

LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

MANRIQUE COS EGEA

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado.
Universidad de Murcia*

Extracto:

EL objeto del presente trabajo es analizar la responsabilidad solidaria que para el empresario principal recoge el artículo 42.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Para ello se examina en primer lugar el ámbito de aplicación del citado precepto –para lo cual se delimitará el concreto supuesto en el que opera esta especial responsabilidad: contratas referidas a la propia actividad del empresario principal que se desarrollan en su centro de trabajo–, el tipo de responsabilidades a las que se aplica este régimen de solidaridad y su alcance en los supuestos de cadenas de contratas.

Posteriormente se tratará la relación entre la responsabilidad solidaria y el principio de culpabilidad, para lo que será preciso examinar el deber de vigilancia que el artículo 24.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales impone al empresario principal.

Finalmente, y por lo que se refiere al ámbito sancionador administrativo, se hacen una serie de consideraciones críticas acerca de este régimen de responsabilidad solidaria.

Palabras clave: subcontratación, empresario principal y responsabilidad solidaria.

THE JOINT AND SEVERAL LIABILITY FOR THE PRINCIPAL EMPLOYER ON PREVENTION OF OCCUPATIONAL RISKS

MANRIQUE COS EGEA

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado.
Universidad de Murcia*

Abstract:

THE aim of this paper is to analyse the joint and several liability for the principal employer that the article 42.3 of Royal Legislative Decree 5/2000 of 4 August, on Offenses and Penalties in the Social Order, regulates.

Firstly, it is examined the scope of that provision defining the concrete situation in which this special responsibility operates –contracts relating to the rightful activity of principal employer which are carried out in his own workplace–, the type of liability affected for joint and several and the extent of this liability in subcontracting chains.

Subsequently, it is described the relationship between joint and several liability and principle of culpability, so that it will be necessary to examine the duty of surveillance that the article 25.1 of Law 31/1995, of 8 November, on Prevention of Occupational Risks, requires to principal employer.

Finally, dealing with administrative penalties system, the article offers a critical reflection on joint and several liability.

Keywords: subcontracting, principal employer and joint and several liability.

Sumario

1. La subcontratación de obras o servicios de la propia actividad y la prevención de riesgos laborales.
2. **Ámbito de aplicación del artículo 42.3 del TRLISOS.**
 - 2.1. Delimitación del supuesto de hecho del artículo 24.3 de la LPRL.
 - 2.2. Concretas responsabilidades alcanzadas por la solidaridad.
 - 2.3. El empresario principal en el supuesto de cadenas de contratas.
3. La responsabilidad solidaria y el principio de culpabilidad; alcance del deber de vigilancia.
 - 3.1. La responsabilidad solidaria y el principio de culpabilidad.
 - 3.2. Alcance del deber de vigilancia.
4. Crítica del régimen de responsabilidad solidaria.

1. LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS O SERVICIOS DE LA PROPIA ACTIVIDAD Y LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La «subcontratación» como forma de organización productiva aparece como un factor explicativo de la siniestralidad laboral. Lo anterior se debe a que el trabajo prestado en régimen de contratación y subcontratación de obras y servicios lleva aparejado un cúmulo de factores de riesgo que actúa sobre los trabajadores y determina su mayor susceptibilidad a los riesgos laborales. Entre estos factores podemos destacar, siguiendo el trabajo de MIÑARRO YANINI,¹ los siguientes: a) la concurrencia de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo que implica que los trabajadores quedan expuestos no solo a los riesgos originados por su propia empresa sino también a los causados por las restantes; b) desconocimiento del medio de trabajo por los trabajadores de las contratas y subcontratas que desarrollan su actividad laboral en un centro de trabajo ajeno; c) participación en las cadenas de subcontratación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores;² d) carácter temporal que suelen tener los contratos de los trabajadores que intervienen en estas estructuras empresariales complejas; e) despreocupación de la empresa principal respecto de los trabajadores de la contratista o subcontratista a quienes considera trabajadores ajenos.

Nuestros poderes públicos se han hecho eco de la relación existente entre este fenómeno de descentralización productiva que es la subcontratación y la siniestralidad laboral, lo que se ha puesto de manifiesto en su producción normativa. Así, la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, introdujo reformas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), y en Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS) relacionadas con la adecuación de la normativa de prevención de riesgos laborales a las nuevas formas de organización del trabajo y a la subcontratación. Posteriormente, en cumplimiento del mandato legal introducido por la Ley 54/2003 en el apartado 6 del artículo 24 de la LPRL, las obligaciones de coordinación en supuestos de concurrencia empresarial regulados en el citado artículo fueron objeto de desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, sobre coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales (RDCA). Además, los poderes públicos han regulado de manera específica el fenómeno de la subcontratación en un sector tan relevante, desde el punto de vista de la siniestralidad laboral, como es el de la construcción, a través de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y el Real Decreto 1109/2007, que desarrolla reglamentariamente esta última ley.

Dentro del fenómeno de la subcontratación, el objeto de este estudio se circunscribe a las contratas referidas a la propia actividad del empresario principal que se desarrollan en su centro de trabajo y, en concreto, al régimen de responsabilidad solidaria que para este aparece previsto en el artículo 42.3 del TRLISOS.

Establece el referido precepto, en su primer párrafo, que la «empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la LPRL

¹ MIÑARRO YANINI, M.: «La prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas», *Documentación Laboral*, núm. 68 (vol. II), 2003, págs. 84-87.

² Factor de riesgo destacado en la Exposición de Motivos de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

del cumplimiento, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal».

Por su parte, el artículo 24.3 de la LPRL prevé que las «empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas 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».

Puede decirse que el tándem (en expresión de PÉREZ DE LOS COBOS)³ que resulta de los artículos transcritos aborda la regulación de la subcontratación de obras y servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal desde una doble perspectiva, prevencionista y represora.

Así, con el deber de vigilancia impuesto al empresario principal se pretende, desde una óptica prevencionista, que este no se desentienda de los trabajadores de los contratistas y subcontratistas sino que, por el contrario, se involucre en la protección de su seguridad y salud mediante una actuación fiscalizadora de las empresas empleadoras de dichos trabajadores.

Como mecanismo de garantía del cumplimiento de este deber preventivo de vigilancia, el artículo 42.3 del TRLISOS, contempla como correlato sancionador frente a la inobservancia de la obligación prevista en el artículo 24.3 de la LPRL, un régimen de responsabilidad solidaria del empresario principal para el supuesto de que se produzcan incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratadas o subcontratadas.

Junto con esta doble perspectiva, preventiva y sancionadora, podemos entender que también concurre en esta regulación una finalidad reparadora en tanto al alcanzar, como veremos, este régimen de solidaridad a la responsabilidad civil y a la derivada del recargo de prestaciones, también se logra evitar situaciones de desprotección de los trabajadores por insolvencia de las empresas empleadoras.

De esta forma, si bien es cierto que la contratación y subcontratación de obras y servicios es una expresión de la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución Española, también lo es que el empresario que acude a la hora de organizar su actividad económica a esta medida descentralizadora asume no solo las facultades y el beneficio correspondiente a su posición, sino también la obligación de controlar que se cumplen las normas sobre prevención de riesgos laborales, incurriendo en responsabilidad si no lo hace.

Respecto a esta responsabilidad, la Ley 54/2003 introdujo (art. 14) un tercer párrafo en el artículo 42.3 del TRLISOS para establecer que los «pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado son nulos y no producirán efecto alguno» y completó (art. 11.2) esta declaración con la inclusión en el citado texto sancionador de un nuevo tipo infractor que recoge como infracción administrativa muy grave la celebración de dichos pactos.⁴

³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 68.

⁴ El artículo 13.14 del TRLISOS tipifica como infracción administrativa muy grave en materia de prevención de riesgos laborales la «suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 de esta ley».

Al analizar en este trabajo este régimen de responsabilidad, procederemos en primer lugar a fijar cuál es el ámbito de aplicación del referido precepto, para posteriormente cuestionarnos la adecuación de este régimen específico de responsabilidad con el principio de culpabilidad. Finalizaremos con una crítica, desde el punto de vista preventivo, de este sistema de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 42.3 del TRLISOS.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 42.3 DEL TRLISOS

En cuanto al ámbito de aplicación del artículo 42.3 del TRLISOS, interesa en primer lugar determinar el supuesto de hecho del artículo 24.3 de la LPRL, norma sustantiva, a la que, como hemos visto, se remite expresamente el precepto de la norma sancionadora.

En segundo lugar, al encontrarnos ante una norma que impone el régimen de responsabilidad derivado del incumplimiento empresarial del deber de vigilancia, resulta esencial concretar a qué tipo de responsabilidades alcanza la solidaridad prevista en el texto sancionador.

Por último, haremos referencia dentro de este epígrafe, al alcance que la responsabilidad solidaria tiene en el supuesto de cadenas de contrata.

2.1. Delimitación del supuesto de hecho del artículo 24.3 de la LPRL

Para que surja la especial responsabilidad del empresario principal prevista en el artículo 42.3 del TRLISOS es necesario que concurran los tres elementos definidores del supuesto de hecho del artículo 24.3 de la LPRL, a saber:

1. Dedicado el artículo 24 de la LPRL a la regulación de la coordinación de actividades preventivas en supuestos de concurrencia empresarial en un mismo centro de trabajo, el apartado tercero del citado artículo se refiere a supuestos en los que dicha concurrencia es debida a la existencia de relaciones de subcontratación entre las empresas.

La «contrata» se refiere a la práctica mercantil de organización productiva en virtud de la cual un empresario encarga a otro la realización de una obra o servicio. La subcontrata constituiría un nivel sucesivo en el proceso descentralizador, en la que la contrata la suscribe como empresario principal un contratista.⁵

2. El segundo elemento que ha de concurrir para que sea exigible el deber de vigilancia al empresario principal es que la contrata sea de su propia actividad. Lo que haya de entenderse como «propia actividad» ha sido objeto de polémica doctrinal y jurisprudencial si bien ya hay doctrina unificada sobre el particular. Tal y como señala la STS de 29 de octubre de 1998⁶ «dos teorías doctrinales han procurado precisar el alcance de este concepto jurídico indeterminado que es la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal. La primera de ellas es la teoría del ciclo productivo, de acuerdo con la cual el circun-

⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *op. cit.*, pág. 75.

