

La Responsabilidad en Materia de Seguridad y Salud que Asume el Promotor-Cabeza de Familia Cuando Acomete la Construcción o Reforma de su Vivienda

The responsibility for safety and health assumed by the developer-private owner when he undertakes his house construction or reform

FRANCISCO VIGO SERRALVO

DOCTORANDO DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Resumen

En el presente trabajo nos proponemos hacer un análisis de la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales que puede llegar a asumir un particular o cabeza de familia cuando acomete la construcción o reforma de su vivienda. Para ello, a través del análisis de la normativa específica, concretamente el R.D. 1627/1997 *por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción*, vamos tratar de identificar a este sujeto como un obligado en la gestión de la seguridad y salud de los trabajadores que participan en la ejecución de la obra.

Asentada su condición de garante de seguridad, concretizaremos cuales son las obligaciones que se le imponen al cabeza de familia según esta normativa y nos acercaremos a la doctrina judicial que ha analizado la responsabilidad del mismo derivada de un accidente de trabajo.

Por último, para cerrar, ofreceremos unos breves apuntes sobre la imputabilidad de este sujeto en los distintos regímenes de responsabilidad que pueden emerger de un ilícito en materia de seguridad y salud laboral.

Abstract

In this article, we propose to make an analysis about the responsibility regarding the prevention of occupational risks that a head of household can assume when he undertakes the construction or reform of his house. For this, through the analysis of specific regulation, specifically the R.D. 1627/1997 for which the minimal safety and health regulations in construction are established, we will try to identify this person as required in the management of safety and health of the workers involved in the realisation of the construction.

Assuming its condition of security guarantor, we will concretize what are the obligations which are imposed on this head of household according to these regulations and we will approach the judicial doctrine that has analysed its responsibility, derived from an occupational accident.

Finally, we will offer some brief notes on the imputability of this subject in the different regimes of responsibility that can arise from an unlawful, regarding employment security and occupational health.

Palabras clave

cabeza de familia; promotor; construcción; responsabilidades; prevención de riesgos laborales

Keywords

head of household; developer; construction; responsibilities; prevention of occupational risks

1. INTRODUCCIÓN

El ámbito de la construcción se ha considerado tradicionalmente una actividad de especial riesgo¹. Además, desde el punto de vista de la gestión de la seguridad laboral, nos

¹ Los datos estadísticos en la materia definen al de la construcción como el sector profesional que concentra los mayores índices de siniestralidad laboral, superando en más del doble la media de los accidentes laborales (...)

encontramos en la actividad constructiva con una serie de caracteres que la singularizan respecto del resto de sectores profesionales. Entre estas particularidades destaca la concurrencia de distintos sujetos intervinientes en los procesos de trabajo, conformándose un entramado relacional que desborda las directrices generales de seguridad y salud que rigen la relación laboral tipo, las cuales han sido diseñadas en torno al binomio empleador-empleado. Estas dos premisas, su especial peligrosidad y su singularidad en cuanto a la pluralidad de sujetos intervinientes, conjuntamente consideradas, han justificado la instauración de un régimen jurídico propio en materia de seguridad y salud laboral para el ámbito de la construcción. Esta regulación presenta un alto grado de especialidad y puede llegar a ofrecer algunas soluciones que quizás resulten inusitadas si se contrastan con los principios que rigen la normativa genérica de prevención de riesgos en el trabajo.

Entre estas cuestiones de cierta singularidad creemos que se encuentra la que aquí abordamos y que es la responsabilidad o el régimen obligacional en materia de prevención de riesgos que asume el cabeza de familia o titular del hogar cuando acomete la construcción o reforma de su propia vivienda. Cuando en ocasiones trasciende a la crónica de sucesos de los medios de información el acaecimiento de un accidente de trabajo en el curso de una obra de reforma de la vivienda de un particular, hemos comprobado cómo surge en conversaciones informales –tanto en foros especializados como en legos– una cuestión recurrente tal y como es la relativa a la posible responsabilidad del dueño de la vivienda por los daños derivados del accidente. Una respuesta a dicha cuestión apriorística e inspirada por el sentido común suele pasar por descartar la posibilidad de que el dueño de la vivienda asuma ningún tipo de responsabilidad; la cual, se entiende, debe recaer en los profesionales a los que éste ha encomendado el diseño y ejecución de la obra. Sin embargo, esta respuesta, a aquellos que están familiarizados con el régimen jurídico-preventivo de la construcción, quizás no les parezca íntegramente satisfactoria.

