridad, no han cambiado su conducta, persistiendo en la conducta antijurídica. Es por ello que la legislación pretende unas consecuencias más graves por el mayor desvalor que merece la conducta en la que incurre el sujeto responsable⁵⁶⁴.

4. Otras sanciones distintas de la multa

Cuando iniciamos en el epígrafe anterior la exposición sobre las sanciones, hicimos referencia a la definición ya clásica de éstas por parte de García de Enterría como “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa”⁵⁶⁵.

Tradicionalmente, la potestad sancionadora de la Administración se ha resuelto con el pago de una cuantía económica, la multa. Sin embargo, hemos de señalar que las sanciones derivadas por incumplimientos de prevención de riesgos

⁵⁶⁴ Algún autor pone de manifiesto que, aun cuando su naturaleza jurídica es de multa sancionadora, su fundamento es muy parecido al de la multa coercitiva. Cfr. A este respecto SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 335.

⁵⁶⁵ GARCÍA DE TENERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo* Vol. 2, cit., pág. 189.

laborales no son monolíticas⁵⁶⁶, y aunque la multa sea la medida sancionadora más habitual⁵⁶⁷, no es la única.

Tal y como venimos señalando, en caso incumplimiento de una obligación –en lo que aquí atañe, en caso de incumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales-, el Derecho va a imponer el precepto de manera heterónoma. Tal imposición del precepto podrá ser física o económica, si bien la imposición “física” en el ámbito administrativo responde más a cánones decimonónicos, y hoy día la sanción administrativa se resuelve las más de las veces en la sanción económica, la sanción típica por excelencia. Si bien, existen otras sanciones, que podríamos denominar “atípicas”, porque no se resuelven en cuantías económicas, pero aun así, distan mucho de ser imposiciones físicas que obliguen al cumplimiento⁵⁶⁸. Es el caso de las sanciones que vamos a estudiar en el presente apartado.

El origen de estas sanciones “atípicas” podemos encontrarlo en la falta de eficacia preventiva que en ocasiones tienen la sanción económica “típica”, esto es, la multa. Y es que, en ocasiones, las sanciones legalmente prescritas ni resultan disuasorias, ni son proporcionadas a la infracción cometida, por lo que la capacidad para frenar los incumplimientos puede llegar a resultar marginal⁵⁶⁹. Para evitar esta situación, los modernos sistemas punitivos evolucionan estableciendo sanciones alternativas o complementarias, como es el caso de las sanciones atípicas que aquí comentamos.

⁵⁶⁶ SEGADO RODRÍGUEZ, P., “La actuación de la Inspección de Trabajo en prevención de riesgos laborales: Una propuesta de sistematización”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, cit., pág. 98.

⁵⁶⁷ CARRERO DOMÍNEZ, C., *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2001, págs. 44 y sigs.

⁵⁶⁸ Vid. Supra, parte II, Capítulo 3, Apartado 1, en relación con la teoría general de la sanción.

⁵⁶⁹ SEGADO RODRÍGUEZ, P., “La actuación de la Inspección de Trabajo en prevención de riesgos laborales: Una propuesta de sistematización”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, cit., pág. 97.

En la sanción propiamente dicha, la multa, se alude al daño que se inflige al transgresor, daño que justifica el carácter económico de la sanción, que coloca entre dos males a quien tiene la tentación de transgredir: el mal del cumplimiento (sacrificio del interés a costa del cual se decide el precepto) y el mal de la inobservancia del precepto⁵⁷⁰. Este mal económico lo encontramos no sólo en las sanciones típicas (la multa), sino también en las atípicas, que son objeto de estudio el presente apartado, pues aun cuando no tengan un contenido económico propiamente dicho, sí se resuelven finalmente en un daño económico para la empresa. Piénsese, por ejemplo, en la sanción consistente en la prohibición de contratar con la Administración Pública que, no siendo una sanción de cuantía económica concreta, sí supone una pérdida económica para el transgresor, que no podrá participar de contratos públicos durante el tiempo que se determine.

En definitiva, junto a la multa pecuniaria “tradicional”, como medida sancionadora ordinaria o común, existen otras sanciones distintas de aquéllas para hacer frente a los incumplimientos empresariales.

Concretamente, en el ámbito de seguridad y salud tenemos: la publicidad de las sanciones (artículo 40.2 TRLISOS), la suspensión o cierre del centro de trabajo (artículo 53 LPRL), y la limitación de la facultad para contratar con la Administración (artículo 54 LPRL).

4.1. Publicidad de las sanciones

La LISOS establece la publicidad de las sanciones muy graves como sanción autónoma, una vez que éstas sean firmes. Con ello se sanciona a través del “buen nombre” de la empresa, que se verá perjudicado precisamente por la publicidad de la sanción.

⁵⁷⁰ CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 65.

Artículo 40.2 TRLISOS:

Las sanciones impuestas por infracciones muy graves, una vez firmes, se harán públicas en la forma que se determine reglamentariamente.

La publicidad de las sanciones es una medida sancionatoria, cuya finalidad no es otra que la reprensión pública del infractor, con evidentes fines de ejemplaridad⁵⁷¹. La finalidad de esta medida sancionatoria es, sobre todo, preventiva, ya que pretende que la amenaza que supone para la buena fama la publicidad de haber cometido una infracción muy grave en materia preventiva venga a evitar la comisión de la infracción por parte del sujeto obligado.

Por otra parte, tiene también una finalidad afflictivo-represiva de tipo económica, si bien sea de tipo indirecto, por el impacto que en potenciales clientes pueda tener el conocimiento de la comisión de infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales. En cualquier caso, esta sanción atípica está presidida por el principio del “no beneficio”⁵⁷², esto es, que el infractor no se beneficie de haber cometido la infracción.

El desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo mediante el RD 597/2007, de 4 de mayo, regulándose por el mismo el procedimiento de publicación de dichas sanciones administrativas muy graves.

En el mismo sentido, varias Comunidades Autónomas, que tienen traspasadas las competencias en materia de prevención de riesgos laborales, han

⁵⁷¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su Régimen Jurídico Sancionador*, Madrid, Dykinson, 4ª Ed., 2006, pág. 367.

⁵⁷² Respecto del principio del “no beneficio”, cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNANDEZ AVILÉS, J.A., “Artículo 40: Cuantía de las sanciones” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 538.

desarrollado sus propios Decretos para la publicidad de las infracciones muy graves en prevención de riesgos laborales⁵⁷³.

Como norma común, el RD 597/2007 establece el procedimiento y el objeto de la publicación. Así, el procedimiento se iniciará de oficio, mediante propuesta contenida en acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁵⁷³ Así, D [PAÍS VASCO] 244/2012, 21 noviembre, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y creación del Registro de empresas sancionadas («B.O.P.V.» 4 diciembre). D [LA RIOJA] 4/2010, 22 enero, por el que se regula la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y el procedimiento de emisión de certificaciones de cumplimiento del objetivo "siniestralidad cero" en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja («B.O.L.R.» 27 enero). D [CASTILLA Y LEÓN] 30/2009 30 abril, por el que se regula la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León («B.O.C.L.» 6 mayo). D [CATALUÑA] 10/2009, 27 enero, de creación del Registro de empresas sancionadas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y del procedimiento para su publicación («D.O.G.C.» 3 febrero). Véase D [BALEARES] 135/2008, 5 diciembre, por el que se regula el procedimiento para la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales en las Illes Balears («B.O.I.B.» 16 diciembre). D [REGIÓN DE MURCIA] 474/2008, 5 diciembre, sobre publicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y creación de un Registro Público Regional de dichas sanciones («B.O.R.M.» 13 diciembre). D [CANTABRIA] 113/2008, 13 noviembre, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales («B.O.C.» 24 noviembre). O Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 156/2008, 15 mayo, del Consejero de Innovación, Empresa y Empleo, por la que se regula la publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y se crea el correspondiente Registro («B.O.N.» 13 junio). D [ARAGÓN] 53/2008, 1 abril, sobre publicidad de las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y de creación de un registro de consulta pública («B.O.A.» 16 abril). O [CANARIAS] 12 febrero 2008, por la que se crea el Registro de datos objeto de publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales («B.O.I.C.» 25 febrero). O [ANDALUCÍA] 7 febrero 2008, sobre Publicación de las sanciones por Infracciones muy graves en materia de Prevención de Riesgos Laborales («B.O.J.A.» 20 febrero). D [CASTILLA-LA MANCHA] 271/2007, 11 septiembre 2007, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales («D.O.C.M.» 14 septiembre). D [COMUNIDAD DE MADRID] 3/2007, 10 enero, por el que se regula la publicidad de las sanciones impuestas por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales («B.O.C.M.» 25 enero).

Por su parte, corresponderá al órgano competente para resolver sobre la sanción hacer constar en su resolución que dicha sanción será hecha pública.

Al tratarse de una sanción que en cierto modo “depende” de otra sanción –la que se imponga por haber cometido una infracción muy grave- puede hacer pensar que estamos ante una sanción accesoria, pero no es así, sino que la publicación es una sanción propia, autónoma e independiente, que tiene su propia naturaleza de sanción, con su propio fin aflictivo-represivo y preventivo. De hecho, no es una sanción que se imponga de manera accesoria a la sanción por infracción muy grave, sino que se ha de proponer y apreciar de manera independiente, si bien en la misma acta de infracción que proponga la infracción muy grave. Ello no impide que tenga carácter complementario de la sanción económica típica – multa-. Pero el carácter complementario no le otorga naturaleza de sanción accesoria, sino que es una sanción propia, autónoma.

El órgano competente para ordenar que se haga pública la sanción será aquél que dictó la primera resolución en el procedimiento sancionador. De este modo, la iniciativa corresponde a la Inspección de Trabajo, y la decisión sobre la publicación de la sanción corresponde al órgano competente en la imposición de la sanción. Así se salvaguarda los dos órganos separados, instructor y sancionatorio.

La publicación tendrá lugar en el boletín correspondiente (Boletín Oficial del Estado o de la Comunidad Autónoma), en un plazo no superior a tres meses a contar desde la adquisición de la firmeza del acto. En este sentido, puede plantearse la duda de si la firmeza se refiere a la firmeza en vía administrativa o jurisdiccional. Entendemos aquí que, al igual que ocurre con la reincidencia, la firmeza se refiere a la vía administrativa⁵⁷⁴.

El artículo 3 del RD 597/2007 trata sobre el contenido de la publicación, que habrá de incluir al menos los datos de nombre o razón social de la empresa sancionada, sector de actividad a que se dedica, número de identificación fiscal, domicilio social, infracción cometida, sanción económica impuesta incluyendo la

⁵⁷⁴ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 424.

cuantía de la misma, así como las demás sanciones impuestas con carácter principal o accesorio, fecha de extensión del acta de infracción y fecha en que la sanción adquiere firmeza. La publicación no alcanzará a los recargos de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social.

Por último, el artículo 4 del RD 597/2007 prevé la creación de un registro de datos de consulta pública, en cada una de las Administraciones competentes. En cualquier caso, los datos correspondientes a las resoluciones sancionadoras se cancelarán a los cinco años a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubieran publicado.

4.2. Suspensión de actividades o cierre del centro de trabajo.

La suspensión de actividades o el cierre del centro de trabajo se contempla no en la TRLISOS, donde hubiera sido deseable que se contemplara, para tratar de manera uniforme la totalidad del régimen sancionador, sino que se trata de una medida prevista en la LPRL.

Artículo 53 LPRL:

El Gobierno o, en su caso, los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, podrán acordar la suspensión de las actividades laborales por un tiempo determinado o, en caso extremo, el cierre del centro de trabajo correspondiente, sin perjuicio, en todo caso, del pago del salario o de las indemnizaciones que procedan y de las medidas que puedan arbitrarse para su garantía.

Nos encontramos ante un precepto que prevé dos supuestos diferenciados, por una parte, la suspensión de actividades laborales por un tiempo determinado, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones en materia preventiva; y por otro, en segundo lugar, prevé, para caso extremo, el cierre total del centro de trabajo. El precepto prevé, en definitiva, dos posibles sanciones distintas, que se hacen depender para su diferenciación de lo que se entienda por “caso extremo”, para acordar una u otra.

En cualquier caso, la medida tiene un carácter totalmente excepcional, dada su incidencia en el contenido del derecho de libertad de empresa⁵⁷⁵. En esta línea, se ha considerado que estamos más ante una norma estandarte que exhibe unos impresionantes efectos de máxima disuasión que ante una medida verdaderamente operativa⁵⁷⁶, que de hecho, no se aplica en la práctica.

En cuanto a la naturaleza de la medida, se ha planteado si nos encontramos ante una verdadera sanción o ante una medida cautelar. E incluso se plantea, en caso de considerarse sanción, si es una sanción autónoma o accesoria⁵⁷⁷. En este sentido, habría que señalar que no se trata de una medida cautelar, sino de una verdadera sanción, con su fin aflictivo y preventivo que le es propio, reservada para los supuestos más graves. Su inclusión en la LPRL en lugar de en la TRLISOS le ha dotado de un carácter autónomo, pero no por ello deja de ser una verdadera sanción, si bien, hubiera sido deseable que se incluyera en la TRLISOS y no en la LPRL, para hacer valer su carácter de verdadera sanción.

⁵⁷⁵ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 128.

⁵⁷⁶ GARCÍA MURCIA, J., y BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Comentario al artículo 53 LPRL”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M^a. N., (DIRECTORES), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, Comares, 2004, pág. 623.

⁵⁷⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNANDEZ AVILÉS, J.A., “Artículo 40: Cuantía de las sanciones” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., págs. 539-540.

Además, se trata de una sanción autónoma, puesto que no está necesariamente unida a la imposición de multas, sino que es una medida autónoma reservada específicamente para estos supuestos más graves⁵⁷⁸. En favor de considerarla como sanción autónoma, tenemos también que cuando el legislador ha querido que una sanción específica fuese considerada como accesoria, lo ha hecho expresamente, lo que no se da en este caso⁵⁷⁹. Es por ello, que procedería su aplicabilidad de darse el supuesto de hecho, con independencia de que se propongan o no otras sanciones.

En cuanto a la determinación del supuesto de hecho, se ha puesto de manifiesto que la delimitación es demasiado imprecisa y puede introducir una gran dosis de subjetividad en la actuación sancionadora⁵⁸⁰. En cualquier caso, la medida, dada su gran excepcionalidad, habrá de limitarse al tiempo imprescindible para subsanar las infracciones y situación de excepcional gravedad. Esta gravedad cualificada remite a aquellas situaciones en las que la magnitud de las infracciones detectadas imposibilite que se lleve a cabo la actividad productiva sin grave riesgo, o la actitud empresarial de resistencia al cumplimiento de la ley en la aplicación de las medidas sancionadoras típicas han sido ineficaces para corregir la situación. Esta situación excepcional pone de manifiesto que la

⁵⁷⁸ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNANDEZ AVILÉS, J.A., “Artículo 40: Cuantía de las sanciones” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 540.

⁵⁷⁹ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 129.

⁵⁸⁰ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNANDEZ AVILÉS, J.A., “Artículo 40: Cuantía de las sanciones” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 539.

medida es la *ultima ratio*, una vez intentadas todas las demás sanciones sin éxito posible⁵⁸¹.

Dado que el precepto prevé dos mecanismos, la suspensión de actividades y el cierre del centro de trabajo, por lo que su aplicación habría de ser en tramos: en primer lugar, procedería la interrupción de la actividad productiva y, en segundo término, si el empresario incurriese de nuevo en las circunstancias excepcionales, nos encontraríamos ante el caso extremo del cierre de actividad. Si bien, también sería posible que la situación extrema fuera tal que, directamente, se procediera al cierre total del centro de trabajo, sin pasar por el cierre temporal.

En cuanto a los efectos de esta medida, destacar que en caso de suspensión temporal subsiste la obligación de pago del salario a los trabajadores, y en caso de cierre definitivo, se habrán de pagar las correspondientes indemnizaciones, de ahí el carácter aflictivo-económico de la medida, ya que el empresario no va a tener ingresos por la actividad, y continúa obligado a pagar el salario a los trabajadores.

Por lo que se refiere al procedimiento para su adopción, el artículo 26 del RD 928/1998 por el que se aprueba el procedimiento para la imposición de sanciones en el orden social, establece que “cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones referidas a la seguridad e higiene y salud laborales el Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social lo pondrá en conocimiento del órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma o de la Administración del estado si no se hubiere transferido la competencia y, en su caso, de la autoridad central de la Inspección, al objeto de que se someta la suspensión temporal o el cierre del establecimiento a la aprobación del Gobierno o del órgano competente de la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo previsto en el artículo 53 LPRL”. Se trata, por tanto, de una medida excepcional, también desde el punto de vista del procedimiento, correspondiendo la propuesta al Jefe de la Inspección Provincial, siendo

⁵⁸¹ FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 130.

competente para la adopción de la resolución el Gobierno o el órgano competente de la Comunidad Autónoma cuando la materia esté transferida.

4.3. Limitaciones a la facultad de contratar con la Administración Pública

La tercera de las sanciones atípicas, distinta de la multa, está recogida en el artículo 54 LPRL, que prevé la limitación de la facultad de contratar con la Administración por la comisión de delitos o por infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud de los trabajadores.

Al igual que comentábamos para la sanción anterior, esta sanción no se encuentra en la TRLISOS, sino en la LPRL, lo que puede llevar al error de pensar que no se trata de una medida sancionadora, sino de una medida cautelar, o a lo sumo, que no se trata de una sanción autónoma, sino de una sanción accesoria. Sin embargo, al igual que dijimos en el anterior apartado, nos encontramos ante una verdadera sanción, de carácter autónomo, si bien no se resuelve en una multa, sino en una prohibición de hacer, que tiene un indudable contenido económico, puesto que, al no poder contratar con la Administración, se va a perder un potencial cliente, perdiendo las ganancias que ello conllevaría. Se cumple así con la finalidad represiva, al mismo tiempo que con la finalidad preventiva, propia de toda sanción, que implica una pérdida de derechos, un mal infringido al administrado, en definitiva, como consecuencia de una conducta infractora de éste.

La sanción se hace depender de lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que limita la facultad para contratar con el sector público, prohibiendo la contratación a quienes hayan sido condenados por sentencia firme por delitos contra los derechos de los trabajadores (artículo 71.1.a), o sancionados con carácter firme por infracción muy grave en materia social, lo que incluye las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. Se trata de una limitación a la libre competencia en función de intereses públicos de protección de la integridad y salud de los trabajadores, por

faltar el “requisito de honorabilidad” que es preceptivo para contratar con la Administración⁵⁸².

De acuerdo con el artículo 72 de la Ley de Contratos del Sector Público, el órgano contratante apreciará directamente la prohibición de contratar siempre que la resolución administrativa firme se pronuncia sobre su alcance y duración. En el caso de que la resolución de la sanción administrativa no establezca el alcance y duración, será necesaria la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto. Igual ocurre con la prohibición para contratar con la Administración en los casos de condena por sentencia penal firme por delitos contra los derechos de los trabajadores. En este sentido, la Ley 9/2017 ha venido a igualar el régimen previsto tanto para la condena por sentencia penal como para la resolución administrativa sancionadora ya que, con anterioridad, para la prohibición por resolución administrativa se exigía en todo caso instrucción de procedimiento al efecto, mientras que, en caso de sentencia, se podía apreciar directamente por el órgano de contratación. Con el nuevo régimen, si la resolución administrativa sancionadora se pronuncia sobre el alcance y duración de la prohibición, ésta será apreciada directamente por el órgano de contratación.

La prohibición no excederá, con carácter general, de tres años para los casos de sanción administrativa firme, y de cinco años para los casos de condena por sentencia penal firme por delitos contra los derechos de los trabajadores. La competencia para fijar la duración y el alcance de la prohibición de contratar corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, que dictará resolución a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. La prohibición así declarada impedirá contratar con cualquier órgano de contratación.

En caso de adjudicación del contrato a personas que se hallen incurso en alguna de estas prohibiciones determina la nulidad de pleno derecho de la adjudicación, mientras que la prohibición sobrevenida –que se produce con

⁵⁸² FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, cit., pág. 131.

posterioridad a la adjudicación- sería causa de resolución⁵⁸³. Esta nulidad tendría que ser reconocida por la Administración Pública de oficio, teniendo en cuenta la capacidad de revisión de actos propios de las Administraciones, en caso de haber llegado a contratar con empresa incurso en esta infracción.

⁵⁸³ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 428.

CAPÍTULO 4: LAS MEDIDAS DE NATURALEZA MIXTA: EL REQUERIMIENTO Y LA PARALIZACIÓN DE ACTIVIDADES EN CASOS DE RIESGO GRAVE E INMINENTE

1. Los requerimientos en prevención de riesgos laborales

Una exposición completa sobre la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales exige que nos detengamos en los requerimientos en materia de prevención de riesgos laborales y en las órdenes de paralización, que veremos en el próximo epígrafe.

Tal y como venimos manteniendo, el Ordenamiento Jurídico prevé distintos mecanismos para lograr el cumplimiento heterónimo de las normas, cuando estas no son seguidas autónomamente por los destinatarios de las mismas. Así, cuando una obligación no es cumplida por el sujeto responsable, esto es, cuando se da una infracción a la normativa, procede la imposición de la sanción, de tal manera que obligación-infracción-sanción constituyen un trío que da lugar a la responsabilidad administrativa cuando hay sujeto responsable. La sanción es así la consecuencia jurídica de la conducta infractora de una obligación por parte del sujeto responsable.