⁶ RJ 1998/9049.

lo de la propia actividad de una empresa queda delimitado por las operaciones o labores que son inherentes a la producción de los bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado. Una segunda posición sobre el alcance de las responsabilidades establecidas en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET) es la teoría que podemos llamar de las actividades indispensables, que dilata el alcance de aquellas a todas las labores, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones. La más reciente doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo se ha inclinado por la primera de estas dos tesis, excluyendo del ámbito de la propia actividad de la empresa principal a las actividades complementarias inespecíficas,....».

3. Para que surja el deber de vigilancia de la empresa principal es necesario, por último, que la contrata o subcontrata se desarrolle en el centro de trabajo de aquella. Repárese en el hecho de que la obligación de vigilancia se impone al empresario principal aunque este no tenga trabajadores en el centro de trabajo en el que los trabajadores de la contrata o subcontrata están desarrollando su trabajo.⁷

Se planteó antes del desarrollo reglamentario del artículo 24 de la LPRL qué debía entenderse por «centro de trabajo» ya que el citado precepto no contenía una definición del mismo. La doctrina rechazó colmar esta laguna normativa acudiendo al concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del ET⁸ basándose en razones sistemáticas («las normas internacionales y comunitarias de las que proviene el artículo 24 de la LPRL utilizan el más genérico concepto de "lugar de trabajo"»),⁹ en la inadecuación del concepto estatutario a los fines preventivos que el artículo 24 de la LPRL persigue¹⁰ y en la anterior doctrina jurisprudencial.¹¹ Se optaba, por tanto, por un concepto amplio de centro de trabajo, entendido como cualquier espacio físico en el que se realiza el trabajo.

Este concepto amplio de centro de trabajo fue acogido por una jurisprudencia –la STS de 26 de mayo de 2005¹² señala que «la doctrina científica y la jurisprudencia (...) vienen enten-

⁷ Así, la STS de 26 de mayo de 2005 –RJ 2005/9702– impone solidariamente el recargo de prestaciones a la contratista principal que subcontrata una obra perteneciente a su propia actividad aun cuando en el centro de trabajo en el que el trabajador de la subcontratista sufre el accidente no hubiese trabajadores de la contratista. En el mismo sentido, la STSJ de Canarias de 29 de octubre de 2008 (AS 2009/183). En cuanto a la responsabilidad civil y en este mismo sentido: SSTSJ de Cataluña de 29 de febrero (AS 2001/759) y de 19 de julio de 2001 (AS 2001/3749).

⁸ El artículo 1.5 del ET considera centro de trabajo a «la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral».

⁹ GOERLICH PESET, J.M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral* (I), 1997, pág. 128. En este sentido también MIÑARRO YANINI, M.: *op. cit.*, pág. 91. El artículo 3 c) del Convenio OIT núm. 155 establece que el «lugar de trabajo» abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o donde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador.

¹⁰ GOERLICH PESET, J.M.: *op. cit.*, pág. 128; MIÑARRO YANINI, M.: *op. cit.*, pág. 91.

¹¹ GOERLICH PESET destaca la STS u.d. de 18 de abril de 1992 (RJ 1992/4849) que equipara a la idea de centro de trabajo el lugar de ubicación de la línea eléctrica en el que el trabajador de una empresa contratista operaba y esto porque aunque estas líneas se encuentren en el campo y al aire libre «son sin duda instalaciones propias de la empresa (comitente), estando esta obligada a cuidar de su adecuada conservación y buen estado, a fin de evitar cualesquiera daños o accidentes que los deterioros o desperfectos de las mismas pudieran ocasionar», por lo que se hace responsable solidaria a la empresa principal del recargo de prestaciones por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador de la contrata. No obstante, el propio autor destaca que la «posterior doctrina de duplicación no viene acomodándose siempre a esta concepción material del centro de trabajo»: véase cita jurisprudencial en GOERLICH PESET, J.M.: *op. cit.*, pág. 129, nota 10.

¹² RJ 2005/9702.

diendo que el estricto concepto de centro de trabajo previsto en el artículo 1.5 del ET no resulta aplicable a los efectos previstos en las normas ahora examinadas, sino que la referencia legal equivale más bien a la expresión "lugar de trabajo"— que, tal y como señalan las SSTS de 11 de mayo de 2005¹³ y de 10 de diciembre de 2007,¹⁴ ha sido ratificada normativamente por el artículo 2 a) del RDCA al definir esta norma reglamentaria el centro de trabajo como «cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo».

2.2. Concretas responsabilidades alcanzadas por la solidaridad

El hecho de que la responsabilidad solidaria que estamos analizando se recoja en un texto normativo dedicado a la regulación del régimen sancionador administrativo plantea la duda acerca de si dicho régimen específico de responsabilidad se extiende exclusivamente a la responsabilidad administrativa o si, por el contrario, alcanza a responsabilidades de otra naturaleza. Excluida la responsabilidad penal, en tanto que responsabilidad personal, del ámbito de aplicación del artículo 42.3 del TRLISOS, la duda se refiere a si el arrastre de responsabilidad afecta a la responsabilidad por recargo de prestaciones y a la responsabilidad civil por daños.

a) La responsabilidad administrativa

Es claro, tanto por la ubicación sistemática del precepto como por la referencia literal a la «infracción» que hace el artículo 42.3 del TRLISOS, que la solidaridad alcanza a la responsabilidad administrativa¹⁵ y así lo vienen reconociendo nuestros Tribunales que, en aplicación de este precepto, imponen la sanción administrativa a la empresa contratista por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales y declaran la responsabilidad solidaria de la empresa principal.¹⁶

Nos encontramos, por tanto, ante una especificación en el ámbito laboral de lo previsto en el artículo 130.3.II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) que establece que serán «responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regíme-

¹³ RJ 2005/6026.

¹⁴ RJ 2008/200.

¹⁵ VALVERDE ASENSIO, A.J.: *La responsabilidad administrativa laboral en los supuestos de pluralidad de empresarios*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pág. 106. La doctrina es unánime al entender que la responsabilidad solidaria del empresario principal alcanza a la responsabilidad administrativa. Por todos, GOERLICH PESET, J.M.: *op. cit.*, pág. 150; MIÑARRO YANINI, M.: *op. cit.*, pág. 106; SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid: Civitas, 2001, pág. 345.

¹⁶ Por todas, STSJ de Canarias 17 de noviembre de 2001 (JUR 2001/109727); STSJ de Andalucía de 19 de febrero de 2001 (JUR 2001/85884); STSJ de Murcia de 4 de julio de 2003 (JUR 2003/234609); STSJ de Navarra de 2 de julio de 2004 (JUR 2004/275571); SSTSJ de Madrid de 3 de junio de 2005 (JUR 2005/166210) y de 7 de julio de 2006 (RJCA 2007/159); STSJ del Principado de Asturias de 31 de enero de 2006 (JUR 2006/100086); STSJ de Castilla y León de 28 de noviembre de 2008 (JUR 2009/3290); STSJ de Cantabria de 1 de diciembre de 2008 (JUR 2009/103570).

nes sancionadores». En virtud de su deber de vigilancia (establecido en el art. 24.3 LPRL), el empresario principal asume la posición de «garante»¹⁷ que ha de prevenir las infracciones administrativas en materia preventiva que puedan cometer contratistas y subcontratistas y responde solidariamente con estos en caso de cometerse aquellas.

Consecuencia de lo anterior es que la responsabilidad solidaria del empresario principal solo se dará en el caso de que exista una previa infracción administrativa del contratista o subcontratista¹⁸ al cual habrá de sancionarse necesariamente junto con el empresario principal. Como establece la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2003,¹⁹ «para extender la responsabilidad solidaria al empresario principal por los incumplimientos de los subcontratistas, es preciso que haya un responsable directo, que es ese subcontratista que incumple las obligaciones que le conciernen en materia de prevención de riesgos, y solo así es posible imputar la responsabilidad solidaria al principal...», por lo que solo puede haber responsable solidario si hay responsable principal, no siendo posible considerar responsable único y directo al empresario principal por los incumplimientos de contratistas y subcontratistas ya que la solidaridad de la empresa principal «pasa necesaria y previamente por la declaración del subcontratista como responsable directo».

Por tanto, la infracción de la empresa contratista motivará el levantamiento de un acta de infracción en la cual se impondrá una sanción por aquella de la que se hará responsable solidario a la empresa principal que incumplió su deber de vigilancia. No compartimos la interpretación que hacen algunas resoluciones judiciales que niegan la existencia de una responsabilidad solidaria de la empresa principal por las infracciones en materia preventiva que cometan las contratistas y mantienen que a través del artículo 42.3 del TRLISOS se establece la responsabilidad directa de empresa principal y contratista por sus respectivas infracciones. Un ejemplo de esta doctrina judicial lo encontramos en la STSJ de Navarra de 21 de noviembre de 2002²⁰ que mantiene que el artículo 42.2 de la LPRL (hoy art. 42.3 TRLISOS) autoriza a entender «autor de una infracción a la empresa principal por omisión del deber de vigilancia sobre la subcontratada, en cuanto que una infracción por parte de estas comporta otra infracción por parte de aquella por omisión de la obligación que le impone el artículo 24.3 de vigilar el cumplimiento por los subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. Estaríamos ante una infracción con dos autores responsables o, más propiamente, dos infracciones con dos autores. Lo que en nuestro ordenamiento punitivo,

¹⁷ NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*; Madrid: Tecnos, 2005, pág. 434, hace referencia a esta figura al analizar el artículo 130.3.II de la LRJAP y establecer que en este precepto se describen dos obligaciones: «1.ª Una obligación principal cuyo cumplimiento corresponde a una persona: si lo que realmente sucede es el incumplimiento, se comete una infracción, cuya autoría corresponde a tal persona...; 2.ª Un deber anejo (el de prevenir la infracción administrativa contra la obligación principal) impuesto al garante, que va a resultar responsable, solidario o subsidiario, en caso de que la infracción tenga lugar». En el ámbito de la seguridad y salud podemos decir que la obligación principal es la de cumplir con la normativa de prevención de riesgos laborales que se impone a contratistas y subcontratistas respecto a sus propios trabajadores mientras que el «deber anejo» viene identificado por el deber de vigilancia que el artículo 24.3 de la LPRL impone al empresario principal, respondiendo este último en virtud del artículo 42.3 del TRLISOS de manera solidaria en caso de que las empresas con las que ha contratado o subcontratado infrinjan aquella normativa.

