

COMENTARIOS SOBRE ALGUNHAS CUESTIÓNS RELATIVAS AO MARCO NORMATIVO DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS NO SECTOR DA CONSTRUCCIÓN

Ana Isabel Mariño Baamonde

Inspectora de Traballo e Seguridade Social de Pontevedra

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. CARACTERES PROPIOS DO SECTOR DE CONSTRUCCIÓN.

- 1.- A estrutura empresarial e laboral do sector.
- 2.- A obra de construción como lugar de prestación de servizos.
- 3.- Sistema de produción descentralizado mediante contratas e subcontratas.

III. O MARCO LEGAL DE OBRIGAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS NA CONSTRUCCIÓN.

- 1.- Obras de construción que non requiren proxecto.
- 2.- Tratamento diferenciado da figura do promotor especialmente no caso das chamadas “obras menores”.
- 3.- Diferenza entre as obras de construción en función da intervención dun ou máis contratistas.
- 4.- Novas obrigas incorporadas pola Lei 54/203 do 12 de decembro.

IV. A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS PROMOTORES NAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DERIVADAS DO INCUMPRIMENTO DA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS.

V. CONCLUSIÓNS

I. - INTRODUCCIÓN

Constitúe unha afirmación non discutida que a construción é o sector de actividade económica máis sensible ás carencias que o noso modelo vixente de prevención de riscos laborais presenta na súa aplicación efectiva. O modelo de prevención de riscos laborais que incorpora ao noso ordenamento a Lei 31/1995 do 8 de novembro non parece conseguir aínda os resultados esperados, en particular polo que respecta ao sector da construción aquí analizado. O diagnóstico da situación, tralo transcurso dos primeiros sete anos de vixencia da Lei de Prevención de Riscos Laborais, que se reflicte na Exposición de Motivos da recente Lei 54/2003 do 12 de decembro de Reforma do marco normativo de prevención de riscos laborais¹ así o recoñece.

Centrándonos no noso contexto máis inmediato, a evolución en Galicia da sinestralidade laboral no sector da construción dende a entrada en vigor da Lei de Prevención de Riscos Laborais non parece senón confirmar a insuficiencia do modelo na tarefa de reducir o número de accidentes de traballo. E iso a pesar de que a actividade da Inspección de Traballo se intensificou no sector da construción nos últimos sete anos e que o número de sancións por infraccións constatadas no devandito sector non fixo máis que se incrementar², o cal pon de manifesto a insuficiencia dos mecanismos represivos e disuasorios para facer fronte ao problema.

Se analizamos os datos de sinestralidade laboral en Galicia dende o ano 1996 ao ano 2003³ podemos observar a seguinte situación: O número total de accidentes de traballo producidos no centro de traballo (exclúense os accidentes in itinere) incrementouse en Galicia no período comprendido entre 1996 e 2003 nun 50% e un 46% no sector da construción. O incremento do número de traballadores ocupados no conxunto da economía galega foi no mesmo período do 17%, mentres que no sector da construción o número de traballadores ocupados se incrementou nun 36%. Sen embargo, se comparamos o número de traballadores ocupados no sector da construción co número total de traballadores ocupados, e isto á súa vez co número de accidentes de traballo totais e o número dos accidentes de traballo no sector da construción, podemos observar que para unha taxa de ocupación laboral no sector de construción do 11% de media en todo este período, a taxa de sinestralidade (por accidentes acontecidos no centro de traballo) alcanza o 26% no mesmo período. Se reparamos exclusivamente nos accidentes mortais así mesmo o dato resulta relevante xa que para un 11% da poboación ocupada se produciron o 24% de tódolos accidentes mortais. Pola súa parte o número total de accidentes mortais en Galicia producidos no centro de traballo descendeu un 6% durante o período considerado mentres que se incrementou nun 22% no sector da construción.

-
- 1 “...a experiencia acumulada na posta en práctica do marco normativo, nos máis de sete anos transcorridos dende a entrada en vigor da Lei, permite xa constatar tanto a existencia de certos problemas que dificultan a súa aplicación, como a de determinadas insuficiencias no seu contido que se manifestan en termos de accidentes de traballo.....Pon ao mesmo tempo de manifesto unha falta de adecuación da normativa de prevención de riscos laborais ás novas formas de organización do traballo, en especial nas diversas formas de subcontratación e no sector da construción”
 - 2 Segundo o Anuario de Estatísticas Sociolaborais 2003 da Consellería de Emprego, Asuntos Sociais e Relacións Laborais, o número de infraccións en materia de saúde laboral que determinaron a apertura dun expediente sancionador alcanzou a cifra de 1720 no ano 2003, o que supón o 84% de tódolos procedementos sancionadores por infraccións na orde social que resolve a Xunta de Galicia. Non puideron localizar datos relativos á porcentaxe das devanditas infraccións que foron constatadas no sector da construción pero creo que non resulta aventurado afirmar que a devandita porcentaxe podería situarse en torno a un 75% do total.
 - 3 Os datos poden ser consultados na páxina Web do Instituto Galego de Estadística, <http://www.ige.xunta.es>

Esta primeira aproximación ás cifras permítenos concluír que estamos ante o sector de maior sinestralidade tanto en valores absolutos coma polo que respecta á gravidade dos accidentes.

II. - CARÁCTERES PROPIOS DO SECTOR DA CONSTRUCCIÓN

Existen algunhas particularidades de carácter estrutural no sector da construción que determinan a necesidade dun tratamento diferenciado á hora de abordar a regulación normativa das esixencias en materia de prevención de riscos laborais:

1. - A estrutura empresarial e laboral do sector.