Si bien, la sanción no es la única reacción del Ordenamiento Jurídico ante el incumplimiento de las normas. De hecho, tal y como señalamos más arriba, la sanción es la *ultima ratio* del Ordenamiento Administrativo⁵⁸⁴, viniendo a ser la sanción administrativa algo así como la *ultima ratio* antes de la *ultima ratio* que supone la sanción penal⁵⁸⁵.

Junto a esta *ultima ratio* que supone la sanción –o más propiamente, el inicio del procedimiento sancionador-, existen otras medidas para lograr el cumplimiento de las normas en aquellos casos en que los sujetos destinatarios de las mismas

⁵⁸⁴ NIETO GARCÍA, A, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 33.

⁵⁸⁵ Vid. Supra, parte II, Capítulo 1, Apartado 1.

no lo hacen de manera autónoma. Entre estas medidas, destacan, para el caso de la prevención de riesgos laborales que nos ocupa, el requerimiento y la orden de paralización. En el presente epígrafe trataremos sobre el requerimiento, y en el siguiente sobre la orden de paralización.

Así, si hay incumplimiento, se despliega el carácter reactivo del Ordenamiento Jurídico, a través de la responsabilidad administrativa. Dentro de las medidas de carácter reactivo, por estar sustentadas en un incumplimiento, tenemos la sanción, pero también el requerimiento y la paralización, que suponen infracción por parte del empresario. Si bien, el requerimiento y la paralización difieren de la sanción por el fin que pretenden, que no es represivo, sino preventivo, y de ahí que las denominemos como medidas mixtas, por tener naturaleza reactiva, pero fin preventivo y no represivo. Se trata de medidas que se adoptan en situaciones en las que hay una responsabilidad administrativa, aunque su fin sea de tipo preventivo y no represivo.

Precisamente por tratarse la sanción de la *ultima ratio* antes de la *ultima ratio*, y por venir el requerimiento y la paralización a complementar a la sanción, la discrecionalidad del funcionario actuante tiene aquí una gran capacidad de despliegue y desarrollo, teniendo en cuenta que discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad. Así, adoptar una medida u otra, o incluso dos de ellas a la vez, dependerá de la discrecionalidad del Inspector actuante, que tendrá que medir con mesura y ponderación las circunstancias concurrentes, en el caso concreto. No en vano se ha venido a señalar que la sanción administrativa es el reino de la discrecionalidad⁵⁸⁶.

Cuando se habla de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, hay una tendencia predominante a identificarla exclusivamente con la función sancionadora, olvidando las actuaciones de advertencia o recomendación, o incluso el simple asesoramiento, que en la práctica diaria cumplen una función de primer orden⁵⁸⁷. Ello supone acogerse al principio de oportunidad reglada

⁵⁸⁶ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 33.

⁵⁸⁷ GÁMEZ OREA, M., "La fiscalización administrativa no sancionadora de las condiciones de seguridad y salud laborales" *Revista Actualidad Laboral*, número 13, Madrid, 1998, pág. 240.

como excepción del general que impone la automaticidad de la reacción punitiva frente a la infracción.

Así, entre las medidas derivadas de la actividad inspectora, el artículo 22 de la Ley 23/2015 prevé la posibilidad de efectuar requerimiento para la adopción de medidas en orden al cumplimiento de la normativa social, otorgando el Inspector actuante un plazo para ello.

Esta posibilidad ya se preveía en el Convenio 81 de la OIT sobre la Inspección de Trabajo y en el Convenio 129 de la OIT sobre la Inspección de Trabajo en la agricultura habla de “la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento”.

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, el artículo 43 LPRL regula las especificidades del requerimiento de seguridad y salud, para los casos en los que se advierta infracción a la normativa preventiva. Así, en este ámbito de la prevención de riesgos, el requerimiento adquiere carta de naturaleza propia. La LPRL ha sido construida inspirándose en el Derecho de la UE en la materia, que encuentra su fundamento en las acciones preventivas, más que represivas, y de ahí que el artículo 43 LPRL sea paradigmático en esta manifestación⁵⁸⁸.

Se trata de un requerimiento que podríamos denominar “final”, es decir, requerimiento como consecuencia de la actuación inspectora, una vez finalizada. Así, distinguimos entre requerimientos “instrumentales”, adoptados en el curso de la actuación inspectora en orden a la propia actividad comprobatoria, y los requerimientos “finales”, que se adoptan al finalizar la actuación comprobatoria, precisamente como resultado de la misma. Aquí nos referiremos en todo caso a los requerimientos finales, ya que serán los que se adopten cuando se constate la existencia de infracción administrativa y, por tanto, cuando quede clara la responsabilidad administrativa del empresario, objeto del presente estudio.

⁵⁸⁸ SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: La actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, cit., pág. 160.

1.1. Naturaleza Jurídica del Requerimiento

Antes de adentrarnos en la regulación jurídica del requerimiento contenida en el artículo 43 LPRL, conviene referirnos a su naturaleza jurídica, que ha sido debatida por la doctrina, tratando de dilucidar si poseen carácter coercitivo o simplemente cautelar⁵⁸⁹.

Como venimos señalando, la sanción no es la única reacción prevista por el Ordenamiento Jurídico ante los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, aun siendo el requerimiento una consecuencia derivada de los incumplimientos preventivos, su naturaleza no se corresponde con la de la sanción.

Ya señalamos con anterioridad⁵⁹⁰ que la sanción puede definirse como “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal de éste. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa”⁵⁹¹. Pues bien, el requerimiento no es propiamente un “mal infligido por la Administración al administrado”, y de ahí que el requerimiento no tenga naturaleza sancionatoria propiamente dicha.

Bien es cierto que el requerimiento, al igual que la sanción, tiene un fin preventivo, por el que se trata de conseguir el cumplimiento de la norma, pero carece, sin embargo, de un elemento esencial que posee la sanción, cual es el fin aflictivo-represivo. En el requerimiento no hay propiamente un “mal infligido

⁵⁸⁹ GARCÍA MURCIA, J., BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VVAA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentario a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, Comares, 2004, pág. 501.

⁵⁹⁰ Vid. Supra Parte II, Capítulo 3, Apartado 1.

⁵⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo* Vol. 2, cit., pág. 189.

por la Administración”, sino que el requerimiento es una conminación a cumplir la ley. Dicha conminación puede ir o no acompañada del inicio del procedimiento sancionador, pudiendo ser, en su caso, complementaria a éste, pero en cualquier caso tiene una entidad propia e independiente.

Es precisamente esta finalidad represiva lo que distingue a la sanción de otras resoluciones administrativas que pudieran restringir derechos con otros fines (por ejemplo, de coerción o de estímulo para el cumplimiento de las leyes).

Este diferente fin represivo es lo que distingue la sanción del requerimiento en prevención de riesgos laborales⁵⁹². Así, en la sanción advertimos la existencia de dos fines, el represivo-aflictivo y el preventivo, mientras que en el requerimiento se da sólo el segundo de esos fines, esto es, el fin preventivo, y de ahí que se haya definido como medida de carácter preventivo por buena parte de la doctrina.

Por ello, aunque el artículo 43 LPRL se ubique dentro de un capítulo intitulado “Responsabilidades y Sanciones”, no nos encontramos ante una medida sancionadora, sino más bien nos encontramos ante una medida preventiva o precautoria, con una finalidad correctora⁵⁹³.

Pero incluso existen diferencias en el fin preventivo entre la sanción y el requerimiento. Es cierto que ambos tienen finalidad preventiva, para conseguir el cumplimiento de la obligación de manera heterónoma cuando los obligados no han cumplido autónomamente, pero la forma de compeler al cumplimiento es distinta en el requerimiento y en la sanción, lo que hace que también se distingan en su finalidad preventiva.

Así, en el caso de la sanción, el fin preventivo se advierte de una manera que podríamos denominar “mediata”, puesto que será la amenaza de la sanción que se pueda poner al posible infractor, la que haga que de manera “indirecta” el

⁵⁹² NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., pág. 157.

⁵⁹³ GARCÍA RUBIO, M.A., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en PÉREZ DE LOS COBOS, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, Madrid, LA LEY, 2008, pág. 892.

sujeto quiera cumplir con la norma. Esto es que, por el miedo a ser castigado, proceda a cumplir con sus obligaciones.

Sin embargo, en el caso del requerimiento, la finalidad preventiva que tiene podemos denominarla como “inmediata y directa”, puesto que el requerimiento es consecuencia de una actividad inspectora de comprobación, en la que se ha constatado un incumplimiento, resultado del cual se formula el requerimiento al sujeto obligado a cumplir. Es decir, en el caso del requerimiento, la finalidad preventiva es inmediata y directa, mientras que, en el caso de la sanción, la finalidad preventiva es mediata e indirecta.

Este carácter de medida preventiva con finalidad correctora lo aleja también de las simples medidas cautelares. La adopción de medidas cautelares implica un “adelantarse” a los resultados, tratando de evitar un mal que supondría retrasar ciertas decisiones, por lo que se adoptan “cautelares” a expensas del resultado final de la investigación. Sin embargo, el requerimiento implica la constatación de una infracción al Ordenamiento Jurídico, es una medida derivada de la actividad inspectora, es una medida “final” –requerimientos finales-, de ahí que no tenga naturaleza de medida cautelar sin más cuando, además, el requerimiento puede ser independiente pero también simultáneo al inicio del procedimiento sancionador. De ahí que definir el requerimiento como mera medida cautelar resulte pobre en cuanto a su naturaleza jurídica⁵⁹⁴, que participa en cualquier caso del carácter reactivo de la responsabilidad administrativa.

La naturaleza del requerimiento es, más bien, la de un medio físico preventivo de naturaleza impositiva⁵⁹⁵. El requerimiento tiene carácter coactivo, puesto que conmina a cumplir con el Ordenamiento Jurídico, aunque no tenga carácter represivo-aflictivo. No es una mera medida cautelar, ni tampoco una sanción por

⁵⁹⁴ En contra, el requerimiento es considerado como medida cautelar por MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentarios a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, ARANZADI, Pamplona, 2010, pág. 847.

⁵⁹⁵ Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 65.

faltar el elemento aflictivo. Es una figura preventiva con naturaleza impositiva, que no aflictiva, de carácter mixto, que se define por su finalidad preventiva de cumplimiento de la norma jurídica. Es instrumento de intervención no sancionadora, cuyo fin es, precisamente, la subsanación de las anomalías o deficiencias en materia de seguridad y salud laboral que se hubieran observado en el curso de una actuación inspectora⁵⁹⁶. Tienen fuerza conminatoria –no es un mero “asesoramiento”-, fundamentándose, precisamente, en la existencia de una transgresión al ordenamiento aplicable, cuya persistencia debe evitarse cuanto antes, con independencia de que se inicie o no un expediente sancionador, con el que el requerimiento resulta compatible.

También se diferencian el requerimiento y la sanción en el tiempo que conlleva la adopción de ambas medidas. Así, la sanción constituye la exigencia de una responsabilidad administrativa frente a un incumplimiento normativo, al término de la tramitación de un procedimiento que siempre se dilatará en el tiempo, mientras que el requerimiento persigue el cumplimiento de la norma infringida en el lapso más breve posible⁵⁹⁷. Es decir, la exigencia de la responsabilidad a través del procedimiento sancionador se dilata en el tiempo, por lo que apreciamos una vez más que la finalidad preventiva de la sanción tiene una eficacia “indirecta y mediata”. Sin embargo, el requerimiento exigirá el cumplimiento de la normativa en un lapso de tiempo, que si bien no tiene porqué ser inmediato –el Inspector indicará en el requerimiento el plazo de su cumplimiento-, si será más breve, en todo caso, que la instrucción del procedimiento sancionador.

⁵⁹⁶ GARCÍA MURCIA, J., BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentario a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, COMARES, 2004., pág. 501.

⁵⁹⁷ GARCÍA MURCIA, J., BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentario a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, cit., pág. 502.

1.2. Régimen Jurídico del Requerimiento en Prevención de Riesgos Laborales

Tras haber analizado la naturaleza del requerimiento, procede ahora centrarnos en su regulación jurídica, que en el ámbito específico de la prevención de riesgos laborales se encuentra recogido en el artículo 43 LPRL.

Artículo 43 LPRL:

- 1. Cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social comprobare la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas, salvo que por la gravedad e inminencia de los riesgos procediese acordar la paralización prevista en el artículo 44. Todo ello sin perjuicio de la propuesta de sanción correspondiente, en su caso.*
- 2. El requerimiento formulado por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social se hará saber por escrito al empresario presuntamente responsable señalando las anomalías o deficiencias apreciadas con indicación del plazo para su subsanación. Dicho requerimiento se pondrá, asimismo, en conocimiento de los Delegados de Prevención.*

Si se incumpliera el requerimiento formulado, persistiendo los hechos infractores, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, de no haberlo efectuado inicialmente, levantará la correspondiente acta de infracción por tales hechos.

En primer lugar, el artículo 43 LPRL destaca el supuesto de hecho sobre el que se extenderá el requerimiento: La infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales. Este tipo de requerimiento conlleva que, necesariamente, exista una infracción a la normativa preventiva. El fin de este requerimiento es

claramente preventivo, como venimos sosteniendo, para que se subsanen anomalías en materia preventiva, pero con una peculiaridad, y es que la solución ha de ser jurídicamente exigible y no sólo técnicamente aconsejable⁵⁹⁸. Así, el fundamento de la intervención administrativa radica en la existencia de infracción a la normativa, que ha de ser subsanada, para lo que se emplaza al empresario a fin de que adopte las medidas correctoras en un plazo determinado, se inicie o no simultáneamente un procedimiento sancionador, siendo compatible el requerimiento con la extensión de acta de infracción.

Una segunda nota a destacar de su régimen jurídico es la obligatoriedad de la extensión del requerimiento en prevención de riesgos laborales cuando se constata la existencia de la infracción a la normativa. La fórmula que emplea el texto legal es “requerirá”, imperativo, siendo por tanto obligatorio para el funcionario actuante proceder a extender el requerimiento cuando constate la infracción preventiva. Es, por tanto, una actuación preceptiva para el Inspector actuante, y no meramente potestativa.

Si bien, en esta obligatoriedad, habría que introducir alguna matización, en los casos en los que la extensión del requerimiento no tenga sentido alguno, por haberse constatado una infracción en el pasado, que ya ha sido subsanada. Así, habría que entender que la formulación del requerimiento sólo debe resultar obligada cuando la infracción constatada persistiese al término de la actuación inspectora. No tendría ningún sentido recabar del empresario la adopción de unas medidas correctoras que ya se hubieran aplicado o se estuviesen empleando, o respecto de situaciones ya pasadas que no se prevé que se vuelvan a repetir. Así, si la actuación inspectora concluye con la comprobación de la existencia de infracciones en el pasado que no son ya actualidad en el momento de la visita de inspección, el Inspector actuante deberá decidir si inicia o no el procedimiento sancionador, pero no parece que proceda formular un

⁵⁹⁸ GARCÍA MURCIA, J., BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentario a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, COMARES, 2004., pág. 502.

requerimiento en abstracto, respecto de hipotéticas situaciones de futuro y cuyo cumplimiento no pudiera acreditarse ante el actuario en el plazo cierto que tendría que determinarse en el propio requerimiento⁵⁹⁹.

Como vemos, la extensión del requerimiento es obligatoria para los casos de incumplimientos preventivos. Ello pretende poner énfasis en el cumplimiento de la norma y en evitar los riesgos a los trabajadores, centrado la óptica de la normativa de prevención de riesgos laborales en su finalidad: la protección de los trabajadores. Sin embargo, ello no impide que pueda, simultánea o posteriormente, extender el Acta de Infracción a fin de exigir las responsabilidades administrativas que procedan.

Así, el artículo 43 LPRL prevé la formulación obligatoria del requerimiento, sin perjuicio de la propuesta de sanción correspondiente en su caso. De este modo, respecto de la extensión del Acta de Infracción, se otorga discrecionalidad al Inspector actuante, que podrá, bien extender Acta de Infracción de manera simultánea al requerimiento, o bien formular únicamente el requerimiento.

Esta obligatoriedad de extensión del requerimiento en caso de constatar incumplimientos en materia preventiva sólo decae en el caso de que tales incumplimientos den lugar a riesgos graves e inminentes. En tal caso, lo que procederá será, no el requerimiento del artículo 43 LPRL, sino la paralización de actividades de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 LPRL, que veremos en el siguiente epígrafe. Si bien, en el caso de la paralización, será potestativa “podrá”, y no obligatoria como el requerimiento “requerirá”. Tales circunstancias las analizaremos con más detenimiento en el próximo epígrafe al tratar sobre la paralización de actividades.

⁵⁹⁹ GARCÍA MURCIA, J., BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentario a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, cit., pág. 503.

Por otra parte en caso de que el requerimiento formulado no se cumpla transcurrido el plazo otorgado, el Inspector podrá, al comprobar tal incumplimiento, proceder a extender en ese segundo momento el Acta de Infracción correspondiente, en cuyo caso el incumplimiento del requerimiento será un criterio de graduación que agrave la propuesta de sanción, aumentando la cuantía de la multa⁶⁰⁰.

Pero podría ocurrir que, en el mismo momento de constatación de la infracción, el Inspector haya procedido de manera simultánea a formular el requerimiento y extender el Acta de Infracción. Si posteriormente transcurrido el plazo otorgado para el cumplimiento del requerimiento se constata que ha sido incumplido, lo que procedería en su caso es la posible apreciación de la persistencia continuada en la infracción, que tiene su consideración autónoma en materia de infracciones y sanciones como vimos más arriba⁶⁰¹.

Y dado que la extensión o no simultánea del Acta de Infracción se deja a la discrecionalidad del Inspector actuante, cabría preguntarnos, desde el punto de vista de la eficacia, por la conveniencia o no de hacerlo de manera simultánea, o en su caso, diferir el momento sancionador a un momento posterior de comprobación del cumplimiento del requerimiento.

Podríamos entender que la dilación de la sanción al momento de un hipotético incumplimiento del requerimiento refuerza la capacidad preventiva de este instrumento, por el efecto disuasorio que ejercerá sobre el empresario la posibilidad de un incremento de la sanción correspondiente⁶⁰². Sería algo así

⁶⁰⁰ Vid. Supra, parte II, Capítulo 3, Apartado 2, respecto de los criterios de graduación de las sanciones.

⁶⁰¹ Vid Supra, parte II, Capítulo 3, Apartado 3.2, respecto de la persistencia continuada en la infracción.

⁶⁰² GARCÍA MURCIA, J., BERNARDO JIMÉNEZ, I., "Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social" en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA

como la fábula del palo y la zanahoria, mostrar el palo, y dar la zanahoria para conseguir el fin del cumplimiento de la norma, y por tanto lograr la efectiva y eficaz protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo. Ello se reforzaría si entendiéramos que, en caso de extensión simultánea del acta de infracción y el requerimiento, si no se cumple el requerimiento, no procedería volver a levantar el Acta de Infracción por el principio de “non bis in ídem”, como mantienen algunos autores⁶⁰³.

Sin embargo, no nos parece acertada esta consideración respecto de la aplicación del *non bis in ídem* a este supuesto. Tal y como hemos señalado, entendemos que, en caso de incumplimiento del requerimiento, si ya se ha extendido Acta de Infracción, y continúa la conducta incumplidora, lo que procedería sería apreciar la figura de la persistencia continuada de la infracción, aumentando considerablemente con esta figura la cuantía de la sanción, y además considerar como agravante el incumplimiento de los requerimientos previos de la Inspección. De este modo, el fin preventivo de la sanción estaría poniéndose de manifiesto de manera clara, ya que aumentaría considerablemente la cuantía de la segunda sanción a imponer.

De hecho, la extensión de una primera acta no impide la sucesiva remisión de nuevos requerimientos y la posterior o simultánea extensión de nuevas actas de infracción, en cuya propuesta de sanción sí podrá tenerse en cuenta el incumplimiento de los requerimientos previos⁶⁰⁴.

NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentario a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, cit., pág. 504.

⁶⁰³ Cfr. En este sentido GARCÍA MURCIA, J., BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentario a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, cit., pág. 503.

⁶⁰⁴ En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.A., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en PÉREZ DE LOS COBOS, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, cit., pág. 897. El autor considera que no entraría en juego el principio de *non bis in ídem* porque no se daría la triple identidad. Es por ello

En definitiva, entendemos que la posibilidad de extender o no simultáneamente el Acta de Infracción junto al requerimiento queda a la discrecionalidad del funcionario actuante, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, y entendiendo que en caso de que se realice simultáneamente, el aparato represivo tiene medios para aumentar la cuantía de la sanción en caso de incumplimiento del requerimiento, aun a pesar de haber sancionado ya en un primer momento.

En cuanto al procedimiento para la extensión del requerimiento, el apartado 2 del artículo 43 LPRL contiene los requisitos configuradores de esta medida derivada de la actuación inspectora.

Así, el requerimiento ha de formularse por escrito. El apartado 2 del artículo 11 del RD 928/1998, de procedimiento para la imposición de sanciones en el orden social, establece que ha de formularse por oficio escrito o mediante diligencia extendida según modelo previsto en el anexo de la Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio, por la que se regula el modelo de diligencia de actuación ITSS. El requerimiento podrá formularse, por tanto, en escrito específico, para lo que se podrán utilizar al efecto los formularios oficiales en papel autocopiativo elaborados por el Organismo Autónomo Inspección de Trabajo y Seguridad Social, o a través de diligencia.