¹⁸ Nótese que el incumplimiento del empresario principal de su deber de vigilancia no podrá ser sancionado si no va acompañado de una infracción administrativa del contratista o subcontratista toda vez que el TRLISOS no recoge una infracción administrativa independiente para sancionar dicho incumplimiento.

¹⁹ JUR 2004/252561.

²⁰ JUR 2003/19632.

penal o administrativo, no cabe es que haya un solo autor y dos responsables pues lo impide el fundamental principio de personalidad de la sanción conforme al cual nadie puede ser sancionado por actos ajenos (...). Dicho de otra forma: lo que el artículo 42.2 (...) contempla es la posibilidad de que haya dos autores-responsables del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley, en cuyo caso procederá la imposición de dos sanciones, una a cada uno de los autores».²¹

No compartimos esta última afirmación de la resolución judicial ya que, aunque es cierto que para aplicar el artículo 42.3 del TRLISOS es necesario que existan dos incumplimientos con dos autores –la inobservancia por parte del contratista de alguna medida de seguridad y salud y el incumplimiento de la principal de su deber de vigilancia–, lo que se sanciona es la infracción de la contratista mediante la imposición de la multa que corresponda según la calificación y graduación de dicha infracción, sirviendo el incumplimiento de la empresa principal de la obligación prevista en el artículo 24.3 del LPRL de fundamento para extenderle la responsabilidad por la infracción de su contratista de manera solidaria, sin que dicha extensión suponga, como veremos posteriormente, responder por actos ajenos en tanto se basa en un incumplimiento propio tal y como exige la doctrina constitucional fijada en STC 76/1990 de 26 de abril.

La responsabilidad directa de la empresa principal a la que se refiere la citada STSJ de Navarra de 21 de noviembre de 2002 era posible conforme al derogado artículo 40 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) que, en su párrafo segundo, preveía que los «empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del incumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el periodo de la vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista». Mediante este precepto, tal y como destacó FERNÁNDEZ MARCOS,²² a la obligación de seguridad que la empresa principal tiene respecto a sus trabajadores se le añadía un deber de seguridad respecto a los trabajadores del contratista o subcontratista, excediendo de esta forma dicho deber del ámbito de las relaciones laborales. Díez GARCÍA DE LA BORBOLLA destacó el indudable sentido social de esta norma que «trata de garantizar, reforzándolo, el derecho de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas a la protección eficaz que en materia de seguridad e higiene establece el artículo 19 del ET (...) atribuyendo al empresario principal el deber de cumplir con las normas de seguridad en el trabajo imponiéndole una responsabilidad».²³ Esta responsabilidad se configura, por tanto, como una responsabilidad *directa o de primer grado*²⁴ del empresario principal que deberá responder por sus incumplimientos en materia de seguridad e higiene aunque estos afecten a trabajadores de la empresa contratista.

Esta obligación del empresario principal de garantizar no solo la responsabilidad de su propio personal sino también la de los trabajadores que la empresa contratista emplee en su centro de traba-

²¹ En el mismo sentido: STSJ de Navarra de 20 de diciembre de 2002 (RJCA 2003/72) y STSJ del País Vasco de 9 de marzo de 2007 (JUR 2007/137414).

²² FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Responsabilidad del empresario principal respecto de contratistas y subcontratistas en materia de seguridad e higiene en el trabajo (el art. 40 de la Ley 8/1988)», *Actualidad Laboral* (I), 1992, pág. 4.

²³ Díez GARCÍA DE LA BORBOLLA, L.: «Responsabilidad de la empresa principal en el caso de contratación o subcontratación de obras o servicios en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Consideraciones sobre el proyecto de ley de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral* (I), 1995, pág. 522.

²⁴ Díez GARCÍA DE LA BORBOLLA, L.: *op. cit.*, pág. 524; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Responsabilidad del empresario...», *op. cit.*, pág. 4.

jo no suponía, desde luego, relevar al contratista de cumplir las obligaciones que en materia preventiva le corresponden respecto a sus propios trabajadores.²⁵

La doctrina jurisprudencial se pronunció en los mismos términos que la científica al caracterizar la responsabilidad prevista en el artículo 40 de la LISOS. La STS de 10 de diciembre de 2001,²⁶ entiende que la citada norma establece en su párrafo segundo una responsabilidad directa del empresario principal que es compatible «con la responsabilidad en que haya podido incurrir el contratista o subcontratista del cual dependen directamente los trabajadores».²⁷ Encuentra el Tribunal Supremo el fundamento de esta responsabilidad directa en el hecho de que la «presencia de los trabajadores pertenecientes al contratista o subcontratista en el centro de trabajo de la empresa principal vincula a ambos al cumplimiento de las normas de seguridad e higiene. Debe velarse por dicho cumplimiento tanto desde la perspectiva de la organización del centro, que incumbe a la primera, como desde la perspectiva de la dirección de la actividad de los trabajadores, que corresponde al contratista o subcontratista», aceptándose que tal y como se declara en la sentencia impugnada, «es admisible que al lado de las concretas obligaciones que corresponde a la contratista se establezcan otras más generales para el empresario principal, pues los trabajadores de la contratista desarrollan su prestación laboral en instalaciones que no pertenecen a la empresa a la que están vinculados y la empresa contratista no va a poder cumplir con todas las obligaciones en la materia al no controlar el centro de trabajo, por lo que surge una responsabilidad que no es ni subsidiaria ni solidaria, sino directa, de primer grado, propia del empresario principal, distinta de la que corresponde al contratista, en el sentido de que no se ve sustituido por aquel en la responsabilidad derivada de las obligaciones que como empresario le incumben respecto a sus propios trabajadores».²⁸

Se ha querido recordar el régimen de responsabilidades que regía al amparo de la LISOS porque, como vemos, sí era posible a tenor de dicha normativa hablar –como hace ahora respecto al art. 42.2 LPRL, a nuestro entender de manera equivocada, la STSJ de Navarra de 21 de noviembre de 2002– de dos autores-responsables del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley, en cuyo caso procedía la imposición de dos sanciones, una a cada uno de los autores. En este sentido, la citada STS de 10 de diciembre de 2001²⁹ establecía que el «carácter directo de la responsabilidad del empresario principal en relación con la del subcontratista (...) determina que sean distintas las circunstancias con arreglo a las cuales se produce y debe valorarse el incumplimiento de uno y otro, por lo que dicha diferenciación justifica que puedan imponerse distintas sanciones sin infringir el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución».

Ahora bien, este régimen de responsabilidades previsto en el artículo 40 de la LISOS fue derogado por el artículo 42.2 de la LPRL que, volviendo al régimen previsto por el artículo 153 de la Orden de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo

²⁵ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Responsabilidad del empresario...», *op. cit.*, pág. 5.

²⁶ RJ 2002/238.

²⁷ En los mismos términos ya se había pronunciado la STS de 23 de julio de 2001 (RJ 2001/6782).

²⁸ También niega esta sentencia el carácter objetivo de la responsabilidad del artículo 40.II de la LISOS ya que al vincularse la misma a la obligación que se le impone de velar por las normas de seguridad e higiene en sus propios centros y en la actividad que le es propia, «se da por supuesto el principio de culpabilidad, en la medida en que se relaciona la responsabilidad de la empresa con requisitos demostrativos del incumplimiento negligente o intencional de dichas normas».

²⁹ RJ 2002/238.

(OGSHT), optó por imponer la responsabilidad solidaria a la empresa principal por incumplimientos de sus contratistas. Esta reforma normativa fue criticada por un sector de la doctrina por entender que el nuevo régimen establecido por la ley prevencionista implicaba un auténtico retroceso desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales en relación con el artículo 40 de la LISOS, tanto por la mayor claridad que desde el punto de vista jurídico ofrecía este último,³⁰ como por suponer la responsabilidad solidaria un tratamiento más benigno al empresario principal. Si bien, como veremos, compartimos la primera crítica, no ocurre lo mismo respecto de la segunda ya que, si lo que se perseguía mediante el artículo 40 de la LISOS era implicar al empresario principal en el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud respecto a los trabajadores de la empresa contratista en tanto que esta última «no puede cumplir todas las obligaciones en la materia, al no controlar, por no pertenecerle, el espacio físico o medio de trabajo, que debe reunir, por imperativo legal, las adecuadas condiciones de seguridad e higiene»,³¹ entendemos que esto se consigue en la LPRL a través de las obligaciones que el artículo 24.2 del citado texto normativo impone al empresario titular del centro de trabajo para el caso de que en el mismo realicen su actividad laboral trabajadores de diferentes empresas que concurren en dicho centro y cuyo incumplimiento será constitutivo de las infracciones previstas en el artículo 12.14 o 13.8 a) del TRLISOS dependiendo del tipo de actividad en el que se produzca la infracción.³² Nótese además que esta obligación surge aun cuando las empresas concurrentes no realicen obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario titular del centro de trabajo por lo que esta regulación, lejos de suponer un retroceso desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, supone un claro avance en orden a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de la empresa contratista en cuanto las obligaciones preventivas de la empresa principal se imponen con independencia de que la actividad de la contratista coincida con la del empresario titular del centro de trabajo que, en todo caso, deberá velar por el cumplimiento de las medidas preventivas que afecten a riesgos propios del lugar de trabajo (relativos a instalaciones, maquinaria, productos utilizados,...), configurándose de esta forma (tal y como ocurría a través del art. 40 LISOS) como un deudor de seguridad de los trabajadores de las empresas que concurren en su centro de trabajo aunque no tenga con ellos una relación laboral.³³

³⁰ DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L.: *op. cit.*, pág. 534.

³¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Responsabilidad del empresario...», *op. cit.*, pág. 4.

³² Aunque el artículo 24.2 de la LPRL se refiere a la obligación de informar e instruir a las empresas concurrentes acerca de los riesgos existentes en el centro de trabajo y de las medidas preventivas adoptadas para combatirlos, es claro que el cumplimiento de estas obligaciones exige que previamente se hayan evaluado los riesgos propios del centro de trabajo y se hayan adoptado las medidas preventivas oportunas por lo que la inobservancia empresarial de estas actuaciones supone necesariamente que se incumplirán las obligaciones preventivas del artículo 24.2 de la LPRL y serán obviamente sancionables a través de los citados tipos infractores. En este sentido, la STSJ de Extremadura de 8 de marzo de 2005 (JUR 2005/90294) sanciona a la empresa titular de un centro de trabajo por incumplimiento del artículo 24.2 de la LPRL ya que «no comprobó que las labores que iba a realizar la entidad subcontratada se podían realizar de manera segura, puesto que omitió cualquier evaluación, *adopción de medidas de seguridad* e información a la empresa subcontratada sobre los riesgos existentes en el interior del edificio» (la cursiva es nuestra). También deduce del artículo 24.2 de la LPRL la obligación de la empresa titular del centro de trabajo de adoptar las medidas preventivas –sobre las que después se deberá informar a las empresas concurrentes– relativas a los riesgos propios del lugar de trabajo la STS de 3 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8893) que sanciona a la empresa titular por (entre otras infracciones) infracción de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la LPRL ya que, en virtud de dicho precepto, le era exigible a aquella «el conocimiento tanto de las normas jurídicas y técnicas que *le obligaban a establecer el mecanismo automático de seguridad* y el riesgo que su omisión comportaba, como del deber de informar a las empresas que desarrollaban sus actividades en el centro de trabajo de que era titular de los riesgos y medidas de prevención y emergencia» (la cursiva es nuestra).

³³ En este sentido, FERNÁNDEZ DOCAMPO señala que no puede concluirse que el sistema punitivo instaurado por la LPRL sea más benévolo que el contenido en el artículo 40 de la LISOS pues ha de tenerse en cuenta el conjunto de responsabilidades que se derivan de las obligaciones previstas en el artículo 24 de la LPRL y de las infracciones que tipifica los

En definitiva, a partir de la LPRL se establece un régimen de responsabilidad solidaria de la empresa principal que posteriormente es recogido en el artículo 42.3 del TRLISOS y que supone, como se ha dicho, que los incumplimientos en materia preventiva de los contratistas darán lugar al levantamiento de un acta de infracción en la que se impondrá la sanción correspondiente y se declarará responsable solidario a la empresa principal siempre que esta última no haya observado su deber de vigilancia, sin que dicho incumplimiento pueda motivar la sanción autónoma de esta última empresa.

Por último, destacar que el hecho de que sea esta la interpretación que entendemos correcta del régimen de responsabilidad solidaria a tenor de lo previsto normativamente no implica que la valoremos positivamente desde un punto de vista de política preventiva, como se verá posteriormente.

b) *El recargo de prestaciones*

Debemos ahora determinar si la responsabilidad solidaria recogida en el artículo 42.3 del TRLISOS alcanza al recargo de prestaciones.

Inicialmente los Tribunales –siguiendo lo que la doctrina científica ha denominado una «tesis contractualista»–, con ocasión de la aplicación del artículo 93 de la LGSS de 1974 (actual art. 123 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS–), negaron la posibilidad de imputar solidariamente la responsabilidad por el recargo de prestaciones a la empresa principal, argumentando que el único personalmente obligado a cumplir las medidas preventivas es el empresario del trabajador –pues solo este tendría contraída la deuda de seguridad–, por lo que el empresario principal no podría ser, en ningún caso, el «empresario infractor» al que se refiere el citado precepto en su apartado segundo:³⁴ entre otras, SSTCT de 17 de junio de 1986, de 20 de mayo de 1986 y de 1 de marzo de 1988; STSJ de Cataluña, de 14 de marzo de 1991;³⁵ STSJ de Aragón, de 1 de julio de 1992.³⁶

Posteriormente, el Tribunal Supremo, en sentencia unificadora sobre esta cuestión (STS de 18 de abril de 1992),³⁷ acepta la imposición solidaria del recargo a la empresa principal en un supuesto de contrata correspondiente a la propia actividad de aquella. Ahora bien, tal y como ha señalado la doctrina,³⁸ la *ratio decidendi* de esta sentencia no se encuentra tanto en las normas que establecen expresamente esta responsabilidad solidaria (la STS cita el art. 42.2 ET entendiendo que el pago de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo están «claramente comprendidas en el ámbito de

incumplimientos de las mismas el artículo 24 de la LPRL: FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B.: «Responsabilidad administrativa del empresario principal en materia de seguridad y salud en el trabajo (Comentario a la STS, Sala 3.ª, de 10 de diciembre de 2001)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 113, 2002, págs. 748-750.

³⁴ Como señala DÍEZ GARCÍA DE LA BORBOLLA, L.: *op. cit.*, pág. 518, esta línea judicial suponía ignorar la existencia o vigencia del artículo 153.2 de la OGSHT, que establecía que «la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone la ordenanza respecto de los trabajadores que aquellos ocupen en el centro de trabajo de la empresa principal».

³⁵ AS 1991/2074.

³⁶ AS 1992/3892.

³⁷ RJ 1992/4849.

³⁸ GOERLICH PESET, J.M.: *op. cit.*, pág. 141.

protección de la Seguridad Social», y el art. 153 OGSHT, afirmando que en esta materia «no existe contradicción o enfrentamiento»³⁹ sino «proximidad y coincidencia» entre este precepto y el art. 42.2 ET) sino más bien en una laxa interpretación de la noción de «empresario infractor» utilizada por el artículo 123.2 de la LGSS. Señala la sentencia que «en los casos de contrata y subcontratas de obras o servicios, aunque es indiscutible que los empleados de la empresa contratista o subcontratista mantienen su vínculo laboral exclusivamente con esta, no puede olvidarse que en muchas ocasiones desarrollan su trabajo bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de esta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella...», por lo que «es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por este. Por ello en estos casos, la determinación o aplicación del concepto de «empresario infractor» se complica sobremanera, surgiendo siempre en cada supuesto la interrogante de si alcanza solo al empresario directo o propio, o solo al principal, o a ambos a la vez».

Así, posteriores sentencias del Tribunal Supremo declararán la responsabilidad solidaria del empresario principal en supuestos de contrata que no son de su propia actividad entendiendo que aunque en la STS de 18 de abril de 1992 se refiere a un caso claro de contrata para una obra o servicio correspondiente a la propia actividad, «lo decisivo no es tanto esta calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad».⁴⁰

Por tanto, tal y como destaca la STSJ de Murcia de 20 de octubre de 2008,⁴¹ resulta «irrelevante, a los efectos de establecer la responsabilidad por recargo de prestaciones, el que las dos empresas subcontratistas (...), se dediquen o no a la misma actividad que la empresa contratista principal hoy demandante, sino si esta tiene o no la condición de empresario infractor y si su infracción se encuentra situada en la línea causal del accidente producido». De lo anterior se deriva –continúa diciendo la citada resolución– que en los supuestos de descentralización, «se trata de determinar qué empresarios incumplieron sus obligaciones preventivas, siempre y cuando dicho incumplimiento esté en la cadena causal del accidente, de forma que han de ser declarados responsables solidarios del recargo todos los empresarios a los que sea imputable un incumplimiento que se encuentre en dicha cadena causal y no aquellos otros a los que tal tipo de incumplimiento no sea imputable».⁴²

³⁹ Por el contrario, la STS de 5 de febrero de 1992 (RJ 1992/886) había entendido que el artículo 153 de la OGSHT había sido derogado «por la disposición final tercera del ET, al disponer esta que quedan derogadas todas las disposiciones que se opondan a la presente ley, pues estableciendo la Ley 8/1980, de 10 de marzo, en su artículo 42 una nueva regulación de los supuestos de responsabilidad en casos de contrata y subcontratas de obras o servicios (...), se impone la conclusión de que el precitado artículo 153, párrafo 2.º, de la Ordenanza de 1971 quedó derogado en cuanto el mismo extiende la responsabilidad solidaria a la empresa principal más allá de los límites permitidos en el artículo 42 del Estatuto...».

⁴⁰ STS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9320). Esta doctrina es reiterada por la STS de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999/4705) que destaca que «aunque la Sentencia de 18 de abril de 1992 se refiere a un supuesto en el que había coincidencia entre la actividad contratada y la propia de la empresa principal y se cita por ello el artículo 42 del ET, la decisión de esta sentencia no se funda de forma decisiva en este dato sino en una interpretación del artículo 93 de la LGSS sobre la noción de empresario infractor...». También asume esta doctrina la STS de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008/5092) aunque exonera de responsabilidad a la empresa principal por entender que no procede considerar al empresario principal como infractor.

⁴¹ AS 2008/2932.

⁴² En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2008 (AS 2009/550).