No ano 2003 contabilízanse en Galicia un total de 23.985 empresas de construción das que un 84,67% manteñen un equipo inferior a 6 traballadores, un 88,75% un equipo de menos de 10 traballadores e un 96,78% un equipo de menos de 20 traballadores.

Polo que respecta á modalidade de contrato laboral, dun total de 92.196 contratos rexistrados no sector, un 94,92% refírese a contratos de duración determinada, tratándose no 73,59% dos casos de contratos de obra ou servizo determinado.⁴

Esta situación implica dúas consecuencias que ten relevancia en canto á eficaz aplicación do modelo incorporado pola Lei 31/1995. É de todos sabido que un dos piares sobre os que descansa o modelo preventivo aludido é a da efectiva participación dos traballadores en todas aquelas cuestións que afectan a organización da prevención de riscos laborais. Pois ben, o elevado índice de temporalidade nos equipos das empresas constructoras provoca unha importante mobilidade dos traballadores, non chegando a alcanzar os mesmos, nalgúns casos, o período mínimo de antigüidade que permite ser candidato nas eleccións a representantes de persoal. Por outra parte, tamén a cohesión e o coñecemento dos traballadores entre si vese fortemente prexudicada pola escasa permanencia destes na estrutura empresarial, o que entorpece gravemente as posibilidades da acción sindical na empresa.

Hai que reparar ademais en que o tamaño medio das empresas do sector non alcanza o umbral de seis traballadores esixible polo Estatuto dos Traballadores, no seu art. 62.1, para a celebración de eleccións a delegados de persoal. Pero mesmo nas empresas que superan ese umbral mínimo, a escasa permanencia da maioría dos traballadores, debido ás características estruturais da contratación laboral ligada á execución de obras concretas, dificulta a designación de representantes.

Algúns intentos estanse a facer por superar este problema mediante a negociación colectiva e a actuación dos axentes sociais. O Convenio Colectivo Xeral do Sector da Construción 2002-2006⁵ establece no seu Título II, art. 108, a adaptación do período mínimo de antigüidade na empresa para resultar elixible nas eleccións a representantes de persoal fixándoo en tres meses. No art. 109 establécese, pola súa banda, que a unidade de referencia para o desenvolvemento da acción sindical será a empresa ou, no seu caso, o centro de traballo, e reenvíase aos convenios de ámbito inferior a posibilidade de pac-

4 Datos do Informe 2003 do Consello Galego de Relacións Laborais sobre a Situación Sociolaboral da Comunidade Autónoma Galega.

5 (BOE 10 de agosto de 2002)

tar un umbral de equipo{persoal} por debaixo do establecido na Lei Orgánica 11/1985 do 2 de agosto de Liberdade Sindical para ter dereito á elección de delegados sindicais.

Pola súa parte a Comisión Nacional de Seguridade e Saúde no Traballo no seu “Relatorio para a análise e seguimento da aplicación da normativa de prevención de riscos laborais no sector da construción” (Madrid 24.10.00), elaborada polo Grupo de Traballo de Construción constituído no marco do Plan de acción sobre a sinistralidade laboral de 29.10.98⁶, formula un convite os axentes sociais encargados da negociación colectiva para que incorporen nos textos dos convenios colectivos fórmulas alternativas de designación dos delegados de prevención nas obras⁷, o que se estima necesario tendo en conta que a temporalidade, diversidade e mobilidade dos centros de traballo e dos traballadores e a ausencia en moitas empresas dunha armazón de man de obra estable, motivada xeralmente polo uso xeneralizado da subcontratación, entorpece e dificulta a designación de representantes legais dos traballadores e, por ende a representación especializada en materia preventiva prevista no art. 35 da LPRL

Hai que ter en conta, en todo caso, que o art. 16 do Real Decreto 1.627/1997 do 24 de outubro polo que se aproba o Regulamento sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras de construción, remite ao art. 18.2 da Lei 31/1995 polo que se refire ao exercicio dos dereitos de participación e consulta dos traballadores, e que este, á súa vez, remite ao establecido no Capítulo V da propia Lei, que no seu art.33 relaciona as materias que deben ser obxecto de consulta aos traballadores, especificando no seu apartado 2. que nas empresas que contén con representantes dos traballadores a consulta se levará a cabo a través dos devanditos representantes, o que “a sensu contrario” parece dar a entender que naquelas que non contén con tales representantes as consultas deberán realizarse a través dalgún traballador especificamente designado para iso ou ben coa totalidade dos traballadores, no seu caso. Pola súa parte o art. 34 LPRL establece que os dereitos de participación dos traballadores nas empresas ou centros de traballo que contén con máis de seis traballadores levarase a cabo a través dos seus representantes, o que significa que nas empresas de menos de seis traballadores os dereitos de participación deben entenderse atribuídos directamente aos traballadores. O RD 1.627/1997 obriga cada contratista a facilitar aos representantes dos traballadores unha copia do Plan de Seguridade e as súas modificacións, obriga que en caso de inexistencia de representación legal ha de entenderse referida a un representante de feito polas razóns expostas.

Cuestión distinta é a conveniencia no seu caso de establecer mecanismos específicos de representación dos traballadores presentes nunha mesma obra, tal como sinala o Grupo de Traballo de Construción da CNSST no texto do relatorio á que antes fixen referencia.

2. - A obra de construción como lugar de prestación de servizos.