En cuanto al contenido del requerimiento, éste debe señalar las anomalías o deficiencias apreciadas. No basta con una referencia genérica y abstracta a incumplimientos preventivos, sino que procederá especificar las concretas carencias existentes, que deben especificarse en el texto escrito. Tales carencias serán infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, de ahí que la subsanación requerida siempre estará vinculada a una obligación legalmente exigible.

que entiende que la no subsanación del incumplimiento habilitaría al Inspector para extender posteriores requerimientos y actas de infracción.

También se exige que el requerimiento establezca un plazo para la subsanación de los defectos apreciados. Señalar un plazo constituye un elemento de concreción y seguridad jurídica, que impide la formulación de requerimientos en abstracto y permanentemente abiertos en el tiempo⁶⁰⁵. La concreción del tiempo corresponde al funcionario actuante, entendiendo que habrá de ser el plazo más breve posible, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un incumplimiento de la normativa preventiva que es legalmente exigible en el momento de constatar la infracción.

Al haber un plazo para el cumplimiento del requerimiento, podemos preguntarnos por la relación del plazo del requerimiento y los plazos de caducidad de las actuaciones inspectoras, específicamente para aquellos casos en que no se haya extendido el Acta de Infracción de manera simultánea al requerimiento⁶⁰⁶. Y es que, el tiempo concedido para el cumplimiento del requerimiento no parece que deba computar dentro de los plazos establecidos para llevar a término las actuaciones inspectoras, pues dichos plazos se refieren a “actuaciones comprobatorias” y el requerimiento no es una diligencia más de la actividad inspectora, sino una de las posibles medidas derivadas de la misma, y como ya se dijo más arriba, nos estamos refiriendo en todo caso a los requerimientos “finales”, como medidas derivadas de la actuación inspectora, y que ponen fin a esta. Por ello, la actuación sancionadora que pudiera derivarse del incumplimiento del requerimiento habrá de respetar los plazos de comprobación que se inicien en el momento de verificación del requerimiento, y

⁶⁰⁵ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentario a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, cit., pág. 503.

⁶⁰⁶ Al respecto, cfr. GARCÍA MURCIA, J., BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentario a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, cit., pág. 503.

no a la formulación del requerimiento, quedando fuera, en todo caso, el plazo concedido por el requerimiento para el cumplimiento del mismo.

En cuanto al destinatario del requerimiento, será el empresario presuntamente responsable. En cuanto a la figura del empresario, habrá que tener aquí en cuenta todo lo que ya se dijo en la primera parte del presente estudio respecto de las empresas coordinadas, para dilucidar de manera acertada quién sea el empresario presuntamente responsable⁶⁰⁷.

Además, de acuerdo con el artículo 43 LPRL, también se ha de poner el requerimiento en conocimiento de los Delegados de Prevención. Ello viene a reforzar el papel de los Delegados de Prevención, junto a sus derechos de información en la materia, y junto a las obligaciones de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, concretándose que ha de ponerse en su conocimiento el requerimiento efectuado al empresario, lo que supone informarles del resultado de las actuaciones inspectoras. En cuanto a la amplitud del contenido de este poner en conocimiento, venimos a entender que poner en conocimiento el requerimiento implica que tengan conocimiento de la totalidad del mismo, procediendo entregarles copia del requerimiento efectuado al empresario, para que así puedan realizar su labor fiscalizadora y promotora del cumplimiento de la normativa preventiva.

Una vez formulado el requerimiento, comunicado al empresario (y a los Delegados de Prevención) y otorgado el plazo para la subsanación de los defectos apreciados, corresponderá al empresario proceder a su cumplimiento. Si cumple con lo requerido en el plazo otorgado, finalizará la actuación inspectora. En caso de incumplimiento en plazo, corresponderá la extensión de Acta de Infracción si no se hubiere formulado antes, en la que se podrá tener en cuenta el incumplimiento de requerimientos previos como criterio de graduación, o en su caso, de haberse extendido Acta de Infracción de manera simultánea al requerimiento, se procederá a la emisión de nuevos requerimientos y Actas de

⁶⁰⁷ Vid. Parte I, Capítulo 2.

Infracción –teniendo en cuenta la persistencia continuada en la infracción como infracción específica-.

1.3. Irrecurribilidad de los Requerimientos

Lo que no prevé la normativa es la posible recurribilidad de los requerimientos. Ello ha llevado a la doctrina a plantearse si el requerimiento es susceptible de recurso administrativo.

La normativa específica guarda total silencio al respecto, lo que obliga a buscar la respuesta en la normativa administrativa general, según la cual los únicos actos administrativos que pueden ser objeto de recurso son, de un lado, las resoluciones –decisiones que pongan fin a un procedimiento-, y de otro lado los actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o produzcan indefensión o perjuicio irreparable.

Así, respecto del requerimiento, se ha planteado la duda de si nos encontramos ante un acto de trámite que decida sobre el fondo del asunto, o impida continuar el procedimiento, genere indefensión o perjuicio irreparable. Pues bien, aunque algunos autores entienden que los requerimientos puedan ser susceptibles de recurso en atención a las consecuencias jurídicas que su adopción comporta para los particulares, la mayoría de la doctrina es partidaria del carácter irrecurable de los requerimientos⁶⁰⁸. El principal fundamento de esta segunda posición, que nos parece más acertada, consistiría en que los requerimientos no imponen nuevas obligaciones, sino que simplemente conminan a cumplir con el deber preexistente de observar la normativa preventiva, de ahí que su incumplimiento no esté tipificado. Así, dado que su incumplimiento no genera

⁶⁰⁸ Un resumen de las diferentes posiciones doctrinales lo encontramos en GARCÍA RUBIO, M.A., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, cit., págs. 902-903.

consecuencias sancionadoras propias, no estaría el requerimiento alterando la situación anterior del interesado, ni le provoca perjuicios irreparables. El sujeto requerido siempre puede mostrar su oposición durante el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. Así, además, en el orden práctico, se evitarían duplicidades procedimentales, sin resentimiento de los derechos de defensa del inculpado.

Esta interpretación la avala, además, el hecho de que la normativa específica no haya previsto un procedimiento de recursos frente al requerimiento, y sí lo haya hecho frente a la paralización de actividades prevista en el artículo 44 LPRL, que tiene su procedimiento de recursos específico, puesto que la paralización sí puede generar perjuicios irreparables al sujeto responsable, por cuanto la paralización genera lucro cesante, por el tiempo que permanece parte de la actividad de la empresa paralizada. Además, la paralización sí genera un nuevo deber para el interesado, cuyo incumplimiento es objeto de tipificación y posible sanción autónoma, de ahí que se pueda impugnar directamente.

En el mismo sentido, la diferencia entre la irrecurribilidad del requerimiento y por el contrario, la recurribilidad de la paralización, podemos extraerla de su naturaleza jurídica. Señalaremos más abajo que la paralización tiene naturaleza jurídica de “requerimiento cualificado”, y está precisamente en esa “cualificación” la diferencia que hace de la paralización un acto recurrible y del requerimiento un acto irrecurrible.

En este sentido, el requerimiento sería un acto de intimación y aviso, mediante el cual el inspector comunica a la empresa defectos que contravienen la norma y debe poner remedio cumpliendo lo dispuesto en el ordenamiento al respecto. Sin embargo, la orden de paralización sería un acto constitutivo de un deber impuesto por el propio Inspector actuante⁶⁰⁹, deber que dimana de la propia orden de paralización, mientras que el requerimiento es un acto declarativo, que

⁶⁰⁹ Cfr. SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: La actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, cit., pág. 163.

dimana de la Ley. De ahí que el requerimiento no sea recurrible, por no entrañar un deber propio, mientras que la orden de paralización sí entraña un deber nuevo, de no hacer, por lo que puede ser recurrido, teniendo en cuenta los perjuicios irreparables que de una irrecurribilidad podrían darse.

1.4. Funcionarios habilitados para la extensión de requerimientos

Otro aspecto a tener en cuenta respecto de los requerimientos del artículo 43 LPRL es la posibilidad de su extensión por otros funcionarios distintos de los Inspectores de Trabajo: Por los Subinspectores Laborales, escala de Seguridad y Salud, y por los técnicos habilitados de las Comunidades Autónomas.

Comenzaremos por los Subinspectores Laborales, escala de Seguridad y Salud, puesto que pertenecen a la propia Inspección de Trabajo. Señalar que la Ley 23/2015, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ha creado el Cuerpo de Subinspectores Laborales, escala de Seguridad y Salud, a los que ha dotado de competencias de fiscalización de condiciones materiales de seguridad y salud en las empresas. Para ello, llevan a cabo actuación inspectora, como resultado de las cuales podrán adoptar, entre otras medidas, la proposición de Actas de Infracción, los requerimientos de prevención de riesgos laborales previstos en el artículo 43 LPRL, y la paralización de actividades prevista en el artículo 44 LPRL de la que hablaremos en el siguiente epígrafe. Más allá del debate creado en torno a la necesidad y oportunidad de la creación de esta escala, y del que aún no hay suficiente literatura científica dada su reciente creación e incorporación, con apenas dos promociones incorporadas, lo cierto es que entre sus competencias están las de formular requerimientos y órdenes de paralización en caso de riesgo grave e inminente, por lo que se ha ampliado a este cuerpo unas competencias que antes ejercían los funcionarios del Cuerpo Superior en exclusiva. En cualquier caso, nos parece más acertado que dichas medidas puedan adoptarse por funcionarios de la Inspección de Trabajo, más que por técnicos habilitados a los que nos referiremos a continuación, dada su

relación estrecha con la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa y la responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento.

Dado que los subinspectores de laborales, escala de seguridad y salud laboral, tienen competencias para extender requerimientos y órdenes de paralización, todas las referencias hechas en este epígrafe y el siguiente a los Inspectores de Trabajo, se habrán de entender hechas, también a los subinspectores laborales, escala de seguridad y salud.

Por otra parte, el requerimiento previsto en el artículo 43 LPRL puede ser extendido por funcionarios no pertenecientes al Cuerpo de Inspección de Trabajo, esto es, la posibilidad de extensión del requerimiento por parte de los técnicos habilitados por las Comunidades Autónomas. La Ley 54/2003 introdujo importantes modificaciones en la fiscalización de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, al autorizar a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, que ejerzan labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales de apoyo y colaboración con la inspección de Trabajo y Seguridad Social, que sean habilitados oficialmente, para desempeñar funciones comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo, con la facultad de formular requerimientos en la materia. En caso de que se incumplan, se emitirá informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para que, si procediera, se levante acta de infracción. Así se extrae del apartado tercero del artículo 43 LPRL.

Artículo 43.3 LPRL:

3. Los requerimientos efectuados por los funcionarios públicos a que se refiere el artículo 9.2 de esta ley, en ejercicio de sus funciones de apoyo y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se practicarán con los requisitos y efectos establecidos en el apartado anterior, pudiendo reflejarse en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en la forma que se determine reglamentariamente

Destacar que estos funcionarios no poseen capacidad de proponer la sanción mediante el acta de infracción, posibilidad que está limitada sólo a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como cuerpo fiscalizador de la Administración Pública. De ahí las diferencias que vamos a advertir de los requerimientos formulados por los técnicos habilitados y los formulados por la Inspección de Trabajo.

Así, en caso de que los incumplimientos sean constatados por los técnicos habilitados, se extenderá requerimiento, pero este requerimiento nunca será simultáneo al acta de infracción. Únicamente en caso de que el requerimiento no se cumpla en plazo, y así sea constatado por el correspondiente funcionario, será puesta esta circunstancia en conocimiento de la Inspección de Trabajo, para que ésta proceda, en su caso, a la extensión del Acta de Infracción.

En cuanto a los requisitos procedimentales de estos requerimientos, serán los mismos que para el caso de requerimientos formulados por la Inspección de Trabajo.

Si bien, hay que tener en cuenta que los técnicos habilitados sólo podrán formular el requerimiento en caso de tratarse de deficiencias técnicas o materiales. Y en caso de que la deficiencia dé lugar a situación de riesgo grave e inminente, no pueden ordenar la paralización de actividades, sino que en ese caso habrán de comunicarlo de inmediato a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Como veremos más adelante en el siguiente epígrafe, la paralización, sin ser técnicamente sanción, está estrechamente unida a la potestad sancionadora de la Administración Pública, potestad que reside sólo en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y de ahí que no puedan los técnicos habilitados proceder a ordenarla, puesto que ello exige una participación en la potestad sancionadora, de la que los técnicos carecen en todo caso.

En cualquier caso, a nuestro juicio, la posibilidad de que estos técnicos habilitados puedan formular requerimientos de obligado cumplimiento por parte de los empresarios casa mal con el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como cuerpo responsable del cumplimiento de la normativa de orden social, entre la que se encuentra la prevención de riesgos laborales. Tradicionalmente, los técnicos del INSHT y después los técnicos de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de las CCAA han tenido una función de asesoramiento técnico a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Asesoramiento técnico necesario para la función propia de la Inspección de Trabajo de exigir responsabilidad por incumplimientos.

Tal exigencia de responsabilidad no corresponde a órganos distintos de la Inspección de Trabajo, y aunque el requerimiento no tiene naturaleza de sanción, sí es un medio físico de cumplimiento obligatorio, como hemos señalado más arriba, y como tal, ha de ser exigido por los órganos con capacidad de compeler, teniendo en cuenta que puedan luego proponer sanciones, si no lo hicieron en un primer momento.

Entendemos que los técnicos tienen papel relevante en cuanto a asesoramiento, y que ahí debería quedar su labor, resultando innecesario ampliar sus funciones al requerimiento, que deberían quedar exclusivamente dentro del ámbito de la Inspección de Trabajo, dada la relación tan estrecha entre el requerimiento y la sanción, que, aun no teniendo la misma naturaleza jurídica, sí tienen comunidad de caracteres y estrecha relación entre sí, como hemos ido viendo al analizar la figura. Elemento común a la actuación inspectora reactiva y mixta es la determinación e individualización de responsabilidades administrativas derivadas de incumplimientos PRL, ejercicio indisoluble de la función inspectora en tanto en cuanto vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa⁶¹⁰. De hecho, el requerimiento parte de una infracción por parte del empresario, por lo

⁶¹⁰ Respecto de la naturaleza mixta del requerimiento, y la determinación e individualización de responsabilidades administrativas, cfr. SEGADO RODRÍGUEZ, P., "La actuación de la Inspección de Trabajo en prevención de riesgos laborales: Una propuesta de sistematización", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, cit., pág. 101.

que supone una naturaleza reactiva, que es común a la sanción, aun cuando su fin sea preventivo y no represivo.

Por otra parte, al haberse creado el cuerpo de subinspectores laborales, escala de Seguridad y Salud, la finalidad pretendida con la adscripción de Técnicos habilitados a la realización de cometidos comprobatorios en las empresas en la materia dejará de tener razón de ser cuando dicha escala que acaba de crearse se encuentre en pleno funcionamiento⁶¹¹.

2. Paralización de Actividades por Riesgo Grave e Inminente para la Seguridad y Salud de los Trabajadores

Tras haber analizado la figura del requerimiento para la subsanación de deficiencias en materia de prevención de riesgos laborales, únicamente resta, para finalizar el presente estudio sobre la responsabilidad administrativa del empresario, referirnos a la paralización de actividades para los casos de riesgos grave e inminente previsto en el artículo 44 LPRL.

Se trata de una de las medidas derivadas de la actuación inspectora de carácter mixto⁶¹², igual que hemos señalado más arriba respecto de los requerimientos. Participa de naturaleza reactiva, puesto que se adopta como reacción a un incumplimiento de la normativa de seguridad y salud, pero su naturaleza no es propiamente sancionatoria, sino más bien de tipo preventivo para evitar las consecuencias de los daños que pueden producirse por el riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. De ahí que la

⁶¹¹ En este sentido, SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, cit., pág. 47.

⁶¹² SEGADO RODRÍGUEZ, P., "La actuación de la Inspección de Trabajo en prevención de riesgos laborales: Una propuesta de sistematización", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, cit., págs. 96 y sigs.

consideremos como parte de la actuación mixta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, teniendo así la paralización naturaleza dual, como veremos a lo largo del presente epígrafe.

La facultad de ordenar la paralización de aquellas actividades que puedan suponer un riesgo grave e inminente para la salud o seguridad de los trabajadores ha sido una competencia histórica de la Inspección de Trabajo, recogida en los Convenios de la OIT (Convenio núm. 81 sobre la Inspección de Trabajo y Convenio 129 sobre la Inspección de Trabajo en la Agricultura).

En nuestro derecho interno, se recoge en el artículo 22 de la Ley 23/2015, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como una de las medidas derivadas de la actuación inspectora, así como en el artículo 44 LPRL y en el artículo 11 RD 928/1998, sobre procedimiento para imposición de sanciones en el orden social, que desarrolla reglamentariamente su procedimiento.

2.1. Naturaleza Jurídica de la Paralización

Comenzando refiriéndonos a su naturaleza jurídica, en la orden de paralización, al igual que señalamos respecto del requerimiento, se ha discutido por la doctrina si tiene naturaleza sancionadora o cautelar, lo que tiene trascendencia no baladí, puesto que, si señalamos que su naturaleza es sancionadora, afectaría el principio del *non bis in ídem* a la posibilidad de extender, además, acta de infracción en los casos de paralizaciones por existir riesgo grave e inminente.

Ello ha llevado a la doctrina a calificar la orden de paralización como una medida de carácter predominantemente cautelar y preventivo, más que estrictamente sancionador⁶¹³. En este sentido, el artículo 18 del derogado RD 396/1996, por el

⁶¹³ Respecto del carácter cautelar de la orden de paralización, cfr. GARCÍA PIÑEIRO, N., "Artículo 44: Paralización de Trabajos" en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentarios a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, COMARES, 2004., pág. 508. También se considera como

que se aprobaba el Reglamento sobre procedimiento para la imposición de sanciones en el Orden social, se refería a la orden de paralización como “medida de suspensión cautelar”. También la STS de 4 de noviembre de 1988 se refiere a la paralización de los trabajos como “orden cautelar adoptada por el Inspector de Trabajo”. Sin embargo, la paralización de actividades, al igual que se dijo más arriba respecto del requerimiento, no es propiamente ni técnicamente una medida cautelar. No es una cautela que se adopta en vistas a adelantar ciertas situaciones que serían irreparables si no se adoptaran antes del transcurso del procedimiento. La paralización se adopta por el fin preventivo de preservar la seguridad y salud de los trabajadores frente a un riesgo grave e inminente.

Técnicamente no es una medida cautelar, ya que éstas tratan de asegurar la eficacia de un acto administrativo futuro mientras que la “cautela” que es propia de la orden de paralización se refiere, más bien, a la finalidad de evitar la producción de riesgos o accidentes para los trabajadores⁶¹⁴. Si bien la doctrina en ocasiones la califica como medida cautelar⁶¹⁵, por contraposición a medida sancionatoria. Esta consideración de la orden de paralización como medida cautelar ha sido también la preferida por la Dirección General de la Inspección de Trabajo, que la califica como una medida en que prima el carácter cautelar y preventivo sobre el estrictamente sancionador⁶¹⁶. De hecho, se

medida cautelar en COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 446.

⁶¹⁴ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 446. Las medidas cautelares vienen recogidas en el artículo 19 RD 138/2000, de organización y funcionamiento de la ITSS. Entendemos que se trata de una relación de “*numerus clausus*”, puesto que afectan directamente al procedimiento sancionador, y al principio de taxatividad.

⁶¹⁵ Por todos, SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, cit., pág. 164.

⁶¹⁶ Criterio Operativo 81/2009, de 29 de diciembre, sobre paralización de trabajos o tareas por riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

considera como un mandato imperativo –órdenes-, pero no como un verdadero requerimiento⁶¹⁷.

Sin embargo, definirlo como sólo medida cautelar nos parece que no hace justicia a la naturaleza de la medida, siendo la naturaleza de medida cautelar pobre para indicar todos los ricos y variados aspectos de la orden de paralización, con el fin de preservar la vida e integridad de los trabajadores, unido a la necesaria subsanación de los defectos apreciados, y teniendo en cuenta el margen de apreciación discrecional que se da al funcionario actuante. Todo ello, además, teniendo en cuenta que supone una conminación estrechamente ligada al poder sancionador de la Administración⁶¹⁸, y teniendo en cuenta, además, que el no cumplimiento de la orden de paralización tiene graves consecuencias para el empresario, constituyendo su incumplimiento una infracción muy grave en sí misma con trascendencia en seguridad social en caso de actualización del riesgo con daños para los trabajadores.

Por ello, entendemos que la orden de paralización sería más bien una suerte de “requerimiento cualificado”⁶¹⁹, que participaría de su misma naturaleza jurídica, puesto que ambos tienen un mismo presupuesto y fin preventivo. En ambos casos nos encontramos ante un medio físico preventivo de naturaleza impositiva⁶²⁰, y es por ello que entendemos que gozan de una misma naturaleza

⁶¹⁷ Criterio Técnico 59/2008, de 5 de marzo de 2008, sobre graduación de sanciones en materia de prevención de riesgos laborales.