Esta doctrina está siendo manejada por los Tribunales para imponer de manera solidaria el recargo de prestaciones, sin necesidad de aplicar el régimen previsto en el artículo 42.3 del TRLISOS, a las empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo cuando incumplen el deber de coordinación que para las mismas prevén los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la LPRL.⁴³ SSTSJ del País Vasco de 26 de junio de 2001⁴⁴ y de 16 de mayo de 2006;⁴⁵ STSJ del Principado de Asturias de 5 de diciembre de 2003;⁴⁶ SSTSJ de Castilla y León de 29 de diciembre de 2003⁴⁷ y de 4 de julio de 2007;⁴⁸ STSJ de Aragón, de 27 de mayo de 2004;⁴⁹ STSJ de Andalucía de 14 de enero de 2010;⁵⁰ STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2008.⁵¹

Siguiendo esta doctrina, podemos concluir que aun en el caso de entender que la responsabilidad por el recargo de prestaciones no tiene encaje en el artículo 42.3 del TRLISOS sería posible extender solidariamente la responsabilidad al empresario principal en contrata referidas a su propia actividad cuando este incumpla su deber de vigilancia recogido en el artículo 24.3 de la LPRL. Como destaca MIÑARRO YANINI, en las contrata que correspondan a la propia actividad de la empresa principal, «el extenso deber de vigilancia que impone al principal el artículo 24.3 de la LPRL ha reforzado su condición de empresario infractor»⁵² ya que en el caso de que la empresa principal contrate obras o servicios que no sean de su propia actividad, únicamente se le podrá hacer responder solidariamente a aquella por el recargo de prestaciones en el caso de que le sea imputable una infracción de la normativa preventiva que haya contribuido a desencadenar el siniestro pero en ningún caso responderá cuando las deficiencias en materia de seguridad se deban exclusivamente a un incumplimiento de la

⁴³ Las obligaciones que impone el artículo 24 de la LPRL también han servido a la jurisprudencia para imputar la responsabilidad solidaria a la empresa contratista (empleadora del trabajador accidentado) cuando esta ha pretendido eludir la responsabilidad por recargo sosteniendo que no puede ser el «empresario infractor» al que se refiere el artículo 123 de la LGSS por no serle imputable el incumplimiento que ha causado el accidente, debiendo responder exclusivamente la empresa principal. Como destaca la STSJ del Principado de Asturias de 5 de diciembre de 2003 (AS 2004/918) de aceptar lo anterior, parecería que las obligaciones preventivas «cesan en el momento en que el empleado es destinado a un centro de trabajo de otra empresa, siendo esta última a partir de entonces la encargada de garantizar la protección frente a los riesgos del trabajo. Desentenderse así de los propios trabajadores no es, desde luego, una conducta permitida en nuestro sistema jurídico de prevención de riesgos laborales, que, como regla general, atribuye directamente al empleador el deber de protección en todos los aspectos relacionados con el trabajo, incluso cuando los trabajadores se encuentran destinados en centros de trabajo de otras empresas (...). La satisfacción de ese deber (...) le ordenaba tomar constancia, por haber colaborado en su establecimiento, de la existencia de coordinación entre los trabajadores de las diversas empresas». La STSJ de Castilla y León de 29 de diciembre de 2003 (AS 2004/377) también invoca las obligaciones preventivas recogidas en el artículo 24 de la LPRL para declarar la responsabilidad solidaria de la empresa principal y contratista en el pago de recargo de prestaciones y rechazar el recurso de la empresa contratista (empleadora del trabajador accidentado) porque aunque el accidente ocurre en la obra de la empresa principal y con maquinaria suministrada por la misma, se debe tener en cuenta que el artículo 24 de la LPRL «establece la obligación de la empresa principal y la contratista de coordinar las medidas de seguridad a adoptar, por lo que la recurrente debió requerir al empresario principal para que subsanase las deficiencias en los medios de trabajo puestos a disposición de sus trabajadores».

⁴⁴ AS 2001/4019.

⁴⁵ AS 2007/773.

⁴⁶ AS 2004/918.

⁴⁷ AS 2004/377.

⁴⁸ AS 2007/2709.

⁴⁹ AS 2004/2592.

⁵⁰ AS 2010/1257.

⁵¹ AS 2009/550.

⁵² MIÑARRO YANINI, M.: *op. cit.*, pág. 107.

empresa contratista o subcontratista –lo que, tras la entrada en vigor de la LPRL, parece más difícil dado las obligaciones preventivas de coordinación, información e instrucción que imponen a las empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo los dos primeros apartados del art. 24 LPRL–; pero si la contrata es de la propia actividad de la empresa principal, el deber de vigilancia de esta supondrá su implicación en los incumplimientos de contratistas y subcontratistas por lo que será posible calificarla de empresario infractor⁵³ y hacerle responder solidariamente del recargo.

Por tanto, el incumplimiento por parte de la empresa principal de su deber de vigilancia supondrá la calificación de esta como empresario infractor ya que ese deber de vigilancia «tiene cabida entre las medidas generales de seguridad e higiene en el trabajo que deben ser observadas por el empresario según dispone el artículo 123.1 de la LGSS...» (STSJ del País Vasco de 9 de abril de 2002).⁵⁴

En definitiva, la imputación de responsabilidad a la empresa principal se puede hacer siguiendo la doctrina jurisprudencial y judicial relativa a la noción de «empresario infractor» a la que se hizo referencia anteriormente y sin necesidad de acudir al régimen específico de responsabilidad que para la empresa principal se deriva del artículo 42.3 del TRLISOS.

Cuestión distinta es la de si puede entenderse que la responsabilidad solidaria del empresario principal prevista en el artículo 42.3 del TRLISOS se extiende al recargo de prestaciones. La respuesta afirmativa a la citada cuestión es la mantenida por la doctrina jurisprudencial (SSTS de 11⁵⁵ y 26 de mayo de 2005)⁵⁶ y judicial (entre otras muchas, STSJ de Aragón de 18 de julio de 2005;⁵⁷ SSTSJ de Cataluña de 14⁵⁸ y de 17 de noviembre de 2006;⁵⁹ SSTSJ de Cantabria de 18 de junio⁶⁰ y de 29 de diciembre de 2007; SSTSJ de Andalucía de 19 de abril de 2007,⁶¹ 26 de marzo de 2008⁶² y de 19 de marzo de 2009;⁶³ SSTSJ de Valencia de 5 de junio de 2008⁶⁴ y de 15 de enero de 2009;⁶⁵ STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 2009;⁶⁶ STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2009)⁶⁷ que al imponer solidariamente el recargo de prestaciones a la empresa principal aplican el artículo 42.3 del TRLISOS.

⁵³ El incumplimiento por parte de la empresa principal de su deber de vigilancia supondrá la calificación de esta como empresario infractor ya que ese deber de vigilancia «tiene cabida entre las medidas generales de seguridad e higiene en el trabajo que deben ser observadas por el empresario según dispone el artículo 123.1 de la LGSS...» (STSJ del País Vasco de 9 de abril de 2002: RTSS. CEF, núms. 233-234, 2002, págs. 248 y ss.).

⁵⁴ AS 2002/2012.

⁵⁵ RJ 2005/6026.

⁵⁶ RJ 2005/9702.

⁵⁷ JUR 2005/220766.

⁵⁸ AS 2007/1159.

⁵⁹ AS 2007/1062.

⁶⁰ AS 2007/2979.

⁶¹ AS 2007/3320.

⁶² AS 2008/2113.

⁶³ AS 2009/1570.

⁶⁴ AS 2008/1989.

⁶⁵ AS 2009/2724.

⁶⁶ AS 2009/2125.

⁶⁷ AS 2010/9.

c) La responsabilidad civil

Por último, y por lo que se refiere a la responsabilidad civil de carácter indemnizatorio, entendemos que, al igual que la responsabilidad administrativa y por recargo de prestaciones, se encuentra incluida en el ámbito de aplicación del artículo 42.3 del TRLISOS.⁶⁸

La extensión de la solidaridad a la responsabilidad indemnizatoria, cuya intención es la de facilitar al trabajador la obtención de la reparación del daño causado,⁶⁹ fue asumida por la doctrina jurisprudencial (STS de 22 de noviembre de 2002)⁷⁰ y judicial (entre otras, SSTSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2001⁷¹ y de 19 de julio de 2001⁷² y STSJ de Canarias de 10 de diciembre de 2004)⁷³ que aplicó los artículos 24.3 y 42.2 de la LPRL a la hora de imponer solidariamente la responsabilidad civil por daños a empresario principal y contratista.

No obstante, aun en el caso de entender que la responsabilidad civil no está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 42.3 del TRLISOS, también sería posible aplicar la técnica de la solidaridad para exigir la responsabilidad civil por daños ya que en el Derecho civil se admite que medie la solidaridad entre los causantes directos del hecho dañoso y los que contribuyeron al mismo por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.⁷⁴ En este último sentido, la STSJ del Principado de Asturias de 3 de octubre de 1997⁷⁵ condena solidariamente a la empresa principal y contratista al abono de la indemnización de daños y perjuicios y establece que «cuando queda acreditado que la conducta culposa conminada en la ley con la responsabilidad relativa al resarcimiento resulta imputable a varios sujetos, es el propio artículo 1.101 del Código Civil –siempre que los mismos actúen en cumplimiento de obligaciones que les vinculan con el acreedor afectado por el perjuicio– el que ya en principio prescribe una solidaridad derivada del hecho natural de la coautoría».

2.3. El empresario principal en el supuesto de cadenas de contratatas

Respecto a la responsabilidad solidaria que establece el artículo 42.3 del TRLISOS en los supuestos de cadenas de contratatas, la duda surge por la falta de correspondencia entre las redacciones del citado precepto y del artículo 24.3 de la LPRL, en tanto el precepto prevencionista impone el deber de vigilancia a «las empresas que contraten o subcontraten» (lo que supone que este deber se impone a cualquier empresa que intervenga en la cadena de contratatas y respecto a todas aquellas que le sucedan en la misma) mientras que el precepto del texto sancionador impone la responsabilidad solidaria a «la empresa principal».

⁶⁸ En este sentido, GOERLICH PESET, J.M.: *op. cit.*, pág. 150; SEMPERE NAVARRO, A.V., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: *op. cit.*, pág. 345.

⁶⁹ 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*, núm. 53, 2004, pág. 316.

⁷⁰ RJ 2003/510.

⁷¹ AS 2001/759.

⁷² AS 2001/2749.

⁷³ AS 2004/3920.

⁷⁴ LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratatas y subcontratatas*, Madrid: La Ley, 1999, pág. 347.

⁷⁵ AS 1997/3417.