Y es que una mera incursión epidérmica en la normativa que regula la seguridad y salud en las obras de construcción es suficiente para comprobar que la respuesta a dicha cuestión dista de ser tan sencilla. Precisamente por ello, en este trabajo pretendemos, superando esa primera aproximación, hacer un examen exhaustivo de la normativa de referencia y abordar la cuestión de la responsabilidad del propietario o cabeza de familia con respecto a la seguridad y salud de los trabajadores que ejecutan la construcción o reforma de su vivienda. Para ello, partiremos de la condición de promotor que la normativa atribuye al cabeza de familia cuando éste impulsa cualquier obra sobre su vivienda y, desde esta premisa, pasaremos a enumerar los deberes que la legislación específica atribuye al promotor y las responsabilidades que pueden emerger de su incumplimiento, analizando si este régimen obligacional tiene o no alguna particularidad en función de que nos encontremos ante un promotor profesional o ante el cabeza de familia o propietario particular de la vivienda.

acaecidos en el resto de sectores profesionales. INSHT : *Informe anual de accidentes de trabajo en España 2015*. INSHT. Madrid, 2016. Pág. 5

2. EL PROMOTOR COMO GARANTE DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES EX R.D. 1627/1997 DE 24 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE ESTABLECEN DISPOSICIONES MÍNIMAS DE SEGURIDAD Y DE SALUD EN LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico-positivo ha carecido tradicionalmente de una definición explícita de promotor². Teniendo en cuenta que se trata de un sujeto cuyas principales actuaciones en el tráfico jurídico se regirán por el derecho civil, resulta en cierta medida sugerente comprobar cómo la primera referencia normativa que define expresamente la figura del promotor aparece en la legislación laboral, y, más concretamente, en una disposición en materia de prevención de riesgos laborales como es el R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, que se referirá al mismo con la intencionalidad inequívoca de incluirlo entre los sujetos obligados en materia de seguridad y salud laboral.

Esta norma –según se lee en su exposición de motivos– venía a “establecer mecanismos específicos para la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en un sector de actividad tan peculiar como es el relativo a las obras de construcción”. Para ello, el Real Decreto tiene presente que en las obras de construcción “intervienen sujetos no habituales en otros ámbitos que han sido regulados con anterioridad”, y define como su principal objetivo el de asentar las obligaciones en la gestión preventiva “del promotor, del proyectista, del contratista y del subcontratista [...] y de los trabajadores autónomos, muy habituales en las obras”.

De esta forma, se produce un giro significativo con respecto a nuestra legislación histórica de seguridad laboral, que desde un comienzo –aún sin aludir literalmente a la figura del promotor– venía rehusando atribuirle deberes directos en la gestión de la seguridad de los trabajadores³. Y es que es evidente que el rol de promotor y la forma de participación que

² Esta carencia fue durante mucho tiempo suplida por la labor de complementación de nuestros tribunales, ante la necesidad de exigirle responsabilidad por los vicios o defectos del edificio por vía de la responsabilidad decenal prevista en el art. 1591 CC. Imputación de responsabilidad que ha tenido por base en los siguientes motivos: “a) que la obra se realiza en su beneficio; b) que se encamina al tráfico de la venta a terceros; c) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; d) que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y, e) que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción, criterio que aparece reflejado en numerosas Sentencias [9 marzo 1988 (RJ 1988\1609), 19 diciembre 1989 (RJ 1989\8843), 8 octubre 1990 (RJ 1990\7585), 1 octubre 1991 (RJ 1991\7255) y 8 junio 1992 (RJ 1992\5168), por citar las más modernas]; incluso ha dicho esta Sala en Sentencia de 13 julio 1987 (RJ 1987\5461) que la responsabilidad del promotor «viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el art. 1591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponden”. [Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia de 28 enero 1994]. Sobre la omisión histórica legislativa a la figura del promotor, y la construcción conceptual del mismo por parte de la jurisprudencia vid. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C: *Responsabilidades y Garantías de los Agentes de la Edificación*, Lex Nova, Valladolid, 2004. Págs. 46-49.