⁶¹⁸ Cfr. GARCÍA PIÑEIRO, N, “Artículo 44: Paralización de trabajos” en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2008, pág. 913.

⁶¹⁹ Esta misma naturaleza de “requerimiento cualificado”, o requerimiento en forma de orden, ya que un incumplimiento del mismo supone que el empresario incurre en responsabilidades directas de muy variada índole, ha sido puesto de manifiesto por SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, cit., pág. 165.

⁶²⁰ Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho, Estudio Preliminar “La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 65.

jurídica, si bien en el caso de la orden de paralización, la protección y conminación que supone la orden es aún más perentoria, por el bien jurídico que se protege, que es la vida y salud de los trabajadores, que en este caso se encuentra más amenazada por la situación de riesgo grave e inminente a que se ven sometidos.

Esta consideración de la paralización como de “requerimiento cualificado” supondría que no nos encontramos ante un mero requerimiento en el sentido de advertencia, sino ante un verdadero mandato imperativo de ejecutividad inmediata⁶²¹, en donde destaca su naturaleza tanto preventiva como impositiva. Y de ahí su naturaleza mixta, reactiva y preventiva.

En cualquier caso, aunque la LPRL situó la medida en el capítulo dedicado a “Responsabilidades y Sanciones”, la medida no es propiamente una providencia de tipo sancionador, y no ha de confundirse con la sanción de suspensión o cierre del centro de trabajo prevista en el artículo 53 LPRL, a la que aludimos más arriba⁶²².

Por tanto, la finalidad de la orden de paralización no es propiamente sancionatoria, e incluso ni siquiera pone tanto el acento en el cumplimiento de la normativa, como ocurría con el artículo 43 LPRL, sino que va más allá, puesto que su fin propio es preservar la integridad de los trabajadores de la manera más urgente y eficaz posible⁶²³. Así, vendría a ser un “requerimiento cualificado” por la incidencia que tiene respecto de la vida e integridad física de los trabajadores, de tal modo que la finalidad de la medida modula su naturaleza jurídica.

⁶²¹ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 237.

⁶²² Vid., *Supra*, Parte II, Capítulo 3, Apartado 4.

⁶²³ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, cit., pág. 238.

La paralización no es, en definitiva, una medida sancionatoria propiamente, sino una medida preventiva de carácter interdictal⁶²⁴, compatible con la sanción administrativa y con la iniciación del procedimiento penal. Es decir, al no tener la orden de paralización naturaleza sancionatoria, es compatible con la sanción que pueda imponerse por las infracciones cometidas y que motivaron la orden de paralización, puesto que no entraría en juego el principio de “non bis in ídem”, al no tratarse la paralización de una sanción propiamente dicha.

No obstante, y aun no siendo una sanción, habría que destacar que sí pertenece la medida al poder de policía administrativa “*in genere*”, siendo una manifestación de dicho poder de policía⁶²⁵, y que incluso en sentido amplio, bien pudiera considerarse “sanción”, puesto que la paralización tiene ciertamente un contenido económico, por el lucro cesante que supone al empresario la paralización de la actividad. Pero esta posible consideración como sanción en sentido amplio, no supone que técnicamente sea una sanción, y no tiene naturaleza sancionatoria propiamente dicha, ni está incardinada en la potestad sancionadora de la Administración, aún a pesar de estar estrechamente ligada a ella, y aún a pesar de tratarse de una reacción del Ordenamiento Jurídico ante una infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales. Esta participación en sentido amplio de la sanción pone de manifiesto la naturaleza mixta de la medida, que sería reactiva por derivarse de un incumplimiento, aunque no tenga finalidad represiva, y a su vez, sería preventiva por tratar de impedir los daños que pudieran derivarse de un riesgo grave e inminente.

Esta cercanía a la potestad sancionadora de la Administración se pone de manifiesto, entre otros datos, al no haberse permitido a los técnicos habilitados

⁶²⁴ Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “Concurrencia con el orden jurisdiccional penal”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, cit., pág. 78.

⁶²⁵ MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Artículo 44: Paralización de Trabajos” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 509.

de la Comunidades Autónomas que adopten medidas de paralización cuando adviertan la existencia de riesgos graves e inminentes para la seguridad y salud de los trabajadores. En tales casos, habrán de ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo, pero no podrán proceder a adoptar la orden de paralización, precisamente por tratarse de una medida tan cercana a la sanción, por ser parte del poder de policía “in genere”.

Todas estas características nos llevan a considerar, como venimos manteniendo, la paralización con una naturaleza mixta, como un “requerimiento cualificado”, esto es, un medio físico preventivo de naturaleza impositiva, con ejecutividad inmediata y finalidad preventiva, manifestación del poder de policía “in genere”, y que, sin ser considerado en sanción en sentido estricto, en un sentido amplio sí podría considerarse como tal, puesto que supone una cierta relación con la potestad sancionadora de la Administración, sin llegar a formar parte de ella. Es una medida, por tanto, a caballo, entre la simple medida cautelar, y la sanción, con una clara finalidad preventiva, que lo modula, con el objetivo de preservar la vida e integridad de los trabajadores. Tiene, por tanto, naturaleza mixta, tanto preventiva como reactiva, pues se trata de una reacción ante un incumplimiento, y a la vez, una obligación de hacer –más bien, de no hacer, no realizar actividades- hasta tanto no se resuelva la situación de riesgo grave e inminente. En cualquier caso, la paralización implica un acto constitutivo de un deber, cual es la no realización de actividad, que viene impuesto por el Inspector actuante.

2.2. Régimen Jurídico

Una vez analizada la naturaleza jurídica de la paralización, procede ahora detenernos en su régimen jurídico.

En primer lugar, señalar que se trata de una medida drástica e imperativa⁶²⁶, por el bien jurídico que pretende proteger, cual es la vida e integridad física de los trabajadores. Y es que, en caso de que se aprecie incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, que dé lugar a riesgo grave e inminente para los trabajadores, no procede la formulación de requerimiento, sino que lo que procederá será la paralización de las actividades implicadas.

En este sentido, condición previa para la paralización de trabajos será la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Así, no bastaría con que existiera una situación de riesgo, sino que tiene que haber una infracción a la normativa, de tal modo que, al igual que vimos en el requerimiento, las medidas correctoras a adoptar deben ser legalmente exigibles.

Por existir infracción a la normativa de prevención, la paralización será compatible con la sanción, al igual que ocurría con el requerimiento. Y es que no sólo será compatible, sino que teniendo en cuenta la entidad del derecho afectado, lo normal será que la acompañe. Así, la paralización no es una vía alternativa o previa a la sanción, sino que ambas son independientes y paralelas⁶²⁷, pues ambas tienen distintas finalidades, como venimos sosteniendo, ya que la paralización pretende la subsanación de las anomalías y evitar la actualización del riesgo, mientras que la sanción pretende la exigencia de responsabilidades por su fin aflictivo-represivo, y ello aunque de manera “mediata”, la sanción también pretenda el fin preventivo.

Esta necesidad de simultanear la paralización y el Acta de Infracción por infracción muy grave, al concurrir riesgo grave e inminente para los trabajadores es la solución por la que opta el Criterio Operativo 89/2008, de la DGITSS, que

⁶²⁶ GARCÍA PIÑEIRO, N., “Artículo 44: Paralización de Trabajos” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentarios a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, ARANZADI, cit., pág. 508.

⁶²⁷ Cfr. GARCÍA PIÑEIRO, N., “Artículo 44: Paralización de Trabajos” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentarios a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 509.

entiende que presupuesto de la paralización es la existencia de riesgo grave e inminente, y que dicho riesgo grave e inminente es el que elemento configurador de las infracciones muy graves, por lo que, en caso de apreciarlo y de ordenar la paralización, procederá la extensión también de Acta por Infracción muy grave. Sin embargo, este criterio ha tenido como consecuencia, en la práctica, el limitado uso que se hace en la actualidad de la paralización, para evitar la imposición de sanciones muy graves, teniendo en cuenta su cuantía, y los efectos que pueden tener en pequeñas empresas. De ahí que nos parezca oportuno que se pudiera dejar a la discrecionalidad del Inspector actuante la imposición o no simultánea del Acta de Infracción, al igual que ocurre en el artículo 43 LPRL, respecto del requerimiento que, aun observándose la existencia de incumplimiento preventivo, la extensión del Acta de Infracción de manera simultánea queda a la discrecionalidad del funcionario actuante.

Se separa el requerimiento de la paralización en lo que se refiere a la obligatoriedad de su adopción. Como vimos en el apartado anterior, el requerimiento es obligatorio en cuanto a su adopción cuando se advierte la infracción a la normativa preventiva. Sin embargo, en la regulación de la paralización la norma señala “podrá paralizar”, siendo potestativo para el funcionario actuante. Ello parece no ser congruente con los efectos de riesgo grave e inminente que el incumplimiento genera para los trabajadores. Sin embargo, hay que señalar que el riesgo grave e inminente habrá de ser valorado discrecionalmente por el funcionario actuante, y es por esta valoración discrecional por lo que el precepto deja a la discrecionalidad del actuante la adopción o no de la paralización⁶²⁸. Es decir, más bien, lo que sería discrecional es la valoración de la concurrencia del riesgo grave e inminente, mientras que una vez valorado, sí que habría que adoptar la paralización, precisamente por concurrir el riesgo grave e inminente.

La contundencia de la medida exige, por otra parte, medida y proporcionalidad en su adopción. El alcance de la paralización debe ceñirse estrictamente a los

⁶²⁸ Cfr. GARCÍA PIÑEIRO, N., “Artículo 44: Paralización de Trabajos” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentarios a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 509.

trabajos o tareas que, contraviniendo la normativa preventiva, sean generadores de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. La extensión a otras tareas sería exorbitar la facultad conferida a la Inspección, y por la que se podría exigir responsabilidad al propio funcionario actuante. Tampoco cabe, como ocurría con el requerimiento, la paralización abstracta de futuro, respecto de situaciones que pudieran acaecer más adelante⁶²⁹. Así, la orden de paralización debe ser específica y limitada, concretándose los trabajos que deben interrumpirse.

La trascendencia de la orden de paralización se pone de manifiesto en que es ejecutiva con la posibilidad de recurso ulterior, esto significa que la orden debe cumplirse, aunque se esté en desacuerdo con ella y mientras se resuelve el recurso. Respecto al régimen de impugnación, nos referiremos un poco más abajo, al tratar sobre el procedimiento de la orden de paralización.

Centrándonos en el supuesto de hecho que puede dar lugar a la paralización, nos encontramos con que se exigen dos requisitos de fondo para que pueda ser decretada por Inspector de Trabajo y Seguridad Social. En primer lugar, la inobservancia de normativa sobre prevención de riesgos laborales y, en segundo lugar, que se genere riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

Respecto de la inobservancia de la normativa de prevención de riesgos laborales, destacar que ésta se contiene, de acuerdo con las previsiones del artículo 1 LPRL, en la propia LPRL, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito. Esto incluye las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral. Ello conlleva que la normativa que pueda ser incumplida sea muy amplia, pues basta

⁶²⁹ Cfr. GARCÍA PIÑEIRO, N., "Artículo 44: Paralización de Trabajos" en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), Comentarios a la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 508.

con que pueda tener incidencia en prevención de riesgos laborales, para que pueda considerarse como normativa preventiva.

El segundo de los requisitos, es la existencia de riesgo grave e inminente, definido en el artículo 4 LPRL, como “aquél que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores”. Y en el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que “existe riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se materialicen de forma inmediata”.

Se requiere la confluencia de los dos factores, gravedad e inminencia, para que pueda operar la orden de paralización. La gravedad se define por la probabilidad y severidad del daño, y la inminencia por la inmediata y segura producción. Que se den los dos supone, que si el riesgo es grave pero no inminente, o inminente pero no grave, no procedería la paralización⁶³⁰. Se requiere para la gravedad e inminencia tres elementos: probabilidad racional, previsibilidad de materialización inmediata del riesgos y previsible estimación de daños graves para la salud de los trabajadores como directa consecuencia de la actualización del riesgo⁶³¹.

En cualquier caso, la gravedad e inminencia son conceptos jurídicos indeterminados, cuya apreciación corresponderá al Inspector actuante, con margen el de discrecionalidad en el que venimos insistiendo, teniendo en cuenta que discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, sino que la discrecionalidad

⁶³⁰ Cfr. GARCÍA PIÑEIRO, N, “Artículo 44: Paralización de trabajos” en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, cit., pág. 916.

⁶³¹ Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M, “Artículo 4: Definiciones” en VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V., (DIRECTOR), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2010, págs. 89-89.

es necesaria para poder apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso, sin poder dar “a priori” soluciones matemáticas aplicables a todos los casos.

En este sentido, el Criterio Operativo 81/2009, de la DGITSS, de paralización de actividades en supuestos de riesgo grave e inminente, trata de dar criterios para la identificación por parte de los Inspectores de Trabajo de supuestos en los que procede la paralización, deslindándolos de otros supuestos en los que sería suficiente con el requerimiento. Así, de acuerdo con el Criterio Operativo, sería adecuado ordenar la paralización en aquellos casos en que no sea posible subsanar la deficiencia de manera inmediata, ya sea por la magnitud de las deficiencias detectadas, por la falta de los equipos de protección en el centro de trabajo o por cualquier otra circunstancia análoga. No obstante, de manera excepcional, se considera que podría sustituirse la orden de paralización por un requerimiento de subsanación, aun no siendo posible dicha subsanación durante la presencia del inspector, en aquellas situaciones de riesgo grave e inminente en las que, una vez valoradas las circunstancias concurrentes en el caso concreto (por ejemplo, el perjuicio que causaría a una pequeña empresa la sanción que conlleva la paralización), se aprecien que, como consecuencia de la actuación inspectora cesen en el acto aquéllas situaciones, trabajos o tareas en los que se dé el riesgo grave e inminente, y también cuando existan indicios suficientes -por la actitud del empresario, del encargado o de los trabajadores- de que no se reanudarán los trabajos y tareas hasta que no se subsanen las anomalías o deficiencias detectadas. Esto es lo que se ha venido a llamar “paralización impropia”, puesto que sería algo así como una “paralización que adopta forma de requerimiento”, y que tendría consecuencias menos gravosas para el empresario responsable, en aquellos casos en los que una paralización propia pudiera suponer unos perjuicios excesivos para el empresario, siendo posible subsanar las deficiencias en presencia del Inspector actuante, antes de que abandone el centro de trabajo, o por existir indicios razonables de que el empresario no reanudara las tareas hasta que no se hayan subsanado las deficiencias. Esta paralización impropia tiene mucha virtualidad en la práctica, puesto que con ella se evita la necesaria imposición de la infracción muy grave que exige el Criterio Operativo que estamos comentando en los casos de realizar la orden de paralización propia.

Por otro lado, también hay que destacar que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no es la única competente para apreciarlo y ordenar la paralización de actividades, existiendo otros supuestos de paralización⁶³² por parte de los propios trabajadores o sus representantes legales.

En primer lugar, al trabajador se le reconoce el denominado *ius resistentiae* previsto en el artículo 21.2 LPRL, según el cual, el trabajador podrá rechazar la prestación ante una situación peligro grave e inminente, y además, podrá resistir la orden de reanudación de los trabajos mientras persista la situación de peligro. Este derecho de *ius resistentiae* conlleva la obligación de informar al superior jerárquico directo y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o al servicio de prevención. Por otra parte, se reconoce al trabajador la garantía de no poder sufrir perjuicio por el ejercicio de este derecho, salvo que se demostrara que hubiera obrado de mala fe o cometido negligencia grave.

En segundo lugar, también pueden paralizar la actividad los representantes de los trabajadores –el órgano colegiado- o en su defecto, los delegados de personal, cuando adviertan la situación de riesgo grave e inminente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.3 LPRL. En este caso, debe existir riesgo grave e inminente, y además que el empresario no haya procedido a adoptar las necesarias medidas para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Una vez adoptado el acuerdo, se debe comunicar de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, quien tendrá la última palabra, pues en el plazo de 24 horas habrá de ratificar o anular la paralización acordada.

Vistas siquiera someramente estas otras “paralizaciones”, que no son objeto de nuestro análisis, conviene ahora referirnos a la tramitación de la orden de paralización, para lo que seguiremos el contenido de lo dispuesto en los artículos

⁶³² Respecto a los supuestos de paralización de actividades más allá de la prevista en el artículo 44 LPRL, cfr. GARCÍA PIÑEIRO, N, “Artículo 44: Paralización de trabajos” en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, cit., pág. 916-917.

44 LPRL y 11.3 y 4 del RD 928/1998, por el que se aprueba el procedimiento para la imposición de sanciones del orden social.

Comenzar señalando que, tras la creación del Cuerpo de Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral, incardinados en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, las paralizaciones se han ampliado respecto a los funcionarios que pueden decretarlas, que desde la Ley 23/2015, pueden ser tanto Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, como los recién creados Subinspectores de Seguridad y Salud. Por tanto, todas las referencias que haremos en cuanto al procedimiento a los Inspectores de Trabajo, entiéndanse referidas, también, a los Subinspectores Laborales de Seguridad y Salud.

En primer lugar, el Inspector actuante deberá comunicar a la empresa la orden de paralización. A su vez, la empresa la pondrá en conocimiento inmediato de los trabajadores afectados, del Comité de Seguridad y Salud, del Delegado de Prevención o, en su ausencia, de los representantes de personal. La empresa responsable dará cuenta al Inspector del cumplimiento de esta notificación.

La comunicación habrá de ser por escrito, bien mediante remisión de oficio escrito, o bien directamente al finalizar la actuación inspectora en el propio centro de trabajo, mediante diligencia extendida según modelo previsto en el anexo de la Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio, por la que se regula el modelo de diligencia de actuación ITSS. En este sentido, destacar que si nos encontramos ante una situación de riesgo grave e inminente, lo más adecuado será comunicar la orden de paralización en el propio centro de trabajo⁶³³, mediante diligencia escrita, puesto que la situación de riesgo grave e inminente apremia a adoptar la medida con celeridad. En la diligencia escrita se señalarán las irregularidades o deficiencias apreciadas que justifican la medida, señalando el alcance y causa de la misma.

⁶³³ Cfr. Al respecto SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, cit., pág. 165.

La orden de paralización deberá ser comunicada inmediatamente a la autoridad laboral competente, por parte del Inspector de Trabajo que la hubiere decretado (o en su caso, el Subinspector Laboral de Seguridad y Salud).

Frente a la orden de paralización cabe impugnación por parte del empresario. Así, sin perjuicio de su ejecutividad –recordemos que la medida es ejecutiva con carácter inmediato-, el empresario podrá impugnarla en el plazo de tres días hábiles ante la autoridad laboral competente, que resolverá en el plazo máximo de veinticuatro horas, con posibilidad de recursos ordinario correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

Se aprecia que la ejecutividad inmediata de la orden de paralización prima frente a los recursos, dado el bien jurídicamente protegido y su intensa afectación, para proteger la vida e integridad de los trabajadores, y de ahí que el procedimiento sea sumario, con los plazos señalados tan ajustados.

Para levantar la paralización de actividades, se prevé que se pueda hacer por dos vías: o bien por la propia Inspección de Trabajo que la hubiera decretado, o por el empresario tan pronto como subsane las causas que la motivaron, debiendo, en este último caso, comunicarlo inmediatamente a la Inspección de Trabajo.

Es decir, que la orden de paralización puede ser dejada sin efecto por el propio Inspector actuante que la formalizó, cuando compruebe que han sido subsanadas las deficiencias en materia de prevención, que motivaron el fundamento de la orden de paralización, habiendo cesado el riesgo grave e inminente para los trabajadores⁶³⁴.

La segunda posibilidad para la reanudación de la actividad es por la decisión del propio empresario, cuando considere que ya no concurren las circunstancias que condujeron a adoptar la medida, habiendo subsanado los defectos existentes. En este caso se exige que el empresario lo comunique inmediatamente a la

⁶³⁴ SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, cit., pág. 166.

Inspección de Trabajo. La Inspección de Trabajo podrá llevar a cabo nuevas actuaciones comprobatorias, para corroborar la decisión empresarial.

Por otra parte, cabe que el empresario no cumpla con la orden de paralización efectuada por la Inspección de Trabajo. En tal caso, incurrirá en responsabilidad por el propio incumplimiento de la orden de paralización, que se sumará en este caso al incumplimiento que motivó el riesgo grave e inminente. Así, el artículo 13.3 TRLISOS, como vimos más arriba, tipifica como infracción muy grave “no paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización”.

Además de la sanción económica, en el supuesto de que tras el incumplimiento de la orden de paralización acaeciera un accidente de trabajo, de acuerdo con el artículo 242 LGSS, el incumplimiento empresarial se equipara a la falta de formalización de la protección por dicha contingencia, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción que hubiera lugar. Esto supone que la responsabilidad de Seguridad Social derivada del artículo 242 LGSS por accidente acaecido sin acatar la orden de paralización es compatible con otras responsabilidades y sanciones, lo que incluiría el recargo de prestaciones del artículo 164 LGSS.

Todo ello supone un aumento notable de la responsabilidad de la empresa en caso de accidente de trabajo que se produzca por falta de cumplimiento de la orden de paralización decretada por la Inspección de Trabajo.