Outra característica do sector que dificulta a aplicación do esquema preventivo da LPRL é a natureza inestable e cambiante do centro de traballo, a obra de construción, en que os traballadores desenvolven a súa actividade. A alteración constante das condicións de traballo nas obras, a incorporación de novos traballadores e novas empresas nas distintas fases de execución, e a realización de tarefas diversas conforman unha armazón de

6 O texto completo do relatorio pode consultarse en www.mtas.es/insht/cnsst.

7 Facendo uso da autorización prevista no art. 35.2 da Lei 31/1995

elementos que concorren no proceso de construción que dificulta a coherencia e a eficacia na aplicación dun plan preventivo na obra. Esta última característica do sector de construción é a que determinou a aprobación de normas específicas en materia de prevención de riscos laborais no devandito sector. É dicir, a normativa específica de prevención de riscos laborais na construción faise xirar sobre o concepto nuclear de centro de traballo⁸. É por iso que o instrumento por excelencia da planificación preventiva nos centros de traballo estables, a avaliación de riscos, substitúase no que respecta aos postos de traballo nas obras de construción por un instrumento distinto, denominado plan de seguridade e saúde, no que deberán contemplarse as modificacións que vaia experimentando o centro de traballo en función do proceso de evolución da execución da obra.⁹ Sobre a esixencia do plan de seguridade nos distintos tipos de obra así como sobre a titularidade da obriga de elaboralo volverei máis adiante. En todo caso, abonde con resaltar polo momento a dificultade de planificar a prevención duns riscos laborais que poden, en ocasións, ser xerados por axentes ou elementos que escapen ao control directo do empresario, e que resultan en moitas ocasións de difícil previsión.

3. - Sistema de produción descentralizado mediante contratas e subcontratas.

A terceira característica que interesa resaltar no sector da construción é a da descentralización productiva no proceso de execución da obra, coa presenza simultánea ou sucesiva de diferentes empresas que dificulta os problemas de coordinación preventiva.

Cada unha das empresas que concorre na execución da obra deberá dispoñer do seu propio sistema de organización preventiva que haberá de establecerse con carácter xeral e non vinculado á súa participación nunha obra en particular. É por iso que o regulamento establece a plena aplicación das disposicións contidas no regulamento dos servizos de prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997 do 17 de xaneiro, ao ámbito das obras de construción, efectuando así mesmo remisións á normativa xeral en materia de principios da acción preventiva, coordinación de actividades empresariais e dereitos de información, consulta e participación dos traballadores.

Cada empresa deberá realizar unha avaliación inicial de riscos baseada nas actividades e tarefas que realiza, determinando as medidas preventivas aplicables. Estas medidas preventivas servirán de base para desenvolver os procedementos de traballo que a empresa aplicará nas obras e que trasladará aos plans de seguridade e saúde. Este é o criterio interpretativo do alcance da remisión regulamentaria que o RD 1.627/1997 realiza, que se mantén no relatorio do grupo de traballo de construción da CNSST¹⁰. É dicir, o plan de seguridade e saúde nas obras, elemento básico para a coordinación de actividades entre as distintas empresas que interveñen, non substitúe a obriga que se mantén respecto de cada unha delas, de realizar a súa propia avaliación de riscos.

8 O Real Decreto 1.627/1997 do 24 de outubro, en concordancia co previsto na Directiva 92/57/CEE sobre obras de construción temporais e móbiles, establece as disposicións mínimas a aplicar **nas obras de construción** regulando a participación dos distintos axentes que interveñen nestas, ao tratarse de axentes non habituais noutros ámbitos.

9 O art. 7.3 do Real Decreto 1.627/1997 establece: "En relación cos postos de traballo na obra, o Plan de Seguridade e Saúde no traballo...constitúe o instrumento básico de ordenación das actividades de identificación e, no seu caso, avaliación de riscos e planificación da actividade preventiva..."

10 E que foi incorporado á Guía Técnica do INSHT para prevención de riscos laborais nas obras de construción.

Tampouco a existencia de coordinador de seguridade durante a fase de execución substitúe a obriga de establecer os axeitados medios de coordinación co resto das empresas concorrentes, que segue resultando esixible para cada unha delas. En resumo, a normativa específica de construción establécese, como sinaléi anteriormente, sobre a base da existencia dun centro de traballo que comparten tódalas empresas que executan parcialmente un proxecto de obra, e atopa a súa xustificación na constatación das dificultades que a estrutura productiva do sector incorpora, e nas conclusións obtidas na investigación dos accidentes que apuntan dun xeito especialmente intenso a problemas organizativos e especificamente de coordinación¹¹.

Iso sen prexuízo de que sería conveniente unha intervención normativa, e mellor aínda, proveniente da autonomía colectiva, que operase no sentido indicado no reiterado Relatorio da CNSST na que se advirte sobre os excesos do fenómeno da subcontratación e as dificultades que introducen para unha axeitada planificación da actividade preventiva na obra, facendo un chamamento aos axentes económicos para que intenten reconducir o fenómeno da subcontratación aos termos en que orixinariamente se desenvolveu, baseado na idea de especialización, evitando o abuso da subcontratación en cadea sen causa técnica que a xustifique.

III. - O MARCO LEGAL DE OBRIGAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS NA CONSTRUCIÓN

A norma básica para o establecemento de obrigas entre os distintos sujetos que interveñen nunha obra de construción é o reiteradamente aludido Real Decreto 1.627/1997 do 24 de outubro. Mediante este realízase a transposición ao noso ordenamento da Directiva 92/57/CEE de 24 de xuño sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde que deben aplicarse nas obras de construción temporais ou móbiles, incorporando tamén as obrigas asumidas en virtude de convenios internacionais vixentes¹², que forman parte do noso ordenamento xurídico interno, e tendo en conta aqueles aspectos que se revelaron de utilidade para a seguridade nas obras e que están presentes no RD 555/86 polo que se establece a obrigatoriedade dun estudo de seguridade e hixiene nos proxectos de edificación e obras públicas, tal como se indica no preámbulo do regulamento.