³ Bien es cierto que la pionera de nuestras normas preventivas en materia de responsabilidad empresarial, la Ley de Accidentes de Trabajo de 31 enero de 1900 (Ley Dato), en un primer momento, atribuyó al propietario de la obra la condición de patrono y, por tanto, de deudor de seguridad, independientemente de que actuase como compañía o a título particular. Sin embargo dicha imputación fue rápidamente revisada por el Reglamento de 30 julio de 1900 que desarrollaría la norma anterior, y que en su artículo 1º asentaría que “Estando contratada la (...)

éste asume en el proceso constructivo casan mal con su condición de garante de la seguridad de los trabajadores, toda vez que –como se ha dicho– “el punto de partida para analizar las obligaciones en materia de prevención de riesgos reside en la idea de que el deber general de protección en materia de seguridad en el trabajo deriva del propio poder de dirección y organización del empresario, siendo éste, realmente, el sujeto directamente capacitado, por su propia condición, para procurar un medio de trabajo dotado para el desarrollo con la mayor seguridad posible”⁴. A pesar de las múltiples formas en las que se puede manifestar la promoción inmobiliaria y los distintos grados de participación en los procesos de trabajo que implica cada una de ellas⁵, podemos generalizar y afirmar que el promotor se limita a “desarrollar una serie de acciones de iniciativa, coordinación y financiación de los proyectos de edificación que tienen carácter básicamente administrativo y comercial”⁶ y que, por tanto, los poderes de dirección y organización que se predicen del empresario laboral aparecen en el promotor en gran medida difuminados.

Dicho lo anterior, y a pesar de que existen motivos fundados con los que sostener la incompatibilidad entre la asunción de obligaciones preventivas y el papel que desempeña el promotor en las obras de construcción, lo cierto y verdad es que –como vamos a tener ocasión de justificar– existe una incuestionable intencionalidad legislativa de considerarlo como un sujeto que, aún permaneciendo al margen de la relación laboral, asume obligaciones preventivas en el seno de la misma. Lo cual –dicho sea de paso– es totalmente coherente con la tendencia hacia la universalización o ampliación del espectro de sujetos obligados que apreciamos en la normativa de prevención de las últimas décadas⁷, incluyendo, entre otros sujetos sin relación directa con el trabajador, al servicio de prevención ajeno o a los importadores y fabricantes de equipos de trabajo.

Así las cosas, una vez vigente el R.D. 1627/1997 podemos apreciar cómo se consolida la identificación de la figura del promotor con la de deudor de seguridad; primero en la propia LPRL, que tras la reforma operada por la *Ley 50/1998 de Medidas Fiscales*,

ejecución o explotación de la obra o industria, se considerará patrono al contratista, subsistiendo siempre la responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra o industria”. Exclusión de la condición de patrono reiterada en práctica identidad de términos en el art. 1º de la Ley Reformada de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922 y en el art. 2 del Decreto de 22 junio 1956, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley y el Reglamento de Accidentes de Trabajo.

⁴ VIDA FERNÁNDEZ, R.: *Deberes del empresario*. En *Tratado de prevención de riesgos laborales. Teoría y Práctica*. AAVV Dir. MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. Tecnos, Madrid 2015. Pág. 326.

⁵ Siguiendo aquí a Torollo González, este distingue cuatro formas de intervención del promotor en el proceso de edificación, a saber: *promotor-constructor*, que será quien impulsa la construcción del edificio realizando además las labores constructivas directamente con sus medios y/o con el auxilio de otros empresarios con la intencionalidad de comercializar el edificio; *promotor-vendedor*, que no interviene en el proceso de construcción y se limita a comercializar al resultado de la obra; *promotor mandatario*, que actúa por nombre de otro e intermedia en la contratación de los contratistas; y *promotor-prestatarario o promotor-mediador* que no está movido por el ánimo de lucro, sino que se limita a la realización de las tareas jurídicas, administrativas y financieras necesarias para llevar a cabo la obra, la cual se destina a sus asociados, socios, comuneros o, en su caso, a terceras personas. V.gr. Cooperativa de viviendas. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones en Materia de Seguridad y Salud laboral*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 53. Págs. 85-120. Madrid, 2004. Págs. 92 y 93.

⁶ STS (Sala de lo Social) de 20 julio 2005 núm. 2160/2004. F.Jº, 3º.