Por último, y en cuanto a los efectos jurídicos de la orden de paralización en la relación laboral entre empresario y trabajador, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 30 LET⁶³⁵. Así, el trabajador conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro

⁶³⁵ En este sentido se manifiesta GARCÍA PIÑEIRO, N, “Artículo 44: Paralización de trabajos” en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, cit., pág. 923.

tiempo. El trabajador conserva, por tanto, el derecho al salario, a las indemnizaciones y a las medidas que puedan arbitrarse para su garantía, porque la orden de paralización se valora como un incumplimiento por parte del empresario de su obligación de seguridad, y es por tanto imputable al empresario y de ahí que subsista la obligación empresarial de pago del salario. Por su parte, el trabajador habrá de estar disponible para reanudar su actividad en cuanto se levante la situación de riesgo.

Con este efecto de conservación del derecho al salario se pretende que la paralización no tenga consecuencias negativas para los trabajadores, y así, las consecuencias “económicas” de la paralización habrán de ser soportadas por el empresario, que es el sujeto responsable administrativamente y, por ende, quien ha de soportar las consecuencias de haber incumplido con el deber de seguridad.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE “*LEGE FERENDA*”

Tras haber analizado la responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales, procede ahora señalar un conjunto de conclusiones y propuestas de “*lege ferenda*”, enunciadas de manera concisa primero y después desarrolladas, sobre los aspectos problemáticos de esta materia.

Pretendemos así resaltar aquellos aspectos que han resultado de mayor interés a lo largo de la presente investigación. Destacar que no se trata de una enumeración taxativa y cerrada, sino que se trata de hacer hincapié en algunas cuestiones que nos parecen significativas y nucleares y, en definitiva, aclaratorias, desde una visión final de conjunto.

Carácter nuclear de la responsabilidad administrativa respecto de las otras responsabilidades por incumplimientos en prevención de riesgos laborales

Comenzamos nuestro estudio partiendo del deber de seguridad que tiene el empresario respecto de los trabajadores a su servicio, consagrado legislativamente en el artículo 14 LPRL.

Los destinatarios de las normas han de cumplirlas de manera autónoma, pero en caso de no hacerlo así, esto es, en caso de infracción a la normativa, el carácter coactivo del derecho supone que se arbitren mecanismos para su cumplimiento heterónimo.

De este modo, en caso de incumplimientos por parte del empresario de la normativa de seguridad y salud, el Ordenamiento Jurídico prevé una serie de “mecanismos correctores”, a través de la exigencia de responsabilidad.

Las responsabilidades que se derivan de dichos incumplimientos son de distinto tipo y naturaleza, en el bien entendido que las distintas “almas” del Derecho del Trabajo, que se conformó como ciencia autónoma tomando en préstamo institutos propios de otras disciplinas del Ordenamiento, se hacen presentes al

exigir la responsabilidad por los incumplimientos preventivos. Existen un conjunto de normas que imponen al empresario obligaciones de naturaleza jurídico-pública, que podrían encuadrarse como derecho civil, administrativo o penal. Sin embargo, por su referencia a la relación laboral, vienen a integrar un derecho propio, el Derecho del Trabajo.

Así, en casos de incumplimientos, las responsabilidades que se activan son la penal, la administrativa, la civil y la de Seguridad Social. En cuanto a su naturaleza, la penal y la administrativa son de naturaleza pública, la civil tiene naturaleza privada, y la de Seguridad Social, cuyo principal exponente es el recargo de prestaciones, tiene naturaleza mixta.

El sistema jurídico que se arbitra en torno a estas responsabilidades prevé la compatibilidad entre todas ellas, excepción hecha de la responsabilidad penal y administrativa, que son incompatibles por el carácter sancionador de ambas. El régimen de compatibilidades entre las responsabilidades pone de manifiesto la peculiaridad del Derecho del Trabajo, con una recíproca influencia entre los ordenamientos laboral, administrativo, penal y de seguridad social.

Pues bien, enmarcada la responsabilidad administrativa dentro del panorama general de responsabilidades, resulta que la administrativa es la que de forma más directa, ágil y contundente afronta los problemas que surgen ante el incumplimiento del deber de seguridad laboral, siendo la responsabilidad administrativa nuclear respecto de las demás.

En casos de incumplimiento, el ordenamiento jurídico reacciona frente al empresario incumplidor, siendo la responsabilidad el “puente” entre la infracción de la norma y la correspondiente sanción o indemnización. La responsabilidad es elemento ineludible, que funciona a modo de sustrato en el que se apoyan las reacciones del Ordenamiento Jurídico ante los incumplimientos de la norma de seguridad. Así, la responsabilidad se exigirá para la imposición de sanción –en sentido amplio, ya sea penal o administrativa-, para la exigencia de indemnización –civil- o para la aplicación de las consecuencias de Seguridad Social, cuando procedan.

Ya desde los inicios mismos del Derecho Laboral, se preveía la vigilancia del cumplimiento de sus obligaciones, a través de la Inspección de Trabajo que se

creó en 1906, y antes incluso, a través de las autoridades gubernativas que ejercían labor de policía.

La inmediatez respecto a los incumplimientos que tiene la Inspección de Trabajo, y la tramitación rápida de los expedientes, hacen que la responsabilidad se exija de manera ágil, lo que no ocurre en el caso de los Tribunales, cuyos procedimientos son mucho más dilatados en el tiempo, careciendo los Jueces de la inmediatez necesaria para juzgar las infracciones.

La responsabilidad penal se reserva por su carácter de *ultima ratio* a los incumplimientos más flagrantes en prevención de riesgos laborales, que suponen delito en lugar de infracción administrativa. Esta preferencia por el Orden Penal, resultado del principio de *non bis in ídem*, que impide sancionar dos veces por el mismo hecho, viene recogido en el artículo 3 TRLISOS. Así, se resuelven los incumplimientos más graves por parte de la justicia penal, a la que se supone un carácter más represor en cuanto a sus penas, que pueden llegar a ser privativas de libertad.

Sin embargo, es preciso llamar la atención sobre el efecto perverso que produce la huida de la responsabilidad administrativa hacia la penal, y es que, en muchas ocasiones, la responsabilidad penal queda en penas menos gravosas para el sujeto infractor que la responsabilidad administrativa, resultando la paradoja de que las infracciones más graves queden con multas más leves que si se hubieran sustanciado ante la Administración. La exigencia de responsabilidad penal conlleva una mayor lentitud de los procesos, y a la postre, una aplicación más laxa de la respuesta punitiva del Estado, dado que la pena de multa en el Código Penal tiene cuantías más reducidas que las previstas para las infracciones en la TRLISOS, y la pena de privación de libertad no siempre llega a imponerse, y si se impone no siempre llega a cumplirse. Todo ello nos lleva a la paradoja de un menor efecto disuasorio y preventivo de la responsabilidad penal, de aquél que tiene la responsabilidad administrativa, cuando debiera ser, cabalmente al contrario.

Esta situación ha venido a ser aún más insostenible desde la interpretación que del principio *non bis in ídem* realiza el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, que no aplica el presupuesto de la triple identidad –sujeto, hecho y fundamento-, para

entender que entra en juego este principio, sino que la última jurisprudencia considera que si los hechos son los mismos, no puede haber doble sanción, penal y administrativa, y por tanto, si hay sanción penal –en la persona física que haya cometido el delito-, no puede tramitarse e imponerse la infracción administrativa a la persona jurídica titular de la relación laboral. Ello puede llegar a suponer que las empresas se “escondan” tras las personas físicas, que serían meros “cabezas de turco”, sobre los que recaerá la responsabilidad penal, quedando la empresa impune por las conductas infractoras.

Es por ello, que como propuesta de *lege ferenda*, se propone que el legislador, en aras a evitar estas tautologías, fije y aclare el juego del instituto de *non bis in ídem*, delimitando con más precisión el delito de los artículos 316 y 317 CP, indicando con claridad en qué circunstancias la infracción sería considerada delito, para que quede realmente para los casos más flagrantes. Esta situación también podría atenuarse si el CP incluyera la posibilidad de la comisión por parte de personas jurídicas los delitos de los artículos 316 y 317 CP, en cuyo caso, la persona jurídica no podría “escondarse” en las personas físicas que actúan en su lugar.

Por otra parte, la responsabilidad de Seguridad Social es íntimamente dependiente de la responsabilidad administrativa, ya que exige la constatación de infracción a la normativa material de prevención de riesgos laborales, estando así especialmente anudada a la responsabilidad administrativa, de la que es adjetiva. Bien es cierto que el recargo de prestaciones puede imponerse sin la correlativa exigencia de responsabilidad administrativa, pero tales casos son los menos, puesto que la propuesta de recargo se hará tras la comprobación de defectos materiales de seguridad y salud que fueron causa del accidente, por lo que paralelamente se exigirá la responsabilidad administrativa –o penal, en caso de haber cedido la responsabilidad administrativa en favor de la penal, por el principio de *non bis in ídem*-, salvo en aquéllos casos en los que la responsabilidad administrativa hubiere prescrito, y no así la posibilidad de exigir recargo de prestaciones.

En cuanto a la responsabilidad civil, su objeto no es otro que la reparación del daño causado, a través de la exigencia de indemnización. Tiene por tanto naturaleza privada y fin reparador, por lo que se complementa con la

responsabilidad administrativa, cuya naturaleza es pública y su fin preventivo-represivo. Ambas son complementarias, ya que en caso de incumplimiento preventivo –para lo que basta que se cree el riesgo, no es necesario que haya daño- se exigirá la responsabilidad administrativa al sujeto infractor, pero si el incumplimiento dio lugar a un daño concreto para algún trabajador, el afectado podrá exigir la reparación a través de la responsabilidad civil, para la indemnización del daño causado. Así, la responsabilidad civil viene a ser algo así como un corolario de la responsabilidad administrativa para aquéllos casos en los que el incumplimiento haya ocasionado daños y perjuicios.

En definitiva, como vemos, la responsabilidad administrativa tiene un carácter nuclear respecto de las demás responsabilidades, actuando de manera ágil, directa y contundente, cumpliendo así su fin preventivo –la amenaza de sanción supone un efecto preventivo respecto del empresario posible infractor- y su fin afflictivo-represivo, por el incumplimiento de las normas de seguridad y salud.

La configuración del empresario como sujeto imputado típico. La imputación de responsabilidad en estructuras empresariales complejas.

Si partimos nuevamente del deber de seguridad, resulta que el sujeto obligado al mismo no es otro que el empresario, que es quien controla la fuente de riesgo. El empresario es el destinatario de los deberes materiales e instrumentales que componen la obligación de seguridad, de tal modo que es el incumplimiento del empresario el presupuesto inexcusable en todo caso para que se exija la responsabilidad administrativa.

Así se recoge en el artículo 2 TRLISOS, que fiel al principio de tipicidad y seguridad jurídica, establece un listado “*numerus clausus*” de sujetos responsables, ofreciendo en primer lugar una definición genérica “el empresario en la relación laboral” y procediendo posteriormente a detallar específicamente quiénes pueden ser sujetos responsables.

La norma del artículo 2 TRLISOS, por lo que se refiere a quién tiene la consideración de empresario, se completa con lo previsto en el artículo 1.2 ET,

de tal modo que será empresario la persona física, jurídica o comunidad de bienes que reciba la prestación de servicios del trabajador.

En este sentido, queda claro que la persona jurídica, e incluso entes sin personalidad, podrá ser sujeto responsable. Tradicionalmente se ha considerado la posibilidad de imputación administrativa de las personas jurídicas por no proceder en el ámbito de la responsabilidad administrativa las penas privativas de libertad, y tener capacidad, en consecuencia, para soportar la sanción –que las más de las veces será pecuniaria-. Para ello, el principio de culpabilidad viene en cierta medida “atenuado” para las personas jurídicas, que se traducirá en la capacidad de soportar la sanción, siendo la responsabilidad en la materia de tipo *cuasi-objetiva*.

Para entender la posibilidad de la comisión de infracciones por parte de personas jurídicas resulta muy útil la distinción entre “autor” y “responsable”. Así, autor será quien comete los hechos en sí, y responsable será quien responde de los mismos. En este sentido, y por lo que a la persona jurídica se refiere, autor será la persona física que actúa en nombre de la persona jurídica –gerente, encargado, jefe, mandos intermedios etc.-, mientras que responsable será la persona jurídica, en caso de incumplimientos preventivos. Esta distinción entre autor y responsable, por tanto, clarifica la configuración jurídica del empresario como responsable en los casos en los que se trate de personas jurídicas.

Junto a ello, nos topamos también con el escollo de la responsabilidad administrativa en los casos de estructuras empresariales complejas. La descentralización productiva ha supuesto que en muchas ocasiones se diluya la bilateralidad de la relación laboral, y que en la parte empresarial haya varios sujetos distintos que, si bien no sean empresario propiamente dicho, sí estén muy imbricados en la relación laboral y, por tanto, sea preciso dilucidar hasta qué punto sus actos puedan tener incidencia en la relación laboral.

En el caso de las ETT, el legislador, a nuestro modo de ver acertadamente, ha optado por separar las obligaciones preventivas que son obligación de la EU, y las que son obligación de la ETT, estableciendo un sistema de responsabilidad administrativa para una y otra, de modo que responderán cada una de sus incumplimientos, aun cuando la EU no sea titular de la relación laboral, pero sí

es receptora de la prestación de servicios, que se desarrolla dentro de su ámbito de organización, y por tanto responderá de los incumplimientos en las condiciones de trabajo. La ETT responderá, por su parte, de los incumplimientos de carácter formal de los que es responsable. De este modo la distribución de obligaciones y responsabilidades responde acertadamente a las características propias de esta relación laboral.

En cuanto a los casos de empresas coordinadas, que entran dentro de la óptica del artículo 24 LPRL, es necesario realizar distintas propuestas de *lege ferenda*, dado el carácter complejo que tiene la normativa, de cara a su simplificación en aras a facilitar su cumplimiento, y consecuentemente, garantizar de manera más adecuada la seguridad y salud de los trabajadores para los casos de trabajar en alguna de estas estructuras complejas:

- En primer lugar, se propone una clarificación normativa de los tres supuestos del artículo 24 LPRL, considerándolos por separado, para facilitar su aplicación práctica.
- Para los casos de relación horizontal, en los que varias empresas prestan servicios en un mismo centro de trabajo, sin que ninguna de ellas tenga carácter preminente sobre las demás, se debería articular un sistema de prevención de riesgos laborales integrado de manera común, que evalúe de modo conjunto los riesgos laborales de todas ellas.
- En los casos en los que existe una relación vertical, con empresario titular del centro de trabajo, entendemos que el intercambio de información sobre los riesgos laborales no es suficiente, y habría que arbitrar también un sistema integrado de prevención de riesgos laborales.
- Por su parte, la subcontratación de obras y servicios debería tener una mayor claridad normativa, incorporando a la norma los avances jurisprudenciales. Así, habría que incorporar a la definición legal lo que se considere como “propia actividad”, de cara a facilitar la interpretación hermenéutica de la misma. Además, se hace preciso establecer el sistema de coordinación también para los casos en que la subcontratación

no se refiere a servicios correspondientes a la “propia actividad”, sino a actividades diversas, pero que sean necesarias y se desarrollen en el centro de trabajo de la empresa principal.

Todas las propuestas anteriormente señaladas se refieren a la normativa sustantiva de las empresas complejas, paralelamente a ello, habría que clarificar también la responsabilidad administrativa dimanante en caso de incumplimientos. Concretamente, sería preciso aclarar lo siguiente:

- El tipo de responsabilidad que procede en caso de incumplimientos en empresas que prestan servicios en el mismo centro de trabajo, pero sin que exista empresa titular: Si corresponde la responsabilidad de tipo solidario, o una responsabilidad individual de cada empresario por infracciones propias. Actualmente en nuestro sistema de prevención de riesgos laborales no tiene cabida la responsabilidad subsidiaria, pero para estos casos podría plantearse la misma, si el empresario obligado directo no cumple. Para salvar el escollo de la responsabilidad objetiva por actos de un tercero, que en principio no cabe en este ámbito de responsabilidad administrativa, habría que configurar un cierto deber de coordinación o vigilancia entre todos los empresarios que prestan servicios en el mismo centro de trabajo, y de ahí que se haya propuesto también un sistema integrado común de prevención de riesgos laborales en estos casos.
- En caso de empresa titular del centro de trabajo en que otras empresas prestan servicios, cabría plantearse también la posible responsabilidad subsidiaria para la empresa titular en casos de incumplimientos materiales de los empresarios directos, sobre la base de la *culpa in vigilando* que podría tener el empresario titular del centro de trabajo.
- En los supuestos de contratación o subcontratación de obras o servicios, se propone clarificar también desde el punto de vista legal, la posible responsabilidad en cadena, para los casos que no se trate de obras de construcción. Igualmente, en la subcontratación habría que clarificar la posible responsabilidad del empresario principal en el caso de

contratación o subcontratación de obras o servicios que no correspondan a su propia actividad.

Por lo que se refiere al sector de la construcción, sus características propias y sus altos índices de siniestralidad han motivado una atención más intensa por parte del legislador, con normativa específica –RD 1627/1997, de seguridad y salud en las obras de construcción, L 36/2007 reguladora de la subcontratación del sector de la construcción- y su normativa de desarrollo.

Tras haber transcurrido más de 10 años desde la aprobación de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, se hace preciso por parte del legislador realizar un balance y revisión de la misma, a fin de incorporar desde el punto de vista de la responsabilidad de los sujetos intervinientes las precisiones jurisprudenciales tales como la responsabilidad de todos los intervinientes en la cadena de subcontratación.

También se propone configurar con más precisión la responsabilidad del promotor, de modo que ésta no sea sólo por la coordinación, sino que también se le pueda exigir una responsabilidad solidaria, o en su caso subsidiaria, por las faltas de medidas de seguridad de los contratistas y subcontratistas, aun cuando el promotor no tenga la consideración de contratista, todo ello fundamentado en el dominio que tiene de los medios de producción.

Por último, en relación con la responsabilidad del empresario, es preciso señalar que, a nuestro juicio acertadamente, ésta no puede eximirse cuando el empresario no haya cumplido con sus obligaciones, incluso a pesar de que puedan existir incumplimientos cometidos por otros sujetos con obligaciones preventivas de cualquier índole –Servicios de Prevención Ajenos, Delegados de Prevención, los propios trabajadores etc.-.

Así, aunque haya otros sujetos que pudieran tener responsabilidades propias en materia de prevención, y como tales posibles sujetos responsables vienen enumerados en el artículo 2 TRLISOS –Servicios de Prevención Ajenos, Entidades Auditoras etc.-, ello no exime de responsabilidad al empresario por sus incumplimientos, que no puede descargar vicariamente en un tercero.

Se aprecia así el carácter central que tiene el empresario en cuanto a la responsabilidad en prevención de riesgos laborales, y su configuración como el principal, y en muchos casos único, responsable de su cumplimiento.

El deber de colaboración del trabajador en prevención de riesgos laborales y las consecuencias de su incumplimiento

El deber de seguridad del empresario es un deber muy amplio, de contornos expansivos, consecuente con el dominio de los medios de producción y de la fuente de riesgos que tiene el empresario.

Si bien, ello no quiere decir que el trabajador esté exento de obligaciones preventivas, ni tampoco quiere decir que los incumplimientos del trabajador no puedan tener incidencia en la responsabilidad del empresario.

Las obligaciones del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales se configuran como deber de cooperación, cuyo régimen jurídico se contiene en el artículo 29 LPRL. Se trata de un deber relativo, a los conocimientos del trabajador e instrucciones que le haya dado el empresario, de tal modo que es un deber “secundario”, respecto del deber de seguridad “primario” que corresponde al empresario.

En caso de incumplimiento del trabajador, no se prevé una responsabilidad administrativa, sino disciplinaria. Ello conlleva que la responsabilidad del trabajador quede fuera del panorama general de responsabilidades por incumplimientos preventivos, puesto que las responsabilidades consideradas tienen como presupuesto inexcusable, en todos los casos, la existencia de incumplimiento empresarial, que no se da en el caso de faltas al deber de colaboración por parte del trabajador.

Ello no supone que el incumplimiento del trabajador no tenga consecuencias en la esfera jurídica de la responsabilidad empresarial. Al trabajador se le exige diligencia en el cumplimiento de sus deberes de colaboración preventiva. En caso de cumplir tales exigencias con diligencia, su conducta puede tener incidencia respecto de la responsabilidad empresarial.

En este sentido, la jurisprudencia viene distinguiendo entre la imprudencia temeraria y la profesional. La primera podría llegar a eximir de responsabilidad al empresario, y la segunda admite una cierta valoración y atenuación de la misma, en aras al principio de compensación de culpas.

La imprudencia temeraria, que supondría una actitud de falta de respeto a las más elementales normas de atención y cuidado, podría eximir de responsabilidad al empresario cuando se pruebe que éste cumplió con sus obligaciones, y que, en su caso, el incumplimiento –y las consecuencias- son causadas únicamente por la imprudencia temeraria del trabajador. En todo caso, habrá que estar a la valoración de cada caso para su apreciación y determinar sus consecuencias.

La imprudencia profesional, por su parte, supone un exceso de confianza en el trabajo que hace al trabajador actuar de manera no totalmente diligente. En este caso, habiendo incumplimiento del empresario, no se le exime de responsabilidad, por aplicación de la culpa *in vigilando*, *in eligendo*, o incluso *in instruendo*, pero sí podría entrar en juego la doctrina de la compensación de culpas para, en su caso, atenuar la responsabilidad del empresario infractor.