1. - Obras de construción que non requiren proxecto

Ao igual que o resto das normas das que trae a súa causa, o Real Decreto 1.627/1997 non establece unha distinción en canto ao réxime de obrigas entre as distintas obras en función de se a súa execución require ou non proxecto de execución (actualmente, nos termos establecidos no art. 2º.2 da Lei 38/1999 do 5 de novembro de Ordenación da edificación). O Regulamento aplícase a calquera obra pública ou privada na que se efectúen traballos de construción ou enxeñería civil, a relación non exhaustiva da cal incorpórase ao Anexo I. Iso inclúe as obras de reparación, mantemento, acondicionamento ou instalacións, conservación, traballos de pintura e limpeza e saneamento, obras todas elas para as que a Lei 38/1999 non esixe a realización de proxecto. Iso determina que algunhas das obrigas que se establecen no citado regulamento, ligadas á reali-

11 E así se indica expresamente no preámbulo da Directiva 92/57/CEE da que trae a súa causa a actual regulación regulamentaria, así como no preámbulo da Lei 54/2003 do 12 de decembro.

12 En particular Convenios nº 155 e 62 OIT, este último específico para as obras de construción.

zación de proxecto, non sexan aplicables a esta segunda clase de obras para a realización da cal non se esixe proxecto. En particular, enténdese que non resultan aplicables ás chamadas “obras menores” as seguintes obrigas:

- obriga do promotor de que se elabore un estudio ou estudio básico de seguridade e saúde, durante a redacción do proxecto;

- obriga de cada contratista de elaborar un plan de seguridade e saúde, xa que o mesmo configúrase no art. 7.1 do Regulamento como un documento para a concreción das normas preventivas previstas no estudio ou estudio básico de seguridade e saúde, adaptándoas ao modo de execución da obra por cada contratista.

- a existencia de libro de incidencias, a indicar a norma que o mesmo serve aos fins de control e seguimento do plan de seguridade.

- a designación polo promotor dun coordinador de seguridade e saúde en fase de execución xa que o mesmo está integrado na dirección facultativa (art. 2º.1.f do Real Decreto 1.627/1997) e nas obras que non necesitan proxecto non existe unha dirección facultativa como tal.

Hai que ter en conta que en tales obras, especialmente naquelas de moi curta duración ou nas chamadas “obras de emerxencia”, tampouco será estrictamente esixible a comunicación á autoridade laboral do aviso previo polo promotor, xa que a finalidade que a referida obriga persegue, dar a coñecer o comezo dunha obra para que a mesma poida ser obxecto de vixilancia e inspección por parte da autoridade laboral, non queda garantida nestes casos en que a recepción do aviso previo polos servizos de inspección podería ser posterior á finalización dos traballos.

Estes criterios de diferenzación en materia de obrigas aplicables aos distintos tipos de obra incorpóranse á Guía Técnica sobre traballos en construción do INSHT no seu Anexo A¹³. Nestes casos, as empresas que interveñan na obra de construción deberán dispoñer da avaliación xeral de riscos ligados aos oficios e tarefas desenvolvidas, debendo establecer procedementos de traballo que garantan a aplicación dos principios de acción preventiva na obra, e, no caso de que concorran con empresarios distintos no centro de traballo, deberán ter en conta as obrigas en materia de coordinación de actividades empresariais do art. 24 da LPRL e a concreción que destas se efectúa no Regulamento sobre coordinación de actividades empresariais aprobado por Real Decreto 171/2004 do 30 de xaneiro¹⁴. Todo iso sen prexuízo do cumprimento das disposicións mínimas establecidas no Anexo IV do RD 1.627/1997 durante a execución da obra e do cumprimento das restantes obrigas en materia preventiva que derivan da normativa xeral.

2. - Tratamento diferenzado da figura do promotor

Nestes casos fórmulase o problema de determinar quen ostenta a titularidade do centro de traballo aos efectos previstos no art. 24.2 da LPRL e no seu Regulamento de desenvolvemento. AO non existir dirección facultativa quizais poida resultar excesivo esixir ao promotor, que pode ser un particular que contrata a realización de reparacións na

13 A Guía Técnica do INSHT para obras de construción pode ser consultada no seguinte enderezo electrónico <http://mtas.e/insht>. Esta é tamén a interpretación que se incorpora ao reiterado Relatorio do grupo de traballo de construción da CNSST.

14 O establecido na Disposición adicional primeira do RD 171/2004 enténdese que soamente é aplicable, segundo esta interpretación da norma, ás obras de construción a realización da cal esixe proxecto.

súa vivenda, o cumprimento das obrigas de información ás empresas concorrentes sobre os riscos do lugar de traballo e de dictar as instrucións pertinentes para a prevención daqueles. Podería entenderse neste caso que a exención de responsabilidade polas eventuais infraccións que poidan cometer os traballadores autónomos contratados directamente polo promotor, que se establece no parágrafo segundo do art. 2.3 do RD 1.627/1997 cando o promotor sexa o cabeza de familia propietario da vivenda en que se executa a obra, é aplicable tamén ás obrigas en materia de información e instrucións que se establecen no art. 24.2 LPRL. Esta dúbida, en todo caso, fórmulase para o suposto de que nesas obras menores que contrata o cabeza de familia interveñan máis dunha empresa, xa que se soamente interveñ unha única empresa ou un único traballador autónomo faltaría o suposto de feito que fai nacer as referidas obrigas.