Por tanto, el alcance de la responsabilidad solidaria vendrá determinado por lo que entendamos como «empresa principal». Un sector de la doctrina⁷⁶ ha mantenido que empresario principal es, únicamente, el comitente inicial por lo que solo él responderá solidariamente del incumplimiento de la normativa preventiva por parte de su contratista o de sucesivos subcontratistas, aunque con respecto a estos últimos no medie ningún tipo de relación jurídica (ya que la comitente inicial no ha intervenido en su contratación). Los autores que identifican empresario principal con comitente inicial lo hacen basándose en el hecho de que el precepto sancionador exige para imputar la responsabilidad solidaria a la empresa principal que la infracción de la normativa preventiva por parte de contratistas y subcontratistas se haya producido en el centro de trabajo de aquel.

En sede judicial, esta parece ser la postura de la STSJ de Andalucía de 19 de febrero de 2001⁷⁷ que, en un supuesto de cadena de tres contrata, estima acertada la interpretación de la Administración que decide sancionar solidariamente –aplicando el régimen normativo derivado de los arts. 24.3 y 42.2 LPRL– por infracción grave en materia preventiva a la comitente inicial y a la segunda subcontrata, eximiendo a la empresa con la que había subcontratado aquella –primera subcontrata–. Entiende la citada resolución que «el centro de trabajo tiene en esta materia una importancia decisiva, determinando las obligaciones concurrentes de los distintos empresarios, de tal manera que el titular de dicho centro (...), sigue teniendo obligaciones en relación con todos los trabajadores que en el mismo prestan sus servicios, aunque lo hagan para otro empresario (...), además de las que cada empresario tiene sobre los suyos...», por lo que la responsabilidad solidaria de la comitente inicial y de la empresa empleadora del trabajador accidentado –con la que aquella no había contratado– no es discutible. Sin embargo, decide exonerar a la empresa intermedia en la cadena de contratación –subcontrata de la empresa titular del centro y comitente de la empresa empleadora– por entender acreditado que no ha tenido protagonismo alguno en la infracción cometida, bien mediante la presencia de trabajadores suyos en el centro de trabajo, bien mediante la impartición de órdenes a la empresa empleadora sobre cómo desarrollar el trabajo. Repárese en que, para poder defender que la empresa intermedia en la cadena de contrata no ha tenido nada que ver en la comisión de la infracción –carencia en la obra de construcción de redes horizontales de seguridad que hubieran evitado la caída del trabajador fallecido–, es necesario interpretar que a dicha empresa no le es exigible la obligación del artículo 24.3 de la ley prevencionista, esto es, el deber de vigilancia sobre su subcontrata –empleadora–.

Frente a esta interpretación, otros autores, con los que nos alineamos, entienden que la condición de «empresario principal» la puede tener «no solo uno sino varios empresarios cuando hay un encadenamiento de contrata y subcontratas»⁷⁸ ya que el centro de trabajo en materia de seguridad y salud equivale «al medio de trabajo sobre el que razonablemente puede incidir el empresario... y la titularidad del así entendido centro es cualquier tipo de título jurídico que asigne a un determinado empresario una posición preeminente sobre los demás empresarios en el centro de trabajo» por lo que «no parece haber ningún inconveniente para imputar el deber de vigilancia y la subsiguiente

⁷⁶ GARCÍA NINET, J.I.: «Coordinación de actividades empresariales: relaciones interempresariales, descentralización productiva (Contratas y subcontratas) y prevención de riesgos laborales (II)», *Tribuna Social*, núm. 97, 1999, pág. 7; PÁRAMO MONTERO, P.: «En torno al artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: la problemática de la responsabilidad solidaria. Especial referencia a las obras de construcción», *Relaciones Laborales* (II), 1997, pág. 511. MIÑARRO YANINI, M., (*op. cit.*, pág. 107) aunque interpreta el artículo 42.3 del TRLISOS en este sentido, destaca que imputar la responsabilidad solidaria únicamente a la empresa principal es una «medida desafortunada, que determina la ineficacia del deber de vigilancia en los eslabones intermedios de la cadena de subcontratación, pues no existe ningún mecanismo para castigar su incumplimiento».

⁷⁷ JUR 2001/85884.

⁷⁸ LLANO SÁNCHEZ, M.: *op. cit.*, pág. 338.

responsabilidad solidaria a quien ocupe una posición intermedia en la cadena de contratas pues, con respecto a los que le siguen en ella, ocupa a su vez la posición de empresario principal».⁷⁹

Este criterio interpretativo es el seguido por la doctrina judicial que en supuestos de cadenas de contratas y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 24.3 de la LPRL y 42.3 del TRLISOS, impone solidariamente la responsabilidad derivada de incumplimientos en materia preventiva a la empresa principal, a la contratista y a la subcontratista de esta última que es la empleadora del trabajador accidentado: STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2006,⁸⁰ STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2006⁸¹ y STSJ de Galicia de 24 de febrero de 2010⁸² en cuanto a recargo de prestaciones; STSJ del Principado de Asturias de 12 de septiembre de 2006⁸³ en cuanto a la responsabilidad administrativa por infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

En apoyo de esta valoración del alcance de la responsabilidad solidaria que estamos tratando, es de destacar que en vía jurisprudencial, la STS de 9 de julio de 2002,⁸⁴ dictada en unificación de doctrina, dio respuesta al problema de la determinación de los sujetos responsables en los casos de encadenamiento de contratas al pronunciarse sobre el alcance subjetivo de las responsabilidades previstas en el artículo 42 del ET, y concluyó que la solidaridad alcanza a toda la cadena de contratistas y subcontratistas.

Esta doctrina sentada por la citada sentencia del Tribunal Supremo se ha de proyectar sobre el artículo 42.3 del TRLISOS toda vez que, tal y como señala la STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2006,⁸⁵ en la propia STS de 9 de julio de 2002 se destaca que la tesis interpretativa «de extender la responsabilidad a toda la cadena ascendente de contratistas de una misma obra, se acomoda al criterio de responsabilidad que establece la LPRL».

La interpretación que aquí se viene defendiendo parece también haberse asumido en vía normativa por el desarrollo reglamentario del artículo 24 de la LPRL, ya que el artículo 2 c) del RDCA define al empresario principal como aquel que «contrata o subcontrata con otros...», poniendo fin a la falta de correspondencia entre el precepto prevencionista y el artículo 42.3 del TRLISOS.

3. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA Y EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD; ALCANCE DEL DEBER DE VIGILANCIA

3.1. La responsabilidad solidaria y el principio de culpabilidad

Referida a los tres tipos de responsabilidad comentados anteriormente, la responsabilidad solidaria no puede exigirse de manera automática, una vez constatado el incumplimiento de la contra-

⁷⁹ GOERLICH PESET, J.M.: *op. cit.*, pág. 149.

⁸⁰ AS 2007/971.

⁸¹ AS 2007/1159.

⁸² AS 2010/1444.

⁸³ JUR 2006/269526.

⁸⁴ RJ 2002/10538.

⁸⁵ AS 2007/971.

tista, sino que, por el contrario, se exige la presencia del elemento culpabilístico en la conducta de la empresa principal motivadora del arrastre de responsabilidad.

Por lo que se refiere a la responsabilidad administrativa, el régimen de responsabilidad solidaria debe ser respetuoso con el principio de personalidad de la sanción, principio este que constituye un corolario del principio de culpabilidad y que «garantiza que únicamente puede exigirse responsabilidad "por los hechos propios" y en ningún caso por los "hechos de otro"». ⁸⁶

Por entender vulnerado el principio de culpabilidad, la jurisprudencia que interpretó el artículo 153 de la OGSHT negó la posibilidad de aplicar un régimen de responsabilidad solidaria en el ámbito sancionador en cuanto que este tipo de responsabilidad supone responder por actos ajenos. Así, la STS de 16 de febrero de 1990⁸⁷ entendió que la exigencia de culpabilidad en la infracción impide establecer supuestos de responsabilidad empresarial por una infracción al margen de la propia conducta personal que es lo que se hace si se interpreta que el artículo 153 de la OGSHT «establece una extensión de la infracción al empresario principal, por los incumplimientos del contratista». En esta misma línea interpretativa, la STS de 8 de octubre de 1998⁸⁸ establece que la responsabilidad solidaria «no puede penetrar en el ámbito del Derecho sancionador porque, de lo contrario, se derrumbaría el fundamento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde de sus propios actos, sin que quepa, con el fin de una más eficaz tutela de los intereses públicos, establecer responsabilidad alguna sancionable solidariamente por actos ajenos».

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

La recepción de esta doctrina constitucional en el ámbito sancionador en materia de prevención de riesgos laborales fue abordada por la STSJ de Cantabria 15 de junio de 2000⁸⁹ que confirma la sanción impuesta solidariamente a la empresa principal por infracciones de su contratista en aplicación del régimen sancionador previsto en el artículo 42.2 de la LPRL (hoy art. 42.3 TRLISOS). Tras señalar esta resolución judicial que el «problema más grave que plantea la aplicación de este precepto es el de la culpabilidad en la conducta del empresario sancionado», se destaca que «la exigencia de responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, es perfectamente ajustada a derecho, tal y como tuvo ocasión de establecer el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril». Entiende la citada sentencia que de «la referida doctrina constitucional se puede extraer la conclusión de que la responsabilidad solidaria establecida en la Ley de Prevención, debe verse modulada por el principio de culpabilidad, es decir, se hace necesaria la existencia de una conducta del empresario que suponga una intervención de los hechos que justifique su imputación, aun a título de dolo o culpa leve» y que, en los supuestos de contratas y subcontratas, esta intervención en los hechos vendrá dada porque la obligación del empresario principal «se extiende a la vigilancia del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales».

⁸⁶ NIETO GARCÍA, A.: *op. cit.*, pág. 380.

⁸⁷ RJ 1990/777.

⁸⁸ RJ 1998/8833.

⁸⁹ JUR 2000/43823.