Estas situaciones de imprudencia del trabajador habrán de ser valoradas caso por caso por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social que lleve a cabo la investigación, o por los Jueces y Tribunales, en caso de concurrir circunstancias de criminalidad penal.

Se trata de circunstancias que tendrán virtualidad fundamentalmente en casos de accidentes de trabajo, puesto que será en tales casos en los que procederá entrar a valorar la conducta del trabajador en relación con su deber de colaboración, y la posible negligencia o imprudencia del mismo.

La configuración Jurídica de la Responsabilidad Administrativa como instituto de índole procesal

La aproximación a la responsabilidad administrativa como categoría jurídica la hemos hecho desde una perspectiva interna –en consideración a su estructura-

y desde una perspectiva externa –considerando su funcionalidad-. Con ello, hemos pretendido sentar las bases para la conceptualización de la responsabilidad administrativa como categoría jurídica.

La función de la responsabilidad administrativa atiende a su doble finalidad, represiva y preventiva, con la que se pretende conseguir el cumplimiento del deber de seguridad por parte del empresario.

Desde el punto de vista interno, la responsabilidad administrativa en materia preventiva presenta una estructura interna al servicio de la función que asume. Esto es, la estructura interna de la responsabilidad administrativa está al servicio de su funcionalidad externa. En este sentido, es de destacar que el objeto de la responsabilidad son los actos del que desobedece, teniendo, por tanto, la responsabilidad administrativa en prevención una índole claramente procesal.

Así, la responsabilidad viene a ser la consecuencia procesal de haber incumplido –desobedecido- una obligación material, cual es en el caso que nos ocupa la deuda de seguridad que tiene el empresario respecto de los trabajadores a su servicio.

La responsabilidad viene así a ser un refuerzo para lograr la finalidad de protección de los derechos de los trabajadores a la vida y a la integridad física y psíquica en el trabajo.

De este modo, la responsabilidad administrativa es un instituto procesal, con finalidad preventiva-represiva, que actúa en segundo lugar, si no se cumple con la obligación jurídico-material impuesta al sujeto obligado/responsable.

Por tanto, podemos categorizar la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales, en sentido estricto, como la sujeción a las consecuencias del incumplimiento de la obligación por parte del autor, cuando tal obligación venga impuesta por la Administración en la gestión de sus propios intereses.

La proyección de los principios generales de Derecho Administrativo Sancionador al ámbito laboral tiene peculiaridades propias

Los principios generales del Derecho Administrativo Sancionador se proyectan en el ámbito Social, y más en concreto en el ámbito de prevención de riesgos laborales, con peculiaridades propias, de acuerdo con la materia sobre la que actúan, que deriva del deber de seguridad que nace para el empresario con el contrato de trabajo.

El principio de legalidad, entendido como reserva de ley, permite la colaboración reglamentaria en el ámbito administrativo sancionador, si bien, la TRLISOS ha optado por llamar a la colaboración reglamentaria únicamente en dos ocasiones, para la actualización de la cuantía de las sanciones y para la normativa en relación con el procedimiento sancionador, ello debido a las declaraciones de nulidad anteriores de Reglamentos no respetuosos con la colaboración reglamentaria.

En este sentido, y por lo que se refiere a la colaboración reglamentaria, señalar que el legislador no ha procedido aún a dictar el Reglamento sobre procedimiento administrativo sancionador, estando aún en vigor el RD 928/1998, anterior a la promulgación de la TRLISOS. En este sentido, se propone de *lege ferenda* la necesidad de dictar un nuevo Reglamento sobre procedimiento sancionador, que se adapte tanto a la TRLISOS como a la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Tras haber transcurrido más de veinte años de la entrada en vigor del actual Reglamento, se precisa su adaptación a las leyes posteriores, teniendo en cuenta también la jurisprudencia reciente.

La tipicidad, que exige la predeterminación normativa de las conductas sancionables, ha de ser suficiente. A esta suficiencia no obstan las técnicas de las cláusulas abiertas y los conceptos jurídicos indeterminados. En una materia como la prevención de riesgos laborales, que tiene un gran contenido técnico, sería excesivamente rigorista e inoperante hacer uso del principio de tipicidad de manera detallista.

Por su parte, la aplicación del principio de *non bis in ídem*, que impide la doble imposición de sanción penal y administrativa, o dos sanciones administrativas, supone la preferencia por el procedimiento penal, cuando los hechos pudieran incurrir en ambas responsabilidades.

Referido a la aplicación práctica de este principio, como propuesta de *lege ferenda*, sería oportuno clarificar la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, puesto que, con la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras asumir la Sala de lo Social la competencia, se entiende que no se pueden sancionar dos veces los mismos hechos, aunque no haya identidad subjetiva. Esta doctrina ha dejado sin aplicación la Instrucción conjunta de la Inspección de Trabajo y la Fiscalía, que precisamente pretendía evitar que hubiera conductas reprochables que quedaran sin sanción. Además, las penas en ocasiones son menos onerosas que las cuantías de las sanciones administrativas, por lo que las conductas más graves estarían siendo menos castigadas que si se sustanciara el proceso administrativamente. Entendemos que el legislador debería aclarar estas cuestiones, regulando con mayor precisión los casos en los que pueda apreciarse la existencia de triple identidad, y, por tanto, los casos en los que entraría en juego el principio del *non bis in ídem*.

En el mismo sentido, también de *lege ferenda*, procedería que el Reglamento de procedimiento administrativo sancionador fijara el momento en el que se ha de interrumpir el procedimiento administrativo para pasar el tanto de culpa al fiscal. Y ello por cuanto la norma no aclara si el tanto de culpa se ha de pasar en el momento en el que la Administración tiene conocimiento de la situación, sin llegar a desarrollar las actuaciones previas de investigación, o si ha de pasarse una vez extendida el Acta de infracción, que técnicamente es la que inicia el procedimiento administrativo sancionador. Entendemos que la respuesta adecuada es la segunda, y así debiera recogerse en el Reglamento de procedimiento administrativo.

En cuanto al principio de presunción de inocencia, y su colisión con la presunción de certeza de los hechos constatados por la Inspección y expresados en las Actas de Infracción e informes, destacar que nos parece un acierto del legislador haber extendido la presunción de certeza a los informes y no sólo a las actas de infracción, a raíz de la Ley 23/2015.

En este sentido, como propuesta de *lege ferenda*, entendemos que el legislador ha de ir más allá, y reconocer la cualidad de prueba cualificada a los hechos constatados por la Inspección, y ahondar en este sentido más allá de la actual presunción *iuris tantum*.

En cuanto al principio de culpabilidad, la conclusión más determinante es la consideración de la responsabilidad como cuasi-objetiva, a la que nos referimos en la siguiente conclusión, de manera autónoma.

Responsabilidad cuasi-objetiva

El Derecho Administrativo Sancionador se mueve en arenas movedizas en lo que se refiere a la determinación del tipo de responsabilidad, objetiva o subjetiva, que se ha de exigir al sujeto infractor. Hemos visto cómo históricamente, antes de la Constitución, la responsabilidad administrativa se entendía como objetiva, y cómo cambió esta consideración hacia la responsabilidad subjetiva, con consideración de la culpa del infractor, a raíz de la aprobación de nuestra Carta Magna, por el artículo 25 CE que residencia en un mismo precepto el principio de culpabilidad para delitos e infracciones administrativas, según la interpretación jurisprudencial y doctrinal. Si bien, actualmente se aprecia una vuelta hacia los postulados objetivos, acercándose a las técnicas propias del Derecho Civil.

Por lo que se refiere al Derecho Sancionador en el Orden Social, habría que decir que la responsabilidad que se le viene a exigir al sujeto infractor es de tipo cuasi-objetivo, sobre la base de la inobservancia de las obligaciones preventivas, y con una amplia consideración de la culpa *in vigilando*.

Así, en la propia estructura interna de la responsabilidad administrativa en materia de prevención, se aprecia que es la consecuencia procesal de haber incumplido –desobedecido- una obligación material, cual es en el caso que nos ocupa, la deuda de seguridad que tiene el empresario respecto de los trabajadores a su servicio. Se trata de una consecuencia procesal de un incumplimiento material de obligaciones, lo que le aleja de la responsabilidad por

culpa, puesto que la consecuencia procesal se apreciará en muchos casos, incluso sin concurrir propiamente culpa o negligencia.

De hecho, las infracciones formales en prevención de riesgos laborales son en muchas ocasiones por meros incumplimientos, sin atención a las circunstancias personales de quien incumple, sobre la base, si acaso, de una culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

Así mismo, la responsabilidad solidaria, articulada también sobre la culpa *in vigilando*, puede hacer recaer la sanción en persona distinta de quien efectivamente la cometió, distinguiendo así entre autor y responsable.

Junto a ello, también nos lleva a la consideración de la responsabilidad como cuasi-objetiva, la posible imputación de personas jurídicas, por la vía de su capacidad de soportar la infracción, que hace determinar no tanto “quienes incumplen”, sino “quienes responden”.

Otro dato que nos conduce a considerar la responsabilidad como cuasi-objetiva es la amplia configuración del deber de seguridad del empresario, tanto por las características con que se configura, basado en la diligencia cualificada del empresario –que sería un “prudente empleador”, en sentido de “buen empresario diligente”-, como por el alcance con el que se configura el deber de seguridad, que es prácticamente ilimitado y absoluto, basado en la capacidad de la técnica, y no en la capacidad económica o tamaño de la empresa.

Así mismo, la responsabilidad cuasi-objetiva la extraemos de la escasa incidencia que tiene la imprudencia del trabajador sobre la responsabilidad del empresario, que para que quedara eximido haría falta un comportamiento del todo imprudente, con imprudencia temeraria o dolo por parte del trabajador. En los casos de imprudencia profesional, sin embargo, el empresario seguiría respondiendo administrativamente de sus incumplimientos.

Todos los datos tenidos en cuenta nos acercan a la responsabilidad objetiva, pero no llegan a rozarla, y de ahí que sostengamos que se trata de una responsabilidad cuasi-objetiva, porque se exige al empresario una cierta culpabilidad, si quiera leve, a través del juego de la culpa *in vigilando*, la culpa *in eligendo*, y la culpa *in instruendo*.

Así mismo, también tienen incidencia como posible eximente los actos de terceros no previsibles, y pueden compensar culpas los actos imprudentes del trabajador, lo que se tendrá en cuenta en la graduación de la sanción a imponer. De ahí que la culpabilidad sí tenga entrada y cabida, aunque sea de manera matizada, en la responsabilidad administrativa en prevención de riesgos laborales.

Necesaria actualización del catálogo de infracciones

Al estudiar las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, se pone de manifiesto la necesidad de actualizar el catálogo de infracciones y ordenarlas sistemáticamente. Los artículos 11, 12 y 13 TRLISOS tienen una formación aluvional, por lo que procede poner orden en las infracciones para facilitar su mayor comprensión y encaje sistemático de las mismas. De ahí que, de *lege ferenda*, se proponga un nuevo texto para la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, y no simples reformas y añadidos al texto existente, que va a cumplir ya 20 años.

En este sentido, y de manera concreta, en vistas a un nuevo texto legislativo, se propone tener en cuenta lo que sigue:

1) Infracciones Leves:

La trascendencia práctica de dichas infracciones leves es escasa, puesto que en el momento en que la conducta infractora tenga una mayor trascendencia para la seguridad y salud de los trabajadores, la infracción deviene en grave, siendo así que el grueso de las infracciones en la materia está constituido por infracciones graves.

Las propuestas respecto de las infracciones leves serían:

- Ordenar sistemáticamente las infracciones leves, de tal modo que las dos infracciones de subcontratación en el sector de la construcción no queden

al final del articulado, sino integradas en el mismo, y que las fórmulas de cierre sean las que queden al final.

- Por otra parte, se propone que la actual infracción leve de carecer de Libro de Subcontratación en obra pase a ser tipificada como grave, y ello por cuanto entendemos que no tiene sentido que sea leve, más cuando no llevarlo en orden y al día es infracción tipificada como grave.

2) Infracciones Graves:

- Suprimir la infracción formal de falta de documentación preventiva recogida en el artículo 12.4 TRLISOS. Y ello motivado en su inaplicación práctica. La Inspección de Trabajo, al fiscalizar la observancia empresarial de las obligaciones preventivas de integración y vigilancia de la salud, exige al empresario la acreditación documental, y en caso de faltar tal documentación, la infracción que se aplica no es la tipificada en el artículo 12.4 TRLISOS, sino los tipos a través de los cuales se sanciona el incumplimiento “sustantivo” de estas obligaciones, en los artículos 12.1, 12.2 y 12.6 TRLISOS. Lo que en la práctica ocurre es que, si falta la documentación, no se considera que se trate de una mera infracción formal, sino que lo que falta es el cumplimiento de la obligación material en sí, y por eso se sanciona por la obligación sustantiva, y no por la meramente formal. De ahí que, en la práctica, este precepto sancionador no se aplique, y que entendamos que debiera suprimirse.
- En las infracciones por falta de información y formación, hacer referencia al idioma en el que se han dado las mismas, para asegurar que la información y formación ha sido recibida adecuadamente por los trabajadores inmigrantes.
- Concretar la infracción de falta de contenido del Plan de Prevención de Riesgos Laborales, prevista en el artículo 12.1.a) TRLISOS. La mera existencia del Plan de Prevención no puede ser considerado como bueno,

cuando la empresa se ha limitado a cumplir una mera formalidad, pero carece el plan de contenido real, y no es adecuado a la empresa. Si bien, esta infracción debiera concretarse, puesto que se trata de una remisión en blanco a una norma sustantiva que tampoco establece cuál ha de ser el contenido de dicho Plan de Prevención de Riesgos Laborales, por lo que la integración de ambas normas, sustantiva y tipificadora, debiera concretarse para su correcto engarce y facilitar el cumplimiento de este deber instrumental derivado del genérico deber de seguridad. Y ello por cuanto lo que se pretende con el Plan es, precisamente, evitar un cumplimiento meramente formal, y que la prevención se integre efectivamente en la empresa.

- Evitar la descoordinación entre tipos infractores: El segundo tipo infractor del artículo 12.1b) TRLISOS consiste en “no realizar las actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones”. Esta infracción está claramente conectada con la infracción prevista en el artículo 12.6 TRLISOS, que tipifica “incumplir la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales”. Vistas ambas infracciones, pudiera parecer que tipificar el no realizar las actividades preventivas que hicieran necesaria los resultados de las evaluaciones no tiene mucho sentido, puesto que por otro lado, la norma tipifica la falta de planificación de la actividad preventiva, y las actividades de prevención entrarían dentro de la planificación de la actividad preventiva, por lo que se estaría tipificando dos veces la misma conducta, no aplicándose en la práctica el no realizar las actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones.
- Evitar también la descoordinación entre las infracciones de falta de evaluación y falta de planificación, concretando con más exactitud las conductas infractoras: Se plantea también el problema de la relación entre la falta de evaluación y la falta de planificación. La planificación de la actividad preventiva es deudora de la evaluación de riesgos. Será a partir

de la evaluación, cuando se establezca la planificación, y una y otra están íntimamente relacionadas. Hasta tal punto que, en caso de falta de evaluación de riesgos, faltará también la planificación. En tal caso, cabe preguntarse si la infracción por falta de evaluación de riesgos subsume la infracción por falta de planificación. Para la solución de este dilema, habría que acudir a la figura del concurso real de infracciones. Se trata de dos conductas diferenciadas, aunque estén íntimamente relacionadas, y la falta de ambas podría dar lugar a la aplicación de ambos tipos infractores, puesto que, aun cuando se trate de conductas interconectadas, son distintas. No habría un concurso medial, puesto que la falta de evaluación no es un medio para cometer la infracción de la falta de planificación, sino que ambas conductas son independientes, y como tales cabe sancionarlas. A fin de evitar posibles colisiones entre ambas infracciones, se propone clarificar y concretar las conductas tipificadas para ambas infracciones.

- Tipificar como infracción muy grave la falta de formación de trabajadores designados y de delegados de prevención, prevista en el artículo 12.12 TRLISOS. Esta falta de formación específica tiene un contenido más completo y preciso, que la falta de formación general prevista en el artículo 12.8 TRLISOS, puesto que los destinatarios son aquéllos con funciones específicas o responsabilidades en materia preventiva, y se trata por tanto de una tipificar una obligación “cualificada”. Al tratarse de sujetos con obligaciones específicas o responsabilidades, la norma tipificadora ha querido separarlos del resto de infracciones por falta de información. Además, el artículo 12.12 TRLISOS, junto a la falta de información de delegados de prevención y trabajadores designados, tipifica también la conducta de no proporcionar los medios adecuados para su función. Lo que hace aquí la TRLISOS, entiendo que acertadamente, es unificar, por razón de la especificidad del sujeto afectado, las conductas infractoras del empresario, a fin de tipificar de manera unitaria los aspectos que pudieran poner en peligro las funciones de estos sujetos con una mayor capacidad preventiva que el resto de trabajadores de la empresa. Si bien, y aun cuando entiendo acertada la unificación de las conductas infractoras por

razón del sujeto destinatario de las garantías, entiendo que, precisamente en atención al sujeto, estas conductas infractoras deberían haber sido calificadas como muy graves, por la cualidad del sujeto afectado, que por ser representante unitario o trabajador designado, tiene una incidencia en el resto de la plantilla, en la totalidad de los trabajadores de la empresa, por lo que la infracción de estas normas supone un plus, una mayor trascendencia en el conjunto de la empresa, que entiendo habría de haberse considerado como infracción muy grave en todo caso, aun cuando no se derivara un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

- Tipificar la falta de gestión de prevención de riesgos laborales como infracción muy grave, o al menos considerar el aumento de la cuantía económica de la sanción. No tiene sentido que tenga la misma sanción económica que las otras infracciones que se derivan de ella (falta de evaluación, falta de formación, falta de vigilancia salud etc.). Esta igualdad de sanción conllevaría la paradoja de que a la empresa le resulte más beneficioso no concertar la gestión de prevención de riesgos laborales, que engloba otras conductas también tipificadas como graves, que haber gestionado la prevención de riesgos laborales, pero tener otros incumplimientos derivados de ella.
- Considerar una posible rebaja en la cuantía económica de la infracción por falta de auditoría cuando la prevención se organiza con medios propios. Esta infracción muestra una suspicacia del legislador con la organización de prevención propia que no es consecuente con el espíritu integrador de la norma de prevención.
- Deslindar la infracción grave de falta de evaluación, de la muy grave de falta de evaluación específica de los menores de edad. En ocasiones se plantea si la falta de evaluación específica de los riesgos laborales para los menores de edad es infracción grave o muy grave. En este sentido entendemos que, a pesar de la protección cualificada que merece el trabajador, y la especificidad de su protección, por lo que se refiere a la

obligación de evaluar los riesgos laborales, estaríamos ante la infracción genérica grave, y no ante la infracción cualificada, que quedaría reservada a los incumplimientos específicos de la norma preventiva de protección del menor.

- Considerar la existencia de una infracción por cada trabajador afectado en los casos de falta de formación y falta de vigilancia de la salud.
- Actualizar la cuantía sancionatoria de la infracción por incumplimiento de información en prevención de riesgos laborales para los trabajadores de ETT. Este deber de información, que corresponde a la empresa usuaria está tipificado no en esta infracción genérica de falta de información del artículo 12.8 TRLISOS, sino de manera específica en el artículo 19.2.d) TRLISOS, como infracción específica en materia de empresas de trabajo temporal, ello supone que se aplicará la norma según el criterio de especialidad, esto es, la norma sancionadora correspondiente a las ETT, y ello conlleva una disfuncionalidad en cuanto a la cuantía de las sanciones, ya que está prevista como infracción grave en materia laboral, cuya cuantía en razón sancionadora es menor que la si se subsumiera el tipo en la falta de información genérica del artículo 12.8 TRLISOS. Es por ello que se hace preciso, o bien incluir una infracción específica en prevención de riesgos laborales, o bien actualizar la cuantía de la sanción para la falta de información dada por la empresa usuaria.

3) Infracciones Muy Graves

- Tipificar como muy graves los incumplimientos del promotor cuando se trate de actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales. Por lo que se refiere a la posible comisión muy grave, hay que señalar que el artículo 13 TRLISOS no prevé de manera expresa que estas infracciones del promotor puedan ser muy graves en caso de que se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales. Habría que añadir los

incumplimientos del promotor como infracción muy grave en caso de actividades consideradas como peligrosas o con riesgos especiales: Serían prácticamente todos los incumplimientos del promotor por el carácter de los trabajos que se desarrollan en las obras de construcción.

- En relación con la infracción muy grave del artículo 13.2 TRLISOS, por incumplimiento de la normativa de menores, señalar normativamente de manera expresa su aplicación a los incumplimientos en caso realización de trabajo nocturno del menor. En este sentido, entendemos que la realización de trabajo nocturno por parte de los menores es una previsión de seguridad y salud, y por ello la encuadramos, en cuanto a su tipificación, en el artículo 13.2 TRLISOS, y no en la normativa laboral de menores, que tendría su encaje en el artículo 8.4 TRLISOS. Y ello por cuanto el trabajo nocturno supone una mayor penosidad y peligrosidad, situación que se agrava en caso de menores de 18 años. Es por ello que esta previsión la entendemos más cercana al ámbito de la prevención de riesgos laborales que al de la ordenación del tiempo de trabajo para los menores.
- Clarificar la infracción del artículo 13.9 TRLISOS: Para que ampare sin género de dudas tanto impedir a los trabajadores paralizar la actividad de manera individual y colectiva (en la actual redacción, parece que sólo individual, aunque entendemos que también colectiva por los representantes de los trabajadores).