A completa clarificación destes extremos requirirá un traballo de integración de normas pola xurisprudencia que permita avanzar na diferenzación do réxime xurídico aplicable aos promotores de obras de construción, atendendo a que a diversidade que tal figura presenta na práctica (cabeza de familia que contrata obras na súa propia vivenda, ou propietario da obra que non contrata a súa realización por razón dunha actividade empresarial¹⁵) correspóndase coa existencia dun réxime de obrigas que, no seu esquema básico, está pensado para o promotor inmobiliario, empresario a actividade económica do cal se desenvolve no mesmo ámbito que a das empresas constructoras, ou ben para o promotor particular que contrata a execución dunha obra con suxeición a un proxecto e que designa a Dirección facultativa.

3. Diferenzas entre as obras en función da intervención dun ou varios contratistas.

Por contratista hai que entender, de acordo coa definición do art. 2.h do RD 1.627/1997, “a persoa física ou xurídica que asume contractual ante o promotor, con medios humanos e materiais, propios ou alleos, o compromiso de executar a totalidade ou parte das obras, con suxeición ao proxecto polo que se rexe a súa execución”. AO contratista atribúelle o Regulamento a condición de empresario principal polo que se refire ás obrigas do art. 24.3 respecto dos subcontratistas. Pero tamén se atribúe a condición de empresario principal ao promotor cando este contrate directamente traballadores autónomos para a realización da obra ou de determinados traballos desta o cal ostentará a condición de empresario principal respecto a estes traballadores autónomos¹⁶. Non se acerta a comprender a razón pola que se lle atribúe ao promotor a condición de empresario principal cando contrata directamente con varios traballadores autónomos, e sen embargo omítese tal consideración cando o promotor executa a obra polo chamado “sistema de administración”, é dicir, contratando as diferentes partes da obra con empresas seleccionadas por el mesmo e que, na maioría das ocasións, especialmente na fase de instalacións e acabados, concorren simultaneamente na obra realizando todas elas a mesma actividade (é dicir, unha actividade encuadrable no epígrafe 45 do CNAE 93). Esta mesma actividade debería reconducirse nestes supostos á actividade do promotor o cal se implica directamente no proceso de construción ao executar a mesma polo sistema de

15 Nos termos do parágrafo segundo do art. 42.2.ET

16 Coa exención de responsabilidade xa comentada cando a actividade contratada se refira exclusivamente á construción ou reparación que poida contratar un cabeza de familia respecto á súa vivenda.

administración¹⁷. Chama especialmente a atención a omisión de tal consideración tendo en conta o precedente normativo que contiña o art. 4º.3 en relación co disposto no art. 8º.1 do Real Decreto 555/1986 do 21 de febreiro, polo que se implantou a obrigatoriedade dun estudio de seguridade e hixiene nos proxectos de edificación e obras públicas, norma a utilidade preventiva da cal é recoñecida no preámbulo do actual Regulamento (RD 1.627/1997)¹⁸.

En resumo, enténdese que cando o promotor implícase na execución da obra ata o punto de asumir, por contrata, as distintas fases de execución desta, adquire a condición de empresario principal na obra, á vez titular do centro de traballo, e titular da actividade que se realiza coa intervención das empresas por el contratadas. E iso é así porque non cabe xuridicamente a posición de quen sendo empresario titular do centro de traballo onde se realiza unha actividade que forma parte do seu ciclo productivo poida liberarse da responsabilidade que lle incumbe na súa condición de empresario principal.

Pola contra, cando o promotor adxudica a completa execución da obra a unha empresa constructora, esta, con independencia de que execute o contrato cos seus propios medios ou por mediación de terceiras empresas subcontratistas, ostenta a titularidade do centro de traballo, ao igual que a titularidade da actividade desenvolvida neste. Porque tampouco aquí cabe xuridicamente a figura de quen sendo o receptor último dos servizos prestados polos traballadores das empresas subcontratistas no centro de traballo onde se completa o seu ciclo productivo, poida desvincularse das obrigas establecidas para os titulares dos centros de traballo. Por iso o empresario principal é definido na normativa de prevención de riscos laborais como aquel que contrata ou subcontratar con outros a realización de obras ou servizos correspondentes á súa propia actividade e que se desenvolven no seu centro de traballo¹⁹. Hai que entender, pois, que non cabe disociar nestes casos a condición de empresario principal da condición de empresario titular do centro de traballo onde se desenvolve a actividade. En consecuencia, as obrigas que se establecen no art. 24.2 da LPRL e que son obxecto de desenvolvemento regulamentario no Capítulo III do Real Decreto sobre coordinación de actividades empresariais, incumben ao construtor, no ámbito das obras de construción, sen prexuízo de que no devandito ámbito se establezan obrigas específicas para o promotor. Só neste sentido cabe entender o establecido na disposición adicional primeira do RD 171/2004 respecto do esgotamento das obrigas de información e instrucións que concirnen ao promotor coa elaboración do estudio ou estudio básico e as instrucións impartidas polo coordinador de seguridade ou a dirección facultativa no seu caso. Porque entender, como podería derivarse dunha lectura estritamente literal da referida disposición adicional, que no ámbito das obras de construción, o contratista non está obrigado a informar as empresas subcontratar dos riscos do centro de traballo e a impartir instrucións concretas sobre as medidas de prevención aplicables, situaríanos ante a dificultade de conciliar o deber de vixilancia sobre o cumprimento polas empresas subcontratistas das medidas preventivas a aplicar sobre riscos que estas últimas non están en condicións de detectar ao non existir un suxeito obrigado a

17 E iso a pesar de que para os efectos do CNAE 93 o epígrafe correspondente á actividade do promotor sexa o 70.

18 Nestas normas establecíase expresamente que cando o propietario da obra realizase a mesma sen interposición de contratista, lle correspondía a el a responsabilidade de elaboración do plan (art. 4º.3) e a responsabilidade solidaria do **contratista ou construtor** respecto ás inobservancias do disposto no plan por parte de os **subcontratistas ou similares**.