Por tanto, la responsabilidad solidaria de la empresa principal no es ilimitada y absoluta sino que solo surgirá cuando esta haya incumplido el mandato que le destina el artículo 24.3 de la LPRL, tratándose, por tanto, de una «responsabilidad culposa por omisión en la vigilancia que tiene atribuida por la ley».⁹⁰

De esta forma, la configuración del deber de vigilancia como fundamento de la imposición de la responsabilidad solidaria evita transgredir la prohibición constitucional de hacer responsable en el ámbito punitivo a la empresa principal por los hechos de otro sin colaborar de algún modo en su producción.⁹¹

Así, la doctrina judicial que en la actualidad impone solidariamente las multas a la empresa principal por incumplimientos de sus contratistas destaca que la responsabilidad de la empresa comitente es por actos propios –por incumplimiento de su deber de vigilancia–, salvando de esta forma los reparos que en sede jurisprudencial se habían puesto a la aplicación del artículo 153 de la OGSHT. Un ejemplo de esta doctrina judicial lo encontramos en la STSJ del Principado de Asturias de 31 de enero de 2006⁹² que impone solidariamente la sanción económica por infracción del artículo 13.10 del TRLISOS a empresa principal y contratista, destacando que el hecho de que «nadie puede ser sancionado por hechos ajenos es algo evidente y que no se discute; es principio básico del derecho sancionador la responsabilidad por hechos propios. Pero es que en este caso no hay sanción por hechos ajenos sino por hechos propios. En lo que respecta a la empresa contratista⁹³ su infracción deriva de la falta de vigilancia en el cumplimiento por los subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 24.3) (...). Existe pues responsabilidad por hechos propios (infracción del art. 24.3 de la LPRL) siendo correcta también la responsabilidad solidaria en el pago de la sanción: artículo 42.2 de la LPRL; hoy artículo 42.3 de la LISOS en los mismos términos». Respecto a la jurisprudencia que rechazaba el régimen de solidaridad en el ámbito administrativo sancionador, defiende la citada resolución judicial su no aplicación en la actualidad ya que, «la misma parte de la declaración de que no cabe la sanción por hechos ajenos, declaración que comparte este voto particular pero que no es aplicable al presente caso en que se sanciona de manera solidaria por hechos propios».

La Administración deberá incoar el expediente sancionador a todos los eventuales responsables con el objeto de aclarar la responsabilidad de cada una de las empresas partícipes en la comisión de infracciones. En este sentido el artículo 53.1 d) del TRLISOS al regular el contenido de las actas de infracción prevé que en los supuestos en que exista posible responsable solidario, se hará constar en las mismas «tal circunstancia, la fundamentación jurídica de dicha responsabilidad y los mismos datos exigidos para el responsable principal» [en parecidos términos, el art. 14.1 a) RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos de imposición de sanciones por infracción de orden social y expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social].

Incoado el expediente a todos los sujetos responsables, no podrá decirse que «se declara responsable a un tercero de hechos u obligaciones cometidos por otras personas y una vez que se le ha

⁹⁰ PÁRAMO MONTERO, P.: «Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Relaciones Laborales* (II), 1999, pág. 231.

⁹¹ CASAS BAAMONDE, M.E.: «Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador», en CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (coords.), *Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, pág. 142.

⁹² JUR 2006/100086.

⁹³ Debe recordarse que en las obras de construcción el contratista tiene la consideración de empresario principal respecto a sus subcontratistas: disposición adicional primera del RDCA.

impuesto la sanción al responsable principal se declara responsable a tal tercero, sino que lo que realmente ocurre es que se declara una responsabilidad solidaria para los distintos obligados al cumplimiento de obligaciones laborales, habiéndose seguido el procedimiento conjuntamente contra todos ellos, que de esta forma han tenido la posibilidad de ejercitar los medios de defensa pertinentes».⁹⁴

En cuanto al recargo de prestaciones, como señala la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2008,⁹⁵ la finalidad sancionadora que este tiene respecto al empresario infractor supone que «la culpabilidad, base de dicha sanción, no puede extenderse a quien es del todo ajeno a la actuación productora del evento».

En este sentido y con la finalidad de resaltar que el empresario principal, al que se hace responsable solidario del recargo prestacional, responde por un incumplimiento propio que coadyuva al acaecimiento del accidente de trabajo, la doctrina judicial invoca, junto con la aplicación del artículo 42.3 del TRLISOS, la doctrina jurisprudencial del concepto de «empresario infractor» a la que se hizo referencia anteriormente y señala que la fundamentación del arrastre de responsabilidad se haya en el incumplimiento del deber de vigilancia (por todas, STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2009,⁹⁶ STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 2009).⁹⁷

Por último, por lo que se refiere al ámbito indemnizatorio, tal y como recuerda la STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2001,⁹⁸ «la responsabilidad del empresario principal no puede ser una responsabilidad objetiva, sino que en la producción del daño ha de intervenir algún principio de culpa o negligencia», y, del mismo modo que ocurre con las anteriores responsabilidades, será el incumplimiento del deber de vigilancia lo que revele el comportamiento negligente del comitente que permite la extensión de responsabilidad.

3.2. Alcance del deber de vigilancia

Ahora bien, con la fundamentación en el incumplimiento del deber de vigilancia de la imposición de la responsabilidad solidaria a la empresa principal se salva el respeto al principio de personalidad de la responsabilidad pero surge la duda acerca de cuál es el alcance del deber previsto en el artículo 24.3 de la LPRL. Para evitar caer en una responsabilidad objetiva o por actos de otro será necesario «aplicar totalmente el elemento subjetivo de la culpabilidad de la empresa principal».⁹⁹ Por tanto, una vez que la empresa contratista o subcontratista incumplen la normativa de seguridad y salud, la extensión de la responsabilidad solidaria a la empresa principal no se puede hacer de manera automática sino que habrá de exigirse «la presencia de una culpa aún mínima por parte del principal en su obligación de vigilancia del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral por parte del contratista».¹⁰⁰

⁹⁴ STSJ del Principado de Asturias de 31 de enero de 2006 (JUR 2006/100086).

⁹⁵ AS 2008/2113.

⁹⁶ AS 2010/9.

⁹⁷ AS 2009/2125.

⁹⁸ AS 2001/759.

⁹⁹ CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, Madrid: La Ley, 2001, pág. 281.

¹⁰⁰ CALVO GALLEGU, J.: «La responsabilidad administrativa en materia de seguridad y salud en el trabajo», *Temas Laborales*, núm. 50, 1999, pág. 219.

De la constatación de una infracción del contratista se derivará la presunción de que el empresario principal ha incumplido su deber de vigilancia (toda vez que este tiene por objeto evitar los incumplimientos de la normativa prevencionista por parte de su contratista) debiendo probar el empresario principal para exonerarse de la responsabilidad solidaria que desplegó toda la diligencia razonablemente exigible en el cumplimiento de su deber.

En este sentido, la STS de 11 de mayo de 2005 (RJ 2005/6026) mantiene que el deber de vigilancia no puede suponer que a la empresa comitente se le exija «un control máximo y continuado – que, ciertamente, podría hacer ineficaz esta modalidad productiva–, pero sí un control efectivo».

A la hora de determinar el ámbito del deber de vigilancia, esto es, las normas de seguridad y salud que, afectando al contratista o subcontratista, deben ser vigiladas por la empresa principal en orden a la observancia de este «control efectivo», debemos tener en cuenta que, según el RDCA, este deber da lugar a la realización de determinadas comprobaciones por parte del empresario principal. Así, en cumplimiento del artículo 10.2 del RDCA la empresa principal exigirá antes del inicio de la actividad en su centro de trabajo a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado para las obras y servicios contratados la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva y que han cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo.

También deberá el empresario principal «comprobar que las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas» (art. 10.3 RDCA).

Entendemos que este desarrollo reglamentario no agota el deber de vigilancia del empresario principal,¹⁰¹ que seguirá viniendo obligado a vigilar que los contratistas y subcontratistas cumplen efectivamente las medias preventivas que formalmente han establecido en su plan de prevención, de forma que el cumplimiento por parte de la empresa principal de las actividades de comprobación previstas en el artículo 10.2 del RDCA no le exoneran de la responsabilidad solidaria en caso de incumplimiento de la normativa prevencionista por parte de contratistas o subcontratistas. En este sentido, hay que interpretar el artículo 10.4 del RDCA cuando establece que lo dispuesto en sus apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 42.3 del TRLISOS.¹⁰²

En definitiva, la determinación de lo que es razonablemente exigible en orden a evitar una concepción absoluta del deber de vigilancia recogido en el artículo 24.3 de la LPRL, exigirá un aná-

¹⁰¹ Como destaca FERNÁNDEZ MARCOS, la vigilancia del empresario principal ha de comprender dos actuaciones: «la evaluación a priori de la solvencia técnica del contratista, de que está en condiciones técnicas y organizativas de poder cumplir la normativa de prevención y la comprobación periódica de que efectivamente la cumple, en la ejecución del trabajo»: FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Madrid: Dykinson, 1996, pág. 122. El RDCA vendría a concretar las obligaciones de vigilancia a priori a las que se refiere el autor.

¹⁰² De opinión contraria es LLANO SÁNCHEZ, M.: «El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales», *Actualidad Laboral*, núm. 13, 2004, pág. 1.561, quien interpreta el reglamento en el sentido de que el empresario principal que cumpla con los deberes de comprobación establecidos en el artículo 10.2 del RDCA debe quedar al margen de la responsabilidad solidaria del artículo 42.3 del TRLISOS pues de otra forma se «provocaría una gran inseguridad jurídica, ya que la regulación reglamentaria produciría el efecto de multiplicar los deberes preventivos sin que su cumplimiento se traduzca en la posibilidad de evitar la responsabilidad empresarial».

lisis casuístico, de tal manera que habrá que estar a cada caso concreto (STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2006).¹⁰³

En este sentido, un posible criterio para limitar la obligación preventiva del artículo 24.3 de la LPLR consistiría en entender que la empresa principal no responde de los incumplimientos puntuales de los trabajadores de la contratista que manifiestan una imprudencia simple o profesional de estos y que, como es sabido, no eximen de responsabilidad a su empleadora (art. 15.4 LPRL). En estos supuestos en los que puede entenderse que la contratista-empleadora ha incumplido su amplio deber de vigilancia respecto a sus trabajadores, no sería posible arrastrar la responsabilidad a la empresa principal, en tanto supondría la exigencia de un control exhaustivo y permanente con el riesgo, destacado por la doctrina, de que «cuando de todo se responde, la vigilancia consiste en controlarlo todo y eso suele traducirse en nada».¹⁰⁴

En esta línea, la STSJ de Murcia de 11 de julio de 2005¹⁰⁵ rechaza la imposición de la responsabilidad solidaria respecto al recargo de prestaciones a la empresa principal por incumplimientos de la empresa contratista en materia preventiva, porque aun cuando aquella tiene un deber de vigilancia, «este no puede ser llevado hasta el extremo de imponerse sobre criterios de racionalidad, ya que el carácter expansivo de la materia de seguridad y salud en el trabajo, como consecuencia de la protección integral del trabajador, de todo trabajador y en cualquier momento (art. 14 LPRL) no puede ser llevado hasta cotas que exceden de lo que pudiera ser exigible por la más pura lógica;...». En este caso, entiende la citada resolución, el accidente se produjo por incumplimiento de la contratista (empleadora laboral) «que no adoptó las medidas precisas y necesarias para que su trabajador utilizase de manera adecuada el cinturón de seguridad...».