4) Infracciones en materia de Igualdad

- Clarificar el sistema de infracciones administrativas en materia de igualdad, creando un listado de infracciones específicas en esta materia, de manera separada e independiente del resto de infracciones laborales. Dentro de tales infracciones de igualdad, tipificar infracciones específicas para los supuestos de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas.

- Deslindar la infracción grave de falta de evaluación, de la muy grave de falta de evaluación específica de la trabajadora embarazada: Es decir, cuando la falta de observancia de la normativa se refiera a obligaciones de carácter genérico, por incumplimiento de la obligación inicial de evaluación de riesgos, estaríamos ante la infracción grave, mientras que en caso de incumplimiento de lo previsto en el artículo 26 LPRL en un caso concreto respecto de una trabajadora específica, estaríamos ante la infracción muy grave del artículo 13.1 TRLISOS.

Categoría jurídica de las sanciones por infracciones en prevención de riesgos laborales

La sanción por incumplimientos en prevención de riesgos laborales participa de la categoría jurídica general de las sanciones administrativas, consideradas éstas como “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa”⁶³⁶. Nos encontramos ante una medida de naturaleza reactiva por parte del Ordenamiento Jurídico frente al incumplimiento de una obligación.

La sanción viene a ser la *ultima ratio* del Estado, quien sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones. Únicamente suele admitirse que la pena sea la última ratio, mas no la sanción administrativa, pero tendríamos que señalar que, siendo la pena la *ultima ratio*, la sanción administrativa vendría a ser algo así como la *ultima ratio* antes de la *ultima ratio*.

⁶³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo Vol. 2, cit., pág. 189.

Así, en caso de no cumplimiento de una obligación en prevención de riesgos laborales –esto es, en caso de infracción-, procederá la imposición de la sanción. Obligación-infracción-sanción constituyen el trío respecto del que la responsabilidad administrativa viene a ser el puente de unión entre ellos. Si hay una obligación, y ésta es infringida, ello conllevará la sanción siempre y cuando exista un sujeto responsable. La sanción viene a ser, por tanto, el corolario del incumplimiento, y a su vez el garante del cumplimiento.

Por ello, la sanción cumple con un doble fin, por un lado, un fin represivo/aflictivo y, por otro lado, un fin preventivo, pues con la sola amenaza de la sanción, se previenen comportamientos incumplidores por parte de los sujetos obligados.

Pero no es suficiente con que la ley prevea un catálogo de infracciones y sanciones, sino que éstas han de ser efectivamente impuestas, No basta con publicar medidas y conminar sanciones, sino que hay que hacerlas realidad. Con este fin, en el ámbito concreto del orden social, se creó la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con el cometido de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico-laboral, y de proponer, en su caso, la imposición de sanciones por incumplimientos, que se acabarán imponiendo tras el oportuno expediente administrativo sancionador.

El principio de proporcionalidad y la graduación de las sanciones

Tenemos que la sanción completa el trío que forma junto con la obligación y la infracción, siempre y cuando haya un sujeto que resulte responsable del incumplimiento, siendo así la sanción la reacción del Ordenamiento Jurídico ante la desidia del infractor.

Teniendo esto en cuenta, el momento impositivo de la sanción es de suma importancia para la comprensión de la misma, habiendo dejado el legislador amplios márgenes de discrecionalidad a la Administración en la imposición de las sanciones, sin existir automaticidad entre la infracción y la correspondiente sanción.

Es por ello que todo lo referente a la elección, a la medida y a la actuación de las sanciones es uno de los más delicados aspectos del mecanismo del derecho.

El problema es, esencialmente, de medida. Se trata de acomodar la sanción al precepto, de manera que el contraestímulo sea tal que supere al estímulo, pero sólo en lo necesario. De la adecuación entre infracción y sanción se encarga el principio de proporcionalidad a través de la graduación de las sanciones.

La TRLISOS establece la cuantía de las sanciones a partir de tres parámetros. En primer lugar, teniendo en cuenta la materia de que se trate –materias generales, prevención de riesgos laborales, cooperativas-. En segundo lugar, la cuantificación depende de la gravedad de la conducta ilícita, según esté tipificada la infracción como leve, grave o muy grave. El tercer parámetro, en función de las circunstancias agravantes o atenuantes, se aplicará la sanción en grado mínimo, medio o máximo, graduándose la sanción. Con estos tres parámetros se trata de adecuar el régimen sancionatorio al principio de proporcionalidad, de manera que no sea más beneficioso al infractor la comisión de la infracción que el seguimiento de la norma, y a la vez, que la sanción no sea excesiva para el infractor.

Para conseguir este objetivo, el principio de proporcionalidad opera en el plano normativo y en el aplicativo. En el momento del plano aplicativo entran en juego una serie de criterios de graduación, que habrán de tener en cuenta las circunstancias en que se ha cometido la infracción para en su caso atenuar o agravar la cuantía sancionatoria, dentro de los grados mínimo, medio y máximo que recoge la ley sancionadora.

Para el caso de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales, la TRLISOS recoge una serie de criterios específicos propios, a través de los cuales se otorga al operador jurídico la posibilidad de baremar la concreta sanción que se acabe imponiendo. El listado que se contiene en el artículo 39.3 TRLISOS lo hemos considerado como lista de *numerus clausus*, por respeto al principio de taxatividad.

En la aplicación de los criterios, que pueden ser utilizados como agravantes o atenuantes, habría que tener en cuenta, además, que no pueden utilizarse para

agravar infracciones que ya los contienen en el tipo, por aplicación del principio de *non bis in ídem*.

Respecto a los criterios de graduación, se realizan las siguientes propuestas de *lege ferenda*:

- Respecto del criterio de graduación de peligrosidad de las actividades de la empresa, se propone concretar si se podría aplicar o no este criterio en las infracciones en las que se incluye en su definición la existencia de riesgo grave e inminente. En este sentido, entendemos que no necesariamente el riesgo grave e inminente ha de estar unido consustancialmente a las actividades peligrosas o con riesgos especiales, y que sí cabría aplicar este criterio agravante cuando la infracción en la que los trabajadores están sometidos a riesgo grave e inminente se produce, además, en una actividad con riesgos especiales, se trataría, por tanto, de dos circunstancias distintas, de tal modo que el riesgo grave e inminente no es inherente a la actividad reglamentariamente considerada como peligrosa, sino un posible resultado de la misma.
- Se propone escindir en dos criterios distintos los daños producidos y los que hubieran podido producirse.
- Por lo que se refiere a los daños que hubieran podido producirse, se propone delimitar las circunstancias en que puede aplicarse, y así evitar la ambigüedad de este criterio de graduación, que bien pudiera entenderse que está contenido en la definición de muchos de los tipos infractores, señaladamente en aquellos que implican la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. Y es que aquí no nos encontramos ante un daño efectivamente causado, sino potencial, y es esa potencialidad la que le hace estar dentro de la misma definición del riesgo. Así, no podrá aplicarse este criterio de graduación en aquellos ilícitos en cuya definición aparezca como definidor del tipo la producción de un riesgo laboral.

- En cuanto al criterio del número de trabajadores afectados, se propone el establecimiento de reglas numéricas para concretar su aplicación, teniendo en cuenta su necesaria aplicación de manera proporcional a la plantilla de la empresa.
- Deslindar el criterio de las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario, de las instrucciones impartidas por este en orden a la prevención de riesgos laborales. Se trata de dos conductas distintas, y por tanto se propone su consideración por separado. Para las medidas de protección individual y colectiva adoptadas por el empresario, puede ser sólo criterio de atenuación, puesto que, en caso de no haber sido adoptadas, constituyen una infracción específica, ya que en caso de no uso, habría *culpa in vigilando* por parte de la empresa.
- Mantener la cláusula final de cierre, por la conducta seguida por el empresario en prevención de riesgos laborales.

Peculiaridades de la reincidencia y de la persistencia continuada en la infracción como institutos procesales que se activan cuando el fin preventivo de la sanción no ha desplegado su eficacia

La reincidencia y la persistencia continuada en la infracción son dos institutos diferenciados y separados, que tratan de evitar las situaciones que podrían darse en caso de empresarios que, tras haber sido sancionados, volvieran a cometer la misma infracción –reincidencia-, o continuaran en la misma situación infractora sin corregirse –persistencia continuada en la infracción-. Se trata de aumentar la cuantía sancionatoria en aquéllos casos en los que el fin preventivo de la sanción no ha desplegado eficacia ante un empresario contumaz.

Para el caso de la reincidencia, se propone de *lege ferenda* la coordinación entre la norma legislativa –artículo 41.1 TRLISOS- y la reglamentaria –artículo 14.5 RD 928/1998-, puesto que en la regulación actual existen ciertas discordancias

entre ambas, que hemos resuelto siguiendo el Criterio Técnico 84/2010 de Dirección General de la Inspección de Trabajo.

En este sentido, entendemos, que el precepto sería redundante al decir “mismo tipo y calificación”, puesto que, si el tipo se refiere a la concreta infracción, ésta siempre va a tener la misma calificación.

Un segundo requisito para que pueda apreciarse la reincidencia es que la primera infracción haya adquirido firmeza, y aquí la duda surge en torno a si la firmeza se refiere a la vía administrativa o jurisdiccional. Para despejar las dudas al respecto, la STS de 24 de octubre de 2000 se pronunció expresamente, señalando que la firmeza se refiere a la vía administrativa. Ello implica que, para la apreciación de la reincidencia, la exigencia de la firmeza de la primera resolución sancionadora debe entenderse referida a la vía administrativa.

El tercer requisito de la reincidencia es de carácter temporal: Que no hayan transcurrido más de 365 días desde la notificación de la primera sanción y la comisión de la segunda infracción. Por tanto, el cómputo del *dies a quo* del plazo será desde que se notificó la resolución administrativa por la que se imponía la primera sanción, y no desde la comisión de la primera infracción, ni desde la notificación del acta, ni tampoco desde la fecha desde que adquirió firmeza en vía administrativa. Por otra parte, para el final del cómputo del plazo, esto es el *dies ad quem*, con carácter general se tendrá en cuenta la fecha de comisión de la nueva infracción, no la fecha de la comprobación en sí.

En cuanto a las consecuencias sancionadoras de la reincidencia, el apartado 2 del artículo 41 TRLISOS prevé que “si se apreciase reincidencia, la cuantía de las sanciones consignadas en el artículo anterior podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas en el artículo anterior para cada clase de infracción”. De la redacción de este artículo, se desprende que la reincidencia no opera de manera automática, sino que su apreciación se configura como facultada de la administración sancionadora.

Por lo que se refiere a la persistencia continuada en la infracción, señalar que al encontrarse esta figura encuadrada en el artículo 39 TRLISOS, podría pensarse que se trata de un criterio de graduación más, pero ello no es así, sino que nos

encontramos ante una infracción específica que consiste en la persistencia continuada, en sí misma considerada como elemento esencial del ilícito. Es decir, la persistencia continuada se configura como una infracción específica, autónoma.

Nos encontramos con una situación en la que el empresario, tras incumplir una obligación de hacer, habiendo sido sancionado de manera firme en vía administrativa, mantiene su postura de omisión, y no cumple con su obligación. En tales casos, podríamos estar ante la paradoja de no poder volver a sancionar, ex principio de *non bis in ídem*, sin embargo, el legislador ha previsto el instituto de la persistencia continuada en la infracción para evitar que quede impune tal conducta del sujeto responsable. Así la Administración tendría un medio más para velar por sus propios intereses y compeler al cumplimiento de la norma.

Es de destacar que la persistencia continuada en la infracción tiene una importancia trascendental en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, pues puede suponer que los trabajadores estén expuestos continuamente a un mismo riesgo, que no se corrige a pesar de haberse impuesto la oportuna sanción. Lo que pretende la persistencia continuada en la infracción es saltar el obstáculo de la prohibición del *bis in ídem*, a través de este ilícito administrativo autónomo.

En definitiva, los institutos de la reincidencia y de la persistencia continuada en la infracción pretenden afianzar aún más el carácter represivo y disuasorio propio de la multa, respecto de determinados empresarios que, a pesar de haber incurrido en ilícitos sancionados con anterioridad, vuelven a cometerlos, o no han cambiado su conducta, persistiendo en la conducta antijurídica. Es por ello que la legislación pretende unas consecuencias más graves por el mayor desvalor que merece la conducta en la que incurre el sujeto responsable.

Naturaleza sancionadora autónoma de las sanciones atípicas

En caso incumplimiento de una obligación –en lo que aquí atañe, en caso de incumplimiento de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales–,

el Derecho va a imponer el precepto de manera heterónoma. Tal imposición del precepto podrá ser física o económica, si bien la imposición “física” en el ámbito administrativo responde más a cánones decimonónicos, y hoy día la sanción administrativa se resuelve las más de las veces en la sanción económica, la sanción típica por excelencia.

Sin embargo, las sanciones económicas “típicas” no siempre suponen un carácter disuasorio para el infractor, ni son del todo proporcionales con la infracción cometida, es por ello que los modernos sistemas punitivos han evolucionado hacia sanciones “atípicas”, sustitutorias o complementarias de las tradicionales multas, con el objetivo de tratar de frenar los incumplimientos, mejorando el fin preventivo de la sanción.

Así, junto a la multa, existen otras sanciones, que podríamos denominar “atípicas”, porque no se resuelven en cuantías económicas, pero, aun así, distan mucho de ser imposiciones físicas que obliguen al cumplimiento. Es el caso de la publicidad de las sanciones muy graves, la suspensión o cierre del centro de trabajo y la prohibición de contratación con la Administración Pública.

En el caso de la publicidad de las sanciones, al tratarse de una sanción que en cierto modo “depende” de otra sanción –la que se imponga por haber cometido una infracción muy grave- puede hacer pensar que estamos ante una sanción accesoria, pero no es así, sino que la publicación es una sanción propia, autónoma e independiente, que tiene su propia naturaleza de sanción, con su propio fin aflictivo-represivo y preventivo. De hecho, no es una sanción que se imponga de manera accesoria, sino que más bien será en todo caso complementaria a la sanción por infracción muy grave, sino que se ha de proponer y apreciar de manera independiente, si bien en la misma acta de infracción que proponga la infracción muy grave.

En cuanto a la suspensión y cierre del centro de trabajo, entendemos que debiera recogerse en la TRLISOS, y no en la LPRL, para que se tratara de manera uniforme todo el régimen sancionador. La naturaleza de esta medida es de carácter sancionador autónomo. En este sentido, habría que señalar que no se trata de una medida cautelar, sino de una verdadera sanción, con su fin aflictivo y preventivo que le es propio, reservada para los supuestos más graves. Su

inclusión en la LPRL en lugar de en la TRLISOS le ha dotado de un carácter autónomo, pero no por ello deja de ser una verdadera sanción, si bien, hubiera sido deseable que se incluyera en la TRLISOS y no en la LPRL, para hacer valer su carácter de verdadera sanción. Además, se trata de una sanción autónoma, puesto que no está necesariamente unida a la imposición de multas, sino que es una medida autónoma reservada específicamente para estos supuestos más graves. En favor de considerarla como sanción autónoma, tenemos también que cuando el legislador ha querido que una sanción específica fuese considerada como accesoria, lo ha hecho expresamente, lo que no se da en este caso. Es por ello, que procedería su aplicabilidad de darse el supuesto de hecho, con independencia de que se propongan o no otras sanciones.

Esta situación excepcional pone de manifiesto que la medida es la *ultima ratio*, poniendo de manifiesto así el carácter de *ultima ratio* antes de la *ultima ratio* penal que tiene la sanción administrativa.

Por otra parte, la prohibición de contratar con la Administración Pública, es una sanción que tampoco se encuentra en la TRLISOS, sino en la LPRL, lo que puede llevar al error de pensar que no se trata de una medida sancionadora, sino de una medida cautelar, o a lo sumo, que no se trata de una sanción autónoma, sino de una sanción accesoria. Sin embargo, al igual que hemos señalado respecto de la suspensión y el cierre del centro de trabajo, nos encontramos ante una verdadera sanción, de carácter autónomo, si bien no se resuelve en una multa, sino en una prohibición de hacer, que tiene un indudable contenido económico, puesto que, al no poder contratar con la Administración, se va a perder un potencial cliente, perdiendo las ganancias que ello conllevaría. Se cumple así con la finalidad represiva, al mismo tiempo que con la finalidad preventiva, propia de toda sanción, que implica una pérdida de derechos, un mal infringido al administrado, en definitiva, como consecuencia de una conducta infractora de éste.

Naturaleza Jurídica de los Requerimientos

El trío obligación-infracción-sanción, del que venimos hablando cuando hay responsabilidad administrativa, quiebra en el caso de los requerimientos en prevención de riesgos laborales, que son medidas derivadas de la actuación inspectora de comprobación, pero que no entrañan en sí mismos la sanción.

En los casos en los que se constata la infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, y se determina e individualiza la responsabilidad administrativa del empresario como sujeto responsable, la Administración tiene en su mano optar por la sanción, haciendo uso de su naturaleza represiva, u optar por el requerimiento para adoptar las medidas que subsanen los incumplimientos constatados, e incluso puede optar por activar ambas medidas simultáneamente, el requerimiento y la sanción.

Así, las medidas derivadas de los incumplimientos del deber de seguridad pueden tener naturaleza sancionatoria –la sanción, ya sea multa típica o sanción atípica- o pueden gozar de otra naturaleza, que consideramos mixta. El requerimiento implica un incumplimiento previo del empresario, y de ahí que tenga carácter “reactivo”, pero difiere de la sanción en que le falta la finalidad represiva, de manera que el requerimiento tiene sólo finalidad preventiva. Sin embargo, no lo consideramos sólo de naturaleza preventiva –como por ejemplo ocurre con la labor de asistencia técnica de la Inspección-, precisamente por el carácter reactivo que se activa tras infracción empresarial. De ahí que lo consideremos de naturaleza mixta, puesto que participa de naturaleza reactiva ante un incumplimiento empresarial –y de ahí que se encuadre dentro de la responsabilidad administrativa del empresario- pero sólo tiene fin preventivo, y no represivo.

De este modo, tendríamos que las actuaciones de la Inspección de Trabajo se resuelven en medidas de naturaleza sancionatoria –la multa-, medidas de naturaleza propiamente preventiva –la actividad de asistencia técnica, por ejemplo- y medidas de naturaleza mixta, donde se incluye el requerimiento.

El requerimiento no tiene sólo naturaleza preventiva, porque parte de la existencia de un incumplimiento en prevención de riesgos laborales, por lo que existe responsabilidad administrativa. Dicho incumplimiento supone que el requerimiento participe en cierto sentido de naturaleza reactiva, y no sólo preventiva. Sin embargo, el requerimiento no tiene naturaleza sancionatoria, puesto que no supone un mal infligido por la Administración ante un incumplimiento. Su finalidad no es aflictivo/represiva, sino preventiva, y de ahí que no tenga naturaleza sancionatoria propiamente dicha.

La naturaleza del requerimiento es, más bien, la de un medio físico preventivo de naturaleza impositiva⁶³⁷. El requerimiento tiene carácter coactivo, puesto que conmina a cumplir con el Ordenamiento Jurídico, aunque no tenga carácter represivo-aflictivo. No es una mera medida cautelar, ni tampoco una sanción por faltar el elemento aflictivo. Es una figura preventiva con naturaleza impositiva, que no aflictiva, que se define por su finalidad preventiva de cumplimiento de la norma jurídica. Es instrumento de intervención no sancionadora, cuyo fin es, precisamente, la subsanación de las anomalías o deficiencias en materia de seguridad y salud laboral que se hubieran observado en el curso de una actuación inspectora. Tienen fuerza conminatoria –no es un mero “asesoramiento”-, fundamentándose, precisamente, en la existencia de una transgresión al ordenamiento aplicable, cuya persistencia debe evitarse cuanto antes, con independencia de que se inicie o no un expediente sancionador, con el que el requerimiento resulta compatible.

Puesto que el requerimiento tiene como presupuesto la existencia de una infracción del deber de seguridad, y supone la determinación e individualización de responsabilidades administrativas derivadas de tal incumplimiento, supone ejercicio indisoluble de la función inspectora en tanto en cuanto vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas, y de ahí su íntima unión al *Ius Puniendi* del Estado, aun cuando no se trate de una medida sancionatoria en sí misma.

⁶³⁷ Cfr. CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, Estudio Preliminar “*La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti*”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, cit., pág. 65.

Esta íntima relación del requerimiento en prevención de riesgos laborales con la función inspectora de vigilancia y exigencia de la normativa, y su dependencia del *Ius Puniendi* del Estado, nos lleva a considerar como contradictorio que se haya habilitado a los Técnicos de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de las Comunidades Autónomas a extender estos requerimientos dimanantes del artículo 43 LPRL, proponiendo de *lege ferenda* que el requerimiento quede únicamente para los funcionarios del Cuerpo de Inspección de Trabajo, tanto Inspectores como los recientemente creados Subinspectores de Seguridad y Salud.