⁷ Ya la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en su art. 12 preveía la extensión de responsabilidad a sujetos ajenos a la relación laboral “en la medida que fuere necesaria para prevenir riesgos profesionales.”

Administrativas y del Orden Social, definiría en su art. 45.1 como infracciones en materia de prevención de riesgos laborales “las acciones u omisiones [...] de los promotores y propietarios de obra que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los Convenios Colectivos en materia de seguridad y salud laboral”; posteriormente en la LISOS, que en su art. 2.8⁸ lo incluiría explícitamente en el elenco de sujetos potencialmente responsables de las infracciones laborales.

2.1. El concepto de promotor en el Real Decreto 1627/1997. Ámbito de la norma

La razón de ser de este Real Decreto será la de dar cumplimiento –no sin cierto retraso⁹– al deber de transposición de la *Directiva 92/57/CEE del Consejo de 24 de junio de 1992 Relativa a las Disposiciones Mínimas de Seguridad y de Salud que deben aplicarse en las Obras de Construcción Temporales o Móviles*¹⁰. En puridad, será esta norma comunitaria la que por primera vez incluya al promotor entre los sujetos garantes de la seguridad laboral, y la que provoque en nuestro ordenamiento interno el giro legislativo al que antes hemos aludido. Con ánimo de abarcar todas las manifestaciones posibles de la actividad de promoción inmobiliaria, en esta Directiva se define a la *propiedad* –que será el equivalente semántico de lo que en nuestro ordenamiento interno identificamos como promotor– como “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cuales realice una obra” (art.2,b) sobre la cual hace recaer varias funciones concretas en el diseño de la gestión de la seguridad de los trabajadores en las obras y a las que nos vamos a referir *infra*. Es trascendente reseñar de dicha norma europea la diferenciación que asentará entre la propiedad –que será el promotor– y el empresario –que será el contratista o subcontratista– (art. 7), y que evidencia el propósito manifiesto de extender los deberes preventivos al promotor a pesar de considerarlo un sujeto no equiparable al empresario o empleador laboral.

Por su parte, el R.D. 1627/1997, al menos en lo tocante al tema que nos ocupa, hace una transposición de la Directiva respetuosa con el contenido esencial de esta, manteniendo en sus mismos términos las definiciones de los sujetos intervinientes en las obras de construcción y, entre ellas, la del promotor, al cual define en su art. 2.1.c) –con idéntico tenor literal al empleado en la Directiva– como “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cuales realice una obra”¹¹.

Lo primero que resalta de la definición transcrita –y lo más significativo para el tema de nuestro análisis– quizás sea lo abstracto de la misma. Como afirma Torollo González “la definición que facilita el RD 1627/1997 del promotor es breve y en su brevedad el ámbito subjetivo que dibuja es muy amplio”. Desde esta conceptualización abierta podemos sostener que en cualquier obra de construcción encontraremos la existencia de un promotor, pues es obvio que toda obra se realiza por cuenta de alguien, ya sea propia o ajena. Además, la

⁸ En la redacción dada por el art. 9.1 de la *Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales*.

⁹ El plazo de transposición marcado por la Directiva vencía el 31 de diciembre de 1993.

¹⁰ Esta Directiva a su vez trae causa del compromiso recogido en el art. 16.1 de la Directiva del Consejo de 12 de junio de 1989, o *Directiva Marco*, según el cual: “A propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo” entre los que se encuentran las “Obras temporales y móviles”.

¹¹ Definición de promotor que será recogida sin variación gramatical también en el art. 3.b) de la *Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción*.

amplitud con la que se nos presenta provoca que “ninguna de las modalidades posibles de promotor se escape de su ámbito subjetivo”¹², siendo totalmente indiferente –como luego abundaremos– que el promotor impulse la obra movido por el ánimo de lucro o no, así como que ejerza de promotor con carácter habitual o lo haga de forma esporádica u ocasional. Esta definición amplia superará no solo a la elaborada previamente por la jurisprudencia, sino también a la que después introdujera la *Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*.¹³

Por otro lado debemos tener en cuenta que cuando el promotor ejecute directamente con medios humanos y materiales propios la totalidad o parte de la construcción, asumirá además la condición de contratista (art. 2.3 R.D. 1627/1997, art.3.e) LSSC y D.A. 2ª RSC). Igualmente tendrá la consideración de contratista cuando contrate directamente a trabajadores autónomos, con la excepción del cabeza de familia cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación de su vivienda (art. 2.3 *in fine* R.D. 1627/1997 y D.A. 2ª RSC.2). Así, tal y como alguna vez han distinguido nuestros tribunales, podemos hablar de “*promotor puro*” y el “*promotor-constructor*”¹⁴, figura esta que asumirá las obligaciones preventivas que les son propias como promotor pero también las que la ley impone al contratista.