19 Art. 24.3 da Lei 31/1995; Art. 2.c) do Real Decreto 171/2004 do 30 de xaneiro polo que se desenvolve o art. 24 da LPRL en materia de coordinación de actividades empresariais.

informar sobre estes, que debe ser, naturalmente, quen ostenta o control sobre tales riscos. Iso é especialmente evidente respecto aos riscos sobrevidos durante a execución da obra, os cales non poden estar contemplados no estudio, ou o estudio básico, de seguridade. Por outra banda, deixaría fóra do conxunto de riscos obxecto de información, tanto respecto da súa existencia coma respecto ás medidas de prevención aplicables, as posibles situacións de emerxencia. O contido mínimo do estudio de seguridade previsto nos arts. 5º e 6º do RD 1.627/1997, non inclúe a información relativa ás medidas de emerxencia; e iso é así porque soamente o plan de seguridade pode abordar tales extremos ao adaptar as previsións do estudio ao modo concreto en que prevé o contratista a execución dos traballos (equipos de traballo, instalacións, características dos traballadores ocupados, etc).

4. - Novas obrigas incorporadas pola Lei 54/2003 do 12 de decembro.

No ámbito das obras de construción a nova disposición adicional décima da LPRL concreta a aplicación das obrigas contidas no novo art. 32 bis. Trátase das disposicións relativas á presenza de recursos preventivos nos centros de traballo.

Nunha primeira lectura da nova disposición adicional décima da LPRL parece apre-ciarse unha errata de imprenta na remisión que no seu apartado 1.b) facíase ao disposto no apartado 1, parágrafo a) do art. 32 bis. E iso porque o art. 32 bis configura tres situacións distintas en que resulta esixible a presenza de recursos preventivos no centro de traballo:

- a primeira delas, contida no ap. 1.a-n), refírese a aquelas situacións en que os riscos poidan verse agravados ou modificados no desenvolvemento do proceso ou a acti-vidade, pola concorrencia de operacións diversas que se desenvolven sucesiva ou simul-taneamente e que fagan preciso o control da correcta aplicación dos métodos de traballo.

- a segunda, contida no apartado 1.b), refírese á realización de actividades ou pro-cesos regulamentariamente considerados perigosos.

- a terceira, contida no apartado 1.c), refírese a aqueles supostos en que a devan-dita presenza sexa requirida pola Inspección de Traballo e Seguridade Social, se as cir-cunstancias do caso así esixisen debido ás condicións de traballo detectadas. Sobre este terceiro suposto volverei un pouco máis adiante.

Atendendo polo momento aos dous primeiros supostos farei as seguintes conside-racións:

En primeiro lugar, o suposto contemplado no apartado 1.a-n) parece pensado para as actividades desenvolvidas no sector da construción xa que é precisamente nese ámbito onde con máis frecuencia se produce a concorrencia de operacións diversas, sucesiva ou simultaneamente, que fan preciso o control da correcta aplicación dos méto-dos de traballo.

En segundo lugar, a remisión que fai a unha posterior regulación regulamentaria sobre procesos e actividades perigosas parece que resulta innecesaria no ámbito das obras de construción xa que o Anexo II do Real Decreto 1.627/1997 xa incorpora unha relación non exhaustiva dos traballos que implican riscos especiais para a seguridade e saúde dos traballadores.

Sen embargo, a citada disposición adicional décima da LPRL, remite ao devandito Anexo II para a aplicación do contemplado no primeiro suposto, en vez de, como pare-cería máis lóxico, para a aplicación do contemplado no segundo suposto. En todo caso, e tendo en conta que ata a data non se publicou no BOE ningunha corrección de erros

da Lei 54/2003, hai que asumir que esta é a redacción correcta da Lei. En consecuencia, a actual regulación supón que no ámbito das obras de construción soamente resultará esixible a presenza de recursos preventivos cando se desenvolvan traballos con riscos especiais, especialmente os relacionados no Anexo II do Real Decreto 1.627/1997, sen que a concorrencia sucesiva ou simultánea de operacións diversas que poidan supoñer unha agravación ou modificación dos riscos no desenvolvemento do proceso ou a actividade, determine por si soa a obriga de presenza de recursos preventivos na obra.

Iso implica necesariamente que as posibles infraccións que cometan os contratistas²⁰ pola falta de presenza dos recursos preventivos na obra ou o incumprimento de obrigas derivadas da súa presenza, sempre terán a cualificación de moi graves, de acordo co establecido no novo art. 13.8.b) do TRLISOS que incorpora así mesmo a Lei 54/2003. Aplicando a mesma lóxica hai que entender que unicamente terán a consideración de infraccións graves, de acordo co establecido no novo apartado 15.b) do art. 12 do TRLISOS, o incumprimento polos contratistas de garantir a presenza de recursos preventivos cando a obriga xurdira como consecuencia do requirimento da Inspección de Traballo e Seguridade Social no suposto contemplado no art. 32 bis da LPRL.