A mayor abundamiento, a nuestro juicio, la posibilidad de que estos técnicos habilitados puedan formular requerimientos de obligado cumplimiento por parte de los empresarios casa mal con el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como cuerpo responsable del cumplimiento de la normativa de orden social, entre la que se encuentra la prevención de riesgos laborales. Tradicionalmente, los técnicos del INSHT y después los técnicos de los Centros de Prevención de Riesgos Laborales de las CCAA han tenido una función de asesoramiento técnico a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Asesoramiento técnico necesario para la función propia de la Inspección de Trabajo de exigir responsabilidad por incumplimientos. Tal exigencia de responsabilidad no corresponde a órganos distintos de la Inspección de Trabajo, y aunque el requerimiento no tiene naturaleza de sanción, sí es un medio físico de cumplimiento obligatorio, como hemos señalado más arriba, y como tal, ha de ser exigido por los órganos con capacidad de compeler, teniendo en cuenta que puedan luego proponer sanciones, si no lo hicieron en un primer momento. Entendemos que los técnicos tienen papel relevante en cuanto a asesoramiento, y que ahí debería quedar su labor, resultando innecesario ampliar sus funciones al requerimiento, que debería quedar exclusivamente dentro del ámbito de la Inspección de Trabajo, dada la relación tan estrecha entre el requerimiento y la sanción, que, aun no teniendo la misma naturaleza jurídica, sí tienen comunidad de caracteres y estrecha relación entre sí, como hemos ido viendo al analizar la figura.

Naturaleza Jurídica de la Paralización de actividades en caso de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores

Al igual que el requerimiento, la paralización de actividades por riesgo grave e inminente tiene una naturaleza mixta, considerándola como “requerimiento cualificado”, por la incidencia que tiene respecto de la vida e integridad física de los trabajadores.

Como ocurre en el caso del requerimiento, la paralización tiene como presupuesto el incumplimiento del deber de seguridad, y de ahí que tenga naturaleza reactiva. Si bien, se distingue de las sanciones por su finalidad, ya que no tiene finalidad aflictiva/represiva propiamente, sino finalidad preventiva, para evitar que se actualice el riesgo grave e inminente. Es por ello por lo que la consideramos de naturaleza mixta, pues participa de naturaleza reactiva, pero su finalidad es preventiva.

En consecuencia, consideramos la paralización como un medio físico preventivo de naturaleza impositiva, con ejecutividad inmediata y finalidad preventiva, manifestación del poder de policía “in genere”, y que, sin ser considerado en sanción en sentido estricto, en un sentido amplio sí podría considerarse como tal, puesto que supone una cierta relación con la potestad sancionadora de la Administración, sin llegar a formar parte de ella.

Es una medida, por tanto, a caballo, entre la simple medida cautelar, y la sanción, con una clara finalidad preventiva, que lo modula, con el objetivo de preservar la vida e integridad de los trabajadores. Tiene, por tanto, naturaleza mixta, tanto preventiva como reactiva, pues se trata de una reacción ante un incumplimiento, y a la vez, una obligación de hacer –más bien, de no hacer, no realizar actividades- hasta tanto no se resuelva la situación de riesgo grave e inminente. En cualquier caso, la paralización implica un acto constitutivo de un deber, cual es la no realización de actividad, que viene impuesto por el Inspector actuante, con un fin preventivo que conmina hacia el cumplimiento del deber de seguridad, paralizando la actividad empresarial hasta tanto dicho deber de seguridad no quede garantizado.

La relación entre la paralización de actividades por riesgo grave e inminente y muy grave y la sanción. Los supuestos de paralizaciones impropias

Por existir infracción a la normativa de prevención, la paralización será compatible con la sanción, puesto que, junto con la paralización, que tiene finalidad preventiva, se puede cursar la propuesta de sanción, que además de finalidad preventiva tiene finalidad aflictiva/represiva. Ello no viene obstaculizado la prohibición de *non bis in ídem*, puesto que la naturaleza de la paralización no es sancionatoria propiamente –pues falta la finalidad represiva en la paralización-.

Y es que no sólo será compatible la sanción con la paralización, sino que, teniendo en cuenta la entidad del derecho afectado –la vida e integridad de los trabajadores- lo normal será que la acompañe. Así, la paralización no es una vía alternativa o previa a la sanción, sino que ambas son independientes y paralelas, pues ambas tienen distintas finalidades, como venimos sosteniendo, ya que la paralización pretende la subsanación de las anomalías y evitar la actualización del riesgo, mientras que la sanción pretende la exigencia de responsabilidades por su fin aflictivo-represivo, y ello, aunque de manera “mediata”, la sanción también pretenda el fin preventivo.

Esta necesidad de simultanear la paralización y el Acta de Infracción por infracción muy grave, al concurrir riesgo grave e inminente para los trabajadores es la solución por la que opta el Criterio Operativo 89/2008, de la DGITSS, que entiende que presupuesto de la paralización es la existencia de riesgo grave e inminente, y que dicho riesgo grave e inminente es el que elemento configurador de las infracciones muy graves, por lo que, en caso de apreciarlo y de ordenar la paralización, procederá la extensión también de Acta por Infracción muy grave.

Sin embargo, este criterio ha tenido como consecuencia, en la práctica, el limitado uso que se hace en la actualidad de la paralización, para evitar la imposición de sanciones muy graves, teniendo en cuenta su cuantía, y los efectos que pueden tener en pequeñas empresas. En su lugar, y para evitar la sanción muy grave, se adoptan lo que se viene a denominar como

“paralizaciones impropias”, esto es, requerimientos de cumplimiento inmediato, para evitar los riesgos graves e inminentes a los que pueden estar sometidos los trabajadores.

De ahí que propongamos de *lege ferenda* que, al igual que ocurre en el caso del requerimiento, se pudiera dejar a la discrecionalidad del Inspector actuante la imposición o no simultánea del Acta de Infracción. Entendemos que, de esta forma, se adoptarían más paralizaciones, necesarias para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, que hoy día no se adoptan por el perjuicio que la cuantía económica de la sanción puede llegar a suponer en pequeñas empresas.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson Civitas, Aranzadi, Pamplona, 2007.

ALCÁZAR ORTIZ, S., “Artículo 11: Infracciones leves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.

ALFONSO MELLADO, C.L.:

- “Manifestaciones de la responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, en VV.AA., PUMAR BELTRÁN, N. (COORDINADOR), *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- “El recargo de prestaciones: una mirada en atención a su futuro”, *Revista Laborum*, número 17, Murcia, 2018.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., “Planificación de la prevención, aspectos jurídicos y aspectos de gestión”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., (DIRECTORES), *Tratado de prevención de riesgos laborales: teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2015.

ÁLVAREZ ALCOLEA M., “Procedimiento sancionador” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.

BARTOMEUS PLANA, D., “El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y salud en el trabajo”, en VV.AA., ROJO TORRECILLA, E., (COORDINADOR), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998.

BECK, U., *La sociedad del riesgo, hacia una nueva modernidad*, Paidós, Madrid, 1998.

BERNARDO JIMÉNEZ, I., “Actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales”, en VVAA., LAÍN DOMÍNGUEZ, A. (COORDINADOR), *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

BLASCO PELLICER, A.:

- *Sanciones administrativas en el orden social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- *El procedimiento administrativo sancionador en el orden social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- “Artículo 46. Infracciones Leves”, en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2008.

CARDONA RUBERT, M.B., *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

CARNELUTTI, F., *Teoría General del Derecho*, Estudio Preliminar “*La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti*”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2003.

CARRANCHO HERRERO, M.T., *Responsabilidad civil del empresario en el ámbito de los riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2010.

CARRERO DOMÍNEZ, C., *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, La Ley, Madrid, 2001.

COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La Ley, 2010, pág. 114.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La respuesta penal a la siniestralidad laboral*, Bosch, Barcelona, 2013.

DEL REY GUANTER. S., *Potestad sancionadora de la administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.

DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., *Actas, Informe y Requerimientos de la Inspección de Trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (DGITSS):

- Criterio Técnico núm. 59/2008, de 5 de marzo de 2008, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre graduación de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales.
- Criterio Operativo 81/2009, de 29 de diciembre, sobre paralización de trabajos o tareas por riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.
- Criterio Técnico 83/2010, de 5 de mayo de 2010, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre la presencia de recursos preventivos en las empresas centros y lugares de trabajo.
- Criterio Técnico 84/2010, de 28 de junio, sobre la aplicación de la reincidencia en las Actas de Infracción.

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: la responsabilidad administrativa del empresario*, Comares, Granada, 2014.

FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su Régimen Jurídico Sancionador*, Madrid, Dykinson, 4ª Ed., 2006.

GALLARDO GARCÍA, R.M., *Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores. Derecho penal. Derecho administrativo sancionador*. Comares, Granada, 2016.

GALLEGO MORALES, A.J., “Derechos y obligaciones de los trabajadores”, en VV.AA., Manual para la formación en prevención de riesgos laborales, VIDA SORIA, J., (DIRECTOR), Lex Nova, Valladolid, 6º edición, 2010.

GARCÍA BLASCO, J., PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., *El accidente in itinere. Un enfoque esencialmente preventivo*, Granada, Comares, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.:

- *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Pamplona, Civitas, 1994.
- *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Pamplona, Civitas, 1984.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo II*, XV Edición, Aranzadi, Pamplona 2017.

GARCÍA MURCIA, J.:

- “El TRLISOS en relación con otros órdenes sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales: responsabilidad penal, responsabilidad de Seguridad Social y responsabilidad civil”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (COORDINADORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006.
- “La Inspección de Trabajo en España: Unos cuantos trazos sobre su evolución histórica”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, número 128, Madrid, 2017.

- *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

GARCÍA MURCIA, J., y BERNARDO JIMÉNEZ, I.:

- Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VVAA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, Comares, 2004.
- “Comentario al artículo 53 LPRL”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M^a. N., (DIRECTORES), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, Granada, Comares, 2004.

GARCÍA PIÑEIRO, N, “Artículo 44: Paralización de trabajos” en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, Madrid, LA LEY, 2008.

GARCÍA RUBIO, M.A., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en VV.AA., PÉREZ DE LOS COBOS, F., (DIRECTOR), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada y con jurisprudencia*, Madrid, LA LEY, 2008.

GARCÍA VALVERDE, M.D., *Menores y jóvenes trabajadores. La prevención de riesgos laborales y medioambientales*, COMARES, Granada, 2013.

GARCÍA VALVERDE, M.D., GIRELA MOLINA, B., “Evaluación de riesgos medioambientales y de riesgos laborales”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., (DIRECTORES), *La prevención de riesgos*

medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales, Granada, Comares, 2011.

GONZÁLEZ LABRADA, M, “Artículo 4: Definiciones” en VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V., (DIRECTOR), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

GONZÁLEZ LABRADA, M., RICO LETOSA, S, “Infracciones Graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, número 6, 2015.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La indemnización por daños y perjuicios derivados de riesgos profesionales en la construcción”, en VV.AA., MONGE FERNÁNDEZ A., (DIRECTOR), *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

INSHT:

- *Guía Técnica para la Integración de la Prevención de Riesgos Laborales en el Sistema General de Gestión de la Empresa*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2009.
- Nota Técnica de Prevención (NTP) 442: Investigación de accidentes-incidentes: procedimiento, 1997.

- Nota Técnica de Prevención (NTP) 592: La gestión integral de los accidentes de trabajo: tratamiento documental e investigación de accidentes (I), 2001.
- Nota Técnica de Prevención (NTP) 593: La gestión integral de los accidentes de trabajo: tratamiento documental e investigación de accidentes (II), 2001.
- Nota Técnica de Prevención (NTP) 924: Causas de accidentes, clasificación y codificación, 2011.

LÓPEZ BALAGUER M., *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

LÓPEZ INSUA, B. del M., *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, LABORUM, Murcia, 2017.

LÓPEZ RUBIA, M.E., *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

LOUSADA AROCHENA J.L., *La protección de la salud laboral en el trabajo temporal y en las empresas de trabajo temporal*, Bomarzo, Albacete, 2016.

LOUSADA AROCHENA, J.F, y RON LATAS, R.P., “Obligaciones preventivas y responsabilidades de los trabajadores”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* número 36, 2014.

LUQUE MORALES, J., “La calificación de las patologías derivadas de riesgos psicosociales en el trabajo en el sistema español de Seguridad Social (una visión

desde la ITSS)”, *Revista Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo*, UGT, 2019.

MÁRQUEZ PRIETO, A., *Calidad ambiental de las relaciones laborales*, Comares, Granada, 2010.

MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Artículo 43: Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M., (DIRECTORES), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2010.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R.:

- *Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- *Protección de la salud y la seguridad de los trabajadores autónomos*, Tecnos, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., *Derecho crítico del Trabajo*, Atelier, Barcelona, 2016.

MERCADER UGUINA, R.J., *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, La Ley, Madrid, 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L.:

- *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992.

- *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996.
- *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1992.
- “El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas preventivas” en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (DIRECTORES), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I, Murcia, Laborum, 2017.
- “Integración de la gestión de riesgos medioambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., (DIRECTORES), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales*, Comares, Granada, 2011.
- “Derecho a la seguridad y salud en el trabajo (Artículo 3 de la Carta Social Europea Revisada)”, en VV.AA., (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. Dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- “La protección del medio ambiente (Artículo 37 de la CDFUE)”, en VV.AA. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. Dirs.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- “Condiciones de trabajo justas y equitativas (Artículo 31.1 de la CDFUE)”, en VV.AA. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. Dirs.), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L., y ÁLVAREZ MONTERO, A., *Dimensión laboral de la contratación y subcontratación empresarial*, Colección Práctica de Derecho Social, Comares, Granada, 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.:

- “Actualización del importe de las sanciones” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.
- “Artículo 39. Criterios de graduación de las sanciones”, en VV.AA. GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.
- “Artículo 40: Cuantía de las sanciones” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.
- “Artículo 41: Reincidencias” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.
- “Comentario al art. 2. Sujetos responsables de la infracción”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto*

Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes, Granada, Comares, 2006.

- “Concurrencia con el orden jurisdiccional penal”, en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.

- “El Derecho Administrativo Sancionador del Trabajo: Principios y rasgos constitutivos” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N., “La Directiva Marco 89/391/CEE como eje del Derecho Social comunitario de la prevención de riesgos laborales”, en VV.AA., CASAS BAAMONDE, M.E. y GIL ALBURQUERQUE, R.G. (DIRECTORES), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 1ª ed., 2018, 2ª ed., 2919

MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente*, Granada, Comares, 2010.

MONTOYA MELGAR, A., “Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 53, Madrid, 2004.

MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

MORENO VIDA, M.N., “Aspectos colectivos. Representación y participación de los trabajadores”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, P., (DIRECTORES), *La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones laborales*, Comares, Granada, 2011.

MUÑOZ RUIZ, A.B., *El sistema normativo de prevención de riesgos laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009.

NIETO GARCÍA, A.:

- *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, 5ª edición, Madrid, 2012.
- NIETO, A.: *El pensamiento burocrático*, Edición y Estudio preliminar, “*La burocracia en el proceso de racionalización de la civilización occidental: variaciones sobre un “tema de Max Weber”*”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2003.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “El deber de colaboración del trabajador en la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Derecho Social*, nº 75, 2016.

PARAMIO PARAMIO, A., *Problemática de la subcontratación en la construcción. Análisis jurídico y resoluciones prácticas*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.:

- “Artículo 13: Infracciones muy graves” en VV.AA., GARCÍA BLASCO, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N., y DE VAL TENA, A., (DIRECTORES), *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Granada, Comares, 2006.

- *La vigilancia de la salud en el ámbito laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 2005.

PÉREZ CAPITÁN, L., *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

PRADA FERNÁNDEZ, R.M., GORDILLO LÓPEZ, P., “Selección de sentencias sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, *Revista Trabajo y Derecho*, número 3, 2016.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral”, *Revista Documentación Administrativa*, nº 282-283, 2009.

SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Los criterios de graduación de las sanciones administrativas en el orden social*, LEX NOVA, Madrid, Valladolid, 2007.

SEGADO RODRÍGUEZ, P., “La actuación de la Inspección de Trabajo en prevención de riesgos laborales: Una propuesta de sistematización”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 128, 2017.

SICRE GILABERT, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, Madrid, Sepin, 2018.

TABERNEIRO SÁNCHEZ, J.R., “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el principio de igualdad de sexo en la relación laboral”, *Revista Trabajo y Derecho*, número extra 3, 2016.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Aseguramiento y protección social de los riesgos profesionales. Análisis a la luz de la responsabilidad empresarial en materia preventiva*, Bomarzo, Albacete, 2012.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., TUDELA CAMBRONERO, G., *Informe Durán sobre riesgos laborales y su prevención. Notas para un debate necesario*. Fraternidad-Muprespa, 2006.

VVAA:

- MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRECTOR), *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, Madrid, Consejo Económico y Social de España/Premio de Investigación del Consejo Económico y Social, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y CASALE, D. (DIRECTORES): *A treinta años de la adopción del Convenio nº150 de la OIT sobre la Administración del Trabajo. Un diálogo entre Europa y América Latina*, Granada, Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (COORDINADOR), *Manual de Derecho Administrativo Laboral*, Madrid, Tecnos, 1ª ed., 2012, 2ª ed., 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L., y RIVAS VALLEJO, P.(DIRECTORES), *Tratado de Salud Laboral*, Tomos I y II, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, AV., (COORDINADOR), CORDERO SAAVEDRA, L., GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Derecho Sancionador Público del Trabajo*, Madrid, Colex, 2001.

- DEL REY GUANTER, S., (DIRECTOR), *Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada*, Madrid, LA LEY, 2008.
- DURÁN LÓPEZ, F., (COORDINADOR), *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*. Madrid, Ministerio de Presidencia-BOE, 2001.
- REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A.M., (COORDINADORES), *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

RELACIÓN DE SENTENCIAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 2/1981, de 30 de enero

STC 8/1981, de 30 de marzo

STC 18/1981, de 8 de junio

STC 19/1981, de 18 de junio

STC 37/1981, de 16 de noviembre

STC 29/1982, de 31 de mayo

STC 65/1982, de 15 de octubre

STC 77/1983, de 3 de octubre

STC 83/1984, de 24 de julio

STC 77/1985, de 27 de junio

STC 109/1986, de 24 de septiembre

STC 24/1987, de 7 de abril

STC 3/1988, de 21 de enero

STC 69/1989, de 20 de abril

STC 61/1990, de 29 de marzo

STC 76/1990, de 26 de abril

STC 246/1991, de 19 de diciembre

la STC 99/2000, de 10 de abril

STC 17/2003, de 30 de enero

STC 48/2003, de 12 de marzo

STC 196/2004, de 15 de noviembre

STC 70/2009, de 23 de marzo

TRIBUNAL SUPREMO:

STS de 4 de junio de 1970

STS de 30 de enero de 1978

STS de 16 de julio de 1985

STS de 10 de noviembre de 1986

STS 15 de marzo de 1988

STS de 4 de noviembre de 1988

STS de 28 de mayo de 1990

STS de 18 de enero de 1995

STS 25 de octubre de 1998

STS 16 de noviembre de 1999

STS de 2 octubre de 2000

STS de 24 de octubre de 2000

STS de 12 de noviembre de 2001

STS de 26 de enero de 2002

STS de 9 de julio de 2002

STS de 22 de noviembre de 2002

STS de 25 de septiembre de 2003

STS de 3 de noviembre de 2003

STS (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2008

STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 31 marzo 2010

STS 14 de marzo de 2012
STS de 20 de marzo de 2012
STS 5794/2015, de 15 de diciembre de 2015
STS de 18 de diciembre de 2015
STS de 28 de diciembre de 2016
STS de 24 enero de 2017
STS de 20 de abril de 2017
STS 842/2018, de 18 de septiembre de 2018
STS 149/2019, de 28 de febrero de 2019
STS 174/2019, de 6 de marzo de 2019

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CCAA:

STSJ de Andalucía -Granada-, de 15 de junio de 2000
STSJ Andalucía -Granada-, de 29 de octubre de 2007
STSJ Andalucía -Málaga-, Sala de lo Social, 371/2018, de 1 de marzo de 2018
STSJ Aragón, de 14 de enero de 2004
STSJ Cantabria, de 5 de mayo de 2004
STSJ Comunidad Valenciana, de 24 de julio de 2002
STSJ Comunidad de Valencia, de 30 de junio de 2005
STSJ Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de enero de 2003
STSJ Galicia, de 20 de mayo de 2009
STSJ Madrid, de 10 de junio de 2003
STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de marzo de 2003
STSJ Madrid, Contencioso Administrativo, de 24 de marzo de 2003

STSJ Murcia, de 30 de noviembre de 2005

STSJ Madrid 403/2018, de 30 de mayo

STSJ Murcia, de 30 de noviembre de 2005

STSJ País Vasco, de 3 de marzo de 1998

STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 26 de diciembre de 2002

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

Asunto Dekker (Sentencia de 8/11/1990)

Asunto Haberman-Beltermann (Sentencia de 5/5/1994)

Asunto M Brown (Sentencia de 30/6/1998)

Asunto Mahlburg (Sentencia de 3/2/2000)

Asunto Paquay (Sentencia de 11/10/2007)