Por último y respecto al ámbito material de aplicación de este Real Decreto podemos decir que –según se lee en su exposición de motivos–, esta norma venía a ocupar el vacío normativo generado por la legislación vigente hasta el momento, la cual solo regulaba algunas manifestaciones parciales de la actividad constructiva. Así, con claro afán de universalidad, nos define como su ámbito sustantivo de aplicación el de “cualquier obra, pública o privada, en la que se realicen trabajos de construcción o ingeniería civil”. A pesar de la meridiana claridad con la que se pronuncia la norma sobre su vocación de abarcar la totalidad de la actividad constructiva, es menester resolver expresamente –para una mayor clarificación de cuanto sigue– si a los efectos de este Real Decreto aquellas obras menores o de mera reforma tienen también la naturaleza de obras de construcción y quedan por tanto incluidas en su ámbito objetivo de aplicación. Cualquier atisbo de duda sobre este particular se resuelve en el art.2 de “*definiciones*”, en cuyo apartado “a” se nos define a la obra de construcción como “cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil cuya relación no exhaustiva figura en el anexo I”; y si acudimos a dicho listado apendicular de actividades, encontramos, a título ejemplificativo, amén de otras obras de mayor envergadura, las de “acondicionamiento o instalaciones, transformación, rehabilitación y reparación”. De esta forma –no está de más recalcar– el ámbito objetivo del R.D. 1627/1997 es bastante más amplio que el previsto en la LOE, por lo que pueden darse multitud de obras de construcción que, sin tener tal consideración jurídica desde el punto de vista civil o administrativo, sí lo sean desde el punto de vista laboral, obras estas últimas en las que habrán de implantarse todas las medidas preventivas que contempla el R.D. 1627/1997.

¹² TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones...* Op.cit. Pág. 105

¹³ Art. 9.1 LOE “Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”, exigiéndose además que ostente la propiedad del solar ex art. 9.2 a).

¹⁴ STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 5 de diciembre de 2001.

2.2. El cabeza de familia como promotor en el R.D. 1627/1997

Aquí utilizamos el giro lingüístico *cabeza de familia* por ser coherentes con la terminología empleada por el legislador en el R.D. 1627/1997, el cual se refiere expresamente al cabeza de familia sin aportar ninguna definición del mismo. A pesar de que esta expresión es iterativa en nuestra jurisprudencia e incluso en un gran número de disposiciones normativas en las que se alude expresamente al cabeza de familia –otrora se ha empleado también la expresión *amo de casa*–, no cuenta nuestro ordenamiento con una definición unívoca del mismo, teniendo acepciones distintas según la rama del Derecho desde la que se aborde. En cualquier caso, es claro que la acepción del cabeza de familia que se utiliza en otros ámbitos jurídicos como puede ser, verbigracia, en la órbita del Derecho de familia¹⁵, donde aparece caracterizada por estar dotada de una serie de potestades legales y de representación, carece de trascendencia a efectos laborales.

Para lo que nos ocupa, una aproximación válida al significado de esta expresión dentro del Derecho social puede ser la definición que de ella hace el art. 4.1 del *Decreto 2346/1969, de 25 de Septiembre, por el que se Regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico*, según el cual “se considera cabeza de familia, a los efectos de este Régimen Especial, a toda persona natural que tenga algún empleado de hogar a su servicio en su domicilio y sin ánimo de lucro”. Extrapolándola con cautela al ámbito de la construcción, podemos decir que será cabeza de familia a tales efectos la persona natural que, sin mediar voluntad crematística, concierta la ejecución de una obra en su vivienda, aunque en este caso –es importante diferenciar– no tomará a su cargo empleado alguno, sino que concertará la proyección y ejecución de la obra con otras empresas o trabajadores autónomos¹⁶. Su posición en el proceso productivo se asimilaría a la del empresario titular del centro de trabajo tal y como se define a éste en el R.D. 171/2004, aunque, en realidad, no podemos obviar que se trata de un consumidor o destinatario final de los servicios.