Isto sitúanos, á súa vez, ante un novo problema de integración de normas xurídicas. É necesario determinar a natureza xurídica do requirimento nestes casos xa que o mesmo ten carácter constitutivo de novas obrigas. Non se trata evidentemente do requirimento contemplado no art. 43 da LPRL xa que o mesmo presupón a previa constatación dun incumprimento da normativa de prevención de riscos laborais, circunstancia que no suposto previsto no art. 32 bis.1.c) non concorre, se a actividade desenvolvida (e sempre dentro do ámbito das obras de construción) non pode ser reconducida a algún dos supostos contemplados no Anexo II do RD 1.627/1997. Na medida en que este novo tipo de requirimento fai nacer para a empresa á que se dirixe unha obriga nova debe ser susceptible de recurso específico, como o que se contempla fronte á orde de paralización de traballos no art. 44 da LPRL. Se se considerase un requirimento ordinario podería xerar unha situación de indefensión para o empresario o cal se vería afectado por unha ampliación da súa esfera xurídica de obrigas en virtude dun simple acto administrativo. O incumprimento do requirimento polo empresario tería neste caso unha transcendencia moito maior da que ten o incumprimento dun simple requirimento en materia de prevención de riscos laborais, o cal produce o único efecto de agravar a responsabilidade do empresario á hora de graduar a sanción que se propoña, no seu caso, pola infracción constatada. No suposto contemplado no art. 32 bis.1.c) da LPRL, o contratista está obrigado a garantir a presenza de recursos preventivos na obra nos termos en que a devandita obriga se estableza no citado requirimento, e o seu incumprimento, por si só podería ser constitutivo da infracción tipificada no art. 12.15.b) do vixente TRLISOS. Iso, sen prexuízo de que con anterioridade á apertura de procedemento sancionador, no seu caso, o empresario puidese estar a incorrer no tipo penal do art. 316 e 317 do Código Penal.

Podería entenderse que este tipo de requirimento constitúe un acto de trámite dos contemplados no art. 107 da Lei 30/1992 do 26 de novembro e polo tanto susceptible de recurso administrativo e xurisdiccional, equiparable a unha resolución administrativa²¹.

20 Que son os suxeitos obrigados a garantir a presenza dos seus recursos preventivos na obra de acordo co establecido no ap. 1.a-n) da citada disposición adicional décima da LPRL.

21 E iso tendo en conta o carácter subsidiario que as normas de procedemento administrativo común manteñen no procedemento sancionador por infraccións na orde social (Disposición adicional sétima da Lei 30/1992).

Non obstante esta solución tampouco parece satisfacer debidamente a solución aos problemas formulados por estar situados ante cuestións que afectan ao principio de legalidade constitucional.

Considero imprescindible, polo tanto, que as cuestións que suscita a inclusión de tal suposto no art. 32 bis 1.a-n), sexan obxecto dunha precisión lexislativa e/ou xurisprudencial, para garantir o principio de seguridade xurídica e evitar a posible indefensión dos empresarios nestes casos.

IV. - A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS PROMOTORES NAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DERIVADA DO INCUMPRIMENTO DA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RISCOS LABORAIS

A Lei 54/2003 de reforma do marco normativo de prevención de riscos laborais formúlase como un dos seus obxectivos o de mellorar o control do cumprimento da normativa de prevención de riscos laborais, mediante a adecuación da norma sancionadora á norma substantiva. Para iso introdúcese modificacións no TRLISOS que teñen a asegurar o cumprimento efectivo das obrigas substantivas impostas aos distintos suxeitos responsables en materia de prevención de riscos laborais.

Con anterioridade á reforma as únicas infraccións tipificadas no TRLISOS que afectaban ao incumprimento polo promotor das obrigas substantivas establecidas no Real Decreto 1.627/1997 eran as seguintes:

-Infracción leve do art. 11.5.: “Calquera outras (accións ou omisións) que afecten ás obrigas de carácter formal ou documental e que non estean tipificadas como graves ou moi graves”, a cal enténdíase cometida polo promotor que incumpriía coa obriga de efectuar o aviso previo de comezo da obra previsto no art. 18 do Regulamento.

-Infracción grave do art. 12.14.: “Non informar o promotor ou empresario titular do centro de traballo a aqueles outros que desenvolvan actividades neste sobre os riscos e as medidas de protección, prevención e emerxencia”, a cal non tiña unha correspondencia substantiva clara no Regulamento.

-Infracción moi grave do art. 13.10: “Non informar o promotor ou empresario titular do centro de traballo a aqueles outros que desenvolvan actividades neste, sobre os riscos e as medidas de protección, prevención e emerxencia, cando se trate de actividades regulamentariamente consideradas perigosas ou con riscos especiais.”. Apreciábase no mesmo suposto do caso anterior pero sempre que na obra se realizasen actividades das incluídas no Anexo II do RD 1.627/1997.

As obrigas, polo tanto, concernentes á designación dos Coordinadores de Seguridade e Saúde durante as fases de elaboración do proxecto e as de execución da obra, carecían dun mecanismo de esixencia de responsabilidade en caso de incumprimento. As obrigas concernentes á información a facilitar aos empresarios que desenvolven actividades no centro de traballo víñanse entendendo, xa con anterioridade á aprobación do RD 171/2004, referidas á elaboración do estudio ou estudio básico de seguridade e saúde.

A Lei 54/2003 vén a establecer como tipos infractores novos, dentro do ámbito de responsabilidades do promotor nas obras de construción os seguintes:

-Infracción grave do art. 12.24:

“a) Non designar os coordinadores en materia de seguridade e saúde cando iso sexa preceptivo.

b) Incumprir a obriga de que se elabore o estudio, ou se é o caso, o estudio básico de seguridade e saúde, cando iso sexa preceptivo, co alcance e contido establecidos na normativa de prevención de riscos laborais, ou cando tales estudos presentan deficiencias ou carencias significativas e graves en relación coa seguridade e saúde na obra.

c) Non adoptar as medidas necesarias para garantir, na forma e co alcance e contido previstos na normativa de prevención, que os empresarios que desenvolvan actividades na obra reciban a información e as instrucións adecuadas sobre os riscos e as medidas de protección, prevención e emerxencia.²²

d) Non cumprir as coordinadores en materia de seguridade e saúde as obrigas establecidas no art. 9 do RD 1.627/1997 como consecuencia da súa falta de presenza, dedicación ou actividade na obra.

e) Non cumprir os coordinadores en materia de seguridade e saúde as obrigas, distintas das citadas nos parágrafos anteriores, establecidas na normativa de prevención de riscos laborais cando tales incumprimentos teñan ou poidan ter repercusión grave en relación coa seguridade e saúde na obra.”