4. CRÍTICA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Por último, y centrándonos en el ámbito administrativo-sancionador, nos gustaría hacer una serie de consideraciones críticas acerca del régimen de solidaridad instituido en el artículo 42.3 del TRLISOS.

Entendemos que este régimen que acabamos de caracterizar presenta una serie de problemas que hace aconsejable su sustitución por un sistema en el cual cada uno de los empresarios infractores haya de responder autónomamente por sus incumplimientos. Los inconvenientes que se derivan de la aplicación de una responsabilidad solidaria en las infracciones en materia preventiva serían:

1. Esta responsabilidad solidaria no cumple adecuadamente la finalidad retributiva y preventiva que debe presidir cualquier norma sancionadora en el ámbito administrativo. Esto se debe prin-

¹⁰³ AS 2007/971.

¹⁰⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *op. cit.*, pág. 70. Una manifestación de la exigencia de un control exhaustivo que excedería lo que aquí se entiende como razonable lo encontramos en la STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 2006 (AS 2007/1062) que hace responsable solidario a la empresa principal del recargo prestacional impuesto a la contratista por no haber evitado esta última el comportamiento imprudente de un trabajador que no utiliza el calzado de seguridad puesto a su disposición. El fundamento del arrastre de responsabilidad estribaría, según la citada resolución, en que la empresa principal «omitió la vigilancia que le incumbía del cumplimiento de las normas de seguridad laboral por parte de la empresa subcontratada, pues no consta que hubiera en el lugar ningún trabajador, técnico o responsable de seguridad de la recurrente vigilando el cumplimiento de las medidas de seguridad por parte de la empresa auxiliar».

¹⁰⁵ AS 2005/2342.

principalmente a que como consecuencia de este régimen de responsabilidad los infractores van a tener un tratamiento más beneficioso del que se derivaría si cada uno de ellos respondiese individualmente puesto que, como hemos visto, el expediente administrativo sancionador incoado contra ellos dará lugar a la imposición de una única multa que puede ser repartida a través de la vía de regreso y no a una sanción de cuantía correspondiente a la suma de tantas multas como autores de la infracción. Esto es especialmente chocante en una situación de concurrencia empresarial en un mismo centro de trabajo puesto que si el legislador ha entendido que uno de los problemas para la correcta aplicación de la LPRL (que se traduce en altos índices de siniestralidad) se encuentra en las nuevas formas de organización de trabajo, especialmente aquellas que se desarrollan en el marco de la descentralización productiva (Exposición de Motivos de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales), para paliar lo cual se ha procedido a desarrollar reglamentariamente las obligaciones preventivas previstas en el artículo 24 de la LPRL a través del RDCA, sorprende que el régimen sancionador por incumplimiento de algunas de estas obligaciones se suavice al poder «repartirse» el importe de la multa entre los infractores. Concorre además la paradoja, desde el punto de vista de la prevención de riesgos, de que cuanto mayor sea el número de empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo (lo que lógicamente agrava la situación de riesgo a que están sometidos los trabajadores de dichas empresas) menos severa será la respuesta administrativa sancionadora por los incumplimientos de las obligaciones en materia de seguridad y salud, ya que si la sanción es siempre única y el que ha abonado la multa puede reclamar la parte proporcional en vía de regreso, la cantidad que finalmente pague cada uno de los sujetos infractores dependerá del número de participantes en la infracción, siendo menor la «fracción» de multa que ha de pagar cada infractor cuanto mayor sea el número de sujetos responsables.¹⁰⁶

2. La doctrina laboralista ha criticado la finalidad recaudatoria que parece orientar la opción legislativa del establecimiento de esta responsabilidad solidaria al margen de los criterios preventivo y retributivo que han de estar en la base de cualquier sanción administrativa.¹⁰⁷ Pero es que, además, y teniendo en cuenta que la alternativa a este régimen de responsabilidad no es la exoneración de la misma de los sujetos coinfractores sino la exigencia de responsabilidad individual a cada uno de ellos, es de destacar que, como ha puesto de manifiesto PEMÁN GAVÍN, este régimen de responsabilidad solidaria no cumple con esta finalidad recaudatoria –que teóricamente, se repite, debería ser ajena a la responsabilidad sancionadora administrativa– de una manera más efectiva que la responsabilidad independiente de cada uno de los sujetos infractores pues esta última «permite imponer tantas sanciones como responsables, frente a la única sanción de la responsabilidad solidaria. Ello hace que la efectividad de la sanción nunca pueda ser menor en la responsabilidad independiente que en la solidaria, ya que, tanto en el caso de que resulten impagadas todas las sanciones menos una, o en el supuesto de que pueda acreditarse la participación de uno solo de ellos, el grado de efectividad sería, cuando menos, idéntico al de la responsabilidad solidaria pues esta únicamente permite cobrar una sanción».¹⁰⁸

¹⁰⁶ PEMÁN GAVÍN destaca lo «paradójico de un sistema cuya sanción imponible depende de un criterio tan variable y circunstancial como el número de participantes»: PEMÁN GAVÍN, I.: *El Sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Barcelona: Cedecs, 2000, pág. 389.

¹⁰⁷ PÁRAMO MONTERO, P.: «Estudio sobre la responsabilidad...», *op. cit.*, pág. 230; LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en...*, *op. cit.*, pág. 345; NAVARRO NIETO, F.: «La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas», *Actualidad Laboral* (II), 2005, pág. 2.150.

¹⁰⁸ PEMÁN GAVÍN, I.: *op. cit.*, pág. 401.

3. Para que la imposición solidaria de la sanción económica fuese respetuosa con el principio de individualización de la responsabilidad de cada uno de los participantes sería necesario que, al incoar la Administración laboral a todos los eventuales responsables el expediente sancionador, aclarase, a la hora de imponer la multa, el grado de participación de cada uno de los coinfractores con el objeto de delimitar la responsabilidad de cada uno de ellos, sin perjuicio de la solidaridad en el momento del cobro del importe íntegro de la sanción que la Administración podrá hacer recaer sobre uno solo de los responsables, el cual, posteriormente, podrá dirigirse al resto de coinfractores reclamando el importe de su «parte» de la sanción. Pero lo cierto es que en la práctica, y ante la dificultad de delimitar la cuota de responsabilidad de cada sujeto infractor,¹⁰⁹ la autoridad laboral en su resolución sancionadora se limita a establecer el importe de la multa y a declarar la responsabilidad solidaria en el pago de la misma sin delimitar la cuota de responsabilidad de cada una de las empresas infractoras.¹¹⁰ De esta forma, el régimen de responsabilidad solidaria no parece respetar el principio básico del *ius puniendi* que consiste en la individualización de la responsabilidad pues no adecúa la sanción a las circunstancias personales e individuales de cada uno de los infractores.

Es por esto por lo que compartimos la crítica que, como vimos, GARCÍA DE LA BORBOLLA hace al régimen de responsabilidad solidaria en el sentido de que la responsabilidad directa es más clara y ofrece menos controversia desde el punto de vista jurídico pues esta última permitiría la incoación de distintos expedientes sancionadores correspondientes a cada uno de los sujetos infractores y la imposición de distintas sanciones en atención a los criterios de graduación que concurran en la actuación de los mismos.

Las anteriores críticas nos llevan a concluir que parece más adecuado, desde el punto de vista de la finalidad preventiva que ha de guiar la respuesta sancionadora administrativa frente a los incumplimientos empresariales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y más acorde con los principios informadores del poder punitivo del Estado, el establecimiento de una responsabilidad individual, directa de cada uno de los infractores para lo cual se debería prever expresamente esta posibilidad en los tipos infractores mediante la tipificación de una infracción autónoma que sancionase el incumplimiento de la empresa principal de su deber de vigilancia¹¹¹ de manera autónoma y compatible con la responsabilidad de la contratista por sus infracciones en materia preventiva.

Debe resaltarse que la referida alteración en el ámbito administrativo respecto al régimen de responsabilidad del empresario principal no impediría el arrastre de responsabilidad en cuanto al recargo de prestaciones y a la indemnización por daños, en tanto, como hemos comentado al analizar este tipo de responsabilidades, la solidaridad en estos casos es exigible al margen del artículo 42.3 del TRLISOS.

¹⁰⁹ NAVARRO NIETO, F.: *op. cit.*, pág. 2.155.

¹¹⁰ Así lo hacen las diferentes resoluciones judiciales que se citaron anteriormente y que aplican el régimen del artículo 42.3 del TRLISOS.

¹¹¹ Proponen la sustitución de la responsabilidad solidaria del artículo 42.3 del TRLISOS por una responsabilidad directa de la empresa principal compatible con la propia de la empresa contratista en pos de conseguir con mayor eficacia la finalidad punitiva y preventiva: LLANO SÁNCHEZ, M.: *Responsabilidad en...*, *op. cit.*, pág. 346; NAVARRO NIETO, F.: *op. cit.*, pág. 2.156.