Dicho lo anterior, y como hemos visto, el R.D. 1627/1997 parte de una definición amplia de promotor, de tal modo que bajo la misma es posible subsumir todas las formas imaginables en las que puede manifestarse la actividad de promoción inmobiliaria. Desde esta definición extensiva es intrascendente para la calificación de promotor que este sujeto impulse la obra en el ejercicio de una actividad empresarial y habitual o que lo haga esporádicamente, a título particular y sin intención lucrativa alguna¹⁷. Sobre este extremo la norma es contundente cuando solo atribuye *ex lege* la condición de empresario a los contratistas y subcontratistas (exposición de motivos y art. 2.2), lo que, a *sensu contrario*,

¹⁵ A título ilustrativo podemos aportar la definición de cabeza de familia en el ámbito familiar contenida en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas Torres, que se refiere al mismo como: “La persona más caracterizada y la que ejerce la jefatura doméstica. Suele ser el padre y marido; a falta de él, y con prole, la madre viuda. Cuando conviven tres generaciones, influye bastante el estado general del más anciano, y asimismo quién sea el sostén económico del hogar. Tiene tal cabeza diversas facultades morales, legales y de representación con respecto a quienes de él dependen, por estar sometidos a la patria potestad, a la autoridad marital o por la percepción de alimentos (v.) o asistencia del mismo. Se está frente a un complejo jurídico de potestades y deberes”. CABANELLAS TORRES, G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II C-CH. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1994. Pág. 5.

¹⁶ Ya que de ser así, además de empleador, asumiría el rol de contratista y tendría el mismo tratamiento que cualquier otra empresa.

¹⁷ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones...Op.cit.* Pág.89.

nos permite inferir que la norma excluye la consideración de empresario para el promotor, al menos a los efectos de aplicación de dicho texto legal.

Así las cosas y para el tema que nos ocupa, excluida la condición de empresario del promotor, y al no exigirse en éste los rasgos de profesionalidad o habitualidad, es posible extender la cualidad de promotor a sujetos que esporádicamente impulsen o encarguen la construcción o reforma de un bien inmueble y, entre ellos, también al cabeza de familia, tal y como aquí lo hemos definido, cuando encargue la construcción o reforma de su vivienda. En el tenor literal de la norma no encontramos ningún obstáculo que impida llegar a tal conclusión; más bien al contrario, aunque la norma no haga referencia expresa a la condición de promotor del cabeza de familia, sí lo hace implícitamente en su art. 2.3, según el cual:

“Cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, tendrá la consideración de contratista respecto de aquéllos a efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda”.

La exclusión contenida en el párrafo segundo¹⁸ –única referencia expresa al cabeza de familia que contiene el R.D. 1627/1997– sería improcedente si el legislador hubiese querido excluir la condición de promotor del cabeza de familia. Lo mismo cabe predicar de las excepciones previstas en los art. 42.2 ET; 16 y 168 LGSS.

Estas excepciones evidencian que nuestro legislador ha querido, sin ningún género de dudas, que al cabeza de familia se le considere promotor cuando decide impulsar la construcción o reforma de su vivienda¹⁹ y, tomando en consideración su falta de profesionalidad y habitualidad, configura para el mismo un régimen jurídico *ad hoc*, rebajando, mediante estas excepciones, el haz de responsabilidades que se atribuye al promotor profesional con fundamento en la inexistencia de “*aprovechamiento económico*”²⁰. Pero conviene subrayar, pues sobre esto volveremos *infra*, que lo que estos artículos contemplan es una exoneración de la responsabilidad del promotor por hecho ajeno –de sus contratistas o subcontratistas–, pero en nada afectan a las responsabilidades propias que tiene

¹⁸ Que se reitera en identidad de términos en la disposición adicional 2ª del RD1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la LSC.

¹⁹ Respecto al alcance de la expresión “vivienda”, entendemos que, entrando en juego el principio de interpretación más favorable al administrado, habrá de extenderse a toda edificación destinada a servir de residencia del cabeza de familia, aunque no sea su vivienda habitual (tal como aceptó la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo sede en Granada núm. 1433/2011 de 13 de junio de 2011) y, aunque no ostente la propiedad de