-Infracción moi grave do art. 13.8.a-n): “Non adoptar o promotor ou o empresario titular do centro de traballo, as medidas necesarias para garantir que aqueles outros que desenvolvan actividades neste reciban a información e as instrucións axeitadas, na forma e co contido e alcance establecidos na normativa de prevención de riscos laborais, sobre os riscos e medidas de protección, prevención e emerxencia cando se trate de actividades regulamentariamente consideradas perigosas ou con riscos especiais.”. A modificación introducida neste tipo infractor enténdese que non é de grande alcance, malia as precisiones que establece respecto á titularidade de deber de informar e facilitar instrucións (non se fai recaer agora directamente sobre o promotor deber de informar e dar instrucións senón o de adoptar as medidas necesarias para que a devandita información e instrucións cheguen aos seus destinatarios), e a remisión que fai en canto o contido e alcance de tales obrigas ao establecido na normativa de prevención de riscos laborais.

Chama a atención, especialmente, a imputación de responsabilidade administrativa que se fai ao promotor pola actuación profesional negligente dos coordinadores de seguridade e saúde, especialmente tendo en conta que os mesmos se integran na dirección facultativa da obra e que sobre eles non ostenta o promotor un poder de dirección.²³ Neste sentido cabe referirse á Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Civil) do 15 de xullo de 2000 na que citando os precedentes da mesma Sala de datas 27.11.93, 09.07.84 e

22 Reitero aquí a mesma consideración realizada ao referirme á titularidade do centro de traballo en que a obra de construción consiste, no sentido de que o contido mínimo do estudio de seguridade e saúde non inclúe a información sobre actuacións en caso de emerxencia, malia o cal a Disposición adicional primeira do RD 171/2004 considera esgotadas as obrigas de información do promotor coa elaboración do estudio de seguridade e saúde nos termos previstos nos arts. 5º e 6º do RD 1.627/1997. Además o tipo contemplado no art. 12.24.c) podería entenderse que queda englobado polo tipo anterior do apartado 12.24.b) a teor do disposto na referida Disposición adicional primeira.

23 A referencia ao art. 9 do RD 1.627/1997 ha de entenderse no sentido de que o promotor soamente é responsable polos incumprimentos en que poida incurrir o coordinador de seguridade e saúde durante a execución da obra. Por outra parte os posibles incumprimentos do coordinador durante a fase de elaboración do proxecto serían reconducibles ao tipo infractor do apartado b) do art. 12.24. É dicir, aos incumprimentos na elaboración do estudio ou estudio básico de seguridade e saúde.

04.01.82 dise “cando se trate de contratos entre empresas non determinantes de relación de subordinación entre eles, falta toda razón esencial para aplicar o art. 1.903 (do código civil) posto que, polo xeral, non pode dicirse que quen encarga certa obra a unha empresa autónoma na súa organización e medios, e con asunción dos riscos inherentes ao labor que desempeña, deba responder polos danos ocasionados polos empregados desta, a menos que o comitente se reservase participación nos traballos, someténdoo á súa vixilancia e control”. Aínda que é certo que a sentenza se dicta nun procedemento sobre esixencia de responsabilidade extracontractual e non no ámbito do dereito administrativo sancionador, e refírese á reclamación de indemnización que se dirixe contra o promotor dunha obra de construción pola negligencia en que incorreu o director de obra durante a execución do proxecto, e que determino a produción dun accidente de traballo, pode traerse a colación ao suposto comentado toda vez que sinta o principio xeral de inexistencia de responsabilidade polos actos da empresa contratada (que asume a dirección facultativa) coa excepción de que o comitente se reservase participación nos traballos, someténdoo á súa vixilancia e control. Esta excepción non resulta aplicable no caso dun promotor inmobiliario que contrata cun facultativo a elaboración do proxecto e a dirección da obra, cando na súa execución intervéñ un único contratista ao que o promotor adxudica a totalidade da obra.

Por outra parte, tamén a imputación de responsabilidade administrativa ao promotor da obra, estes casos, puidese afectar ao principio de culpabilidade e ao dereito constitucional á presunción de inocencia o cal é aplicable ao procedemento administrativo sancionador tal como estableceu no seu momento a STC 42/1987 de 7 de abril e as posteriores sentenzas do Alto Tribunal no mesmo sentido.

V. - CONCLUSIONES

Pretendín neste artigo apuntar algunha das cuestións xurídicas que se formulan na aplicación da actual normativa de prevención de riscos laborais polo que se refire ao ámbito das obras de construción, ámbito no cal, tal como dicía ao comezo do artigo, intensificouse extraordinariamente a intervención da Inspección de Traballo e Seguridade Social durante os últimos anos.

A corrección dos incumprimentos detectados no desenvolvemento da actuación inspectora require dun marco normativo claro e coherente co resto do ordenamento xurídico que permita avanzar na consolidación dun esquema de obrigas e responsabilidades que resulte útil aos fins da prevención de riscos laborais, nun sector como o da construción que achega unha extraordinaria contribución, sen dúbida, ao crecemento económico e ao desenvolvemento económico e que, por desgracia polo momento, tamén contribúe de xeito especialmente intenso ao mantemento dos altos índices de sinistralidade laboral que sufrimos.

Vigo, 13 de decembro de 2004

Glosario

LPRL - Lei 31/1995 do 8 de novembro de Prevención de Riscos Laborais

TRLISOS - Texto Refundido da Lei sobre Infraccións e Sancións na Orde Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/200 do 4 de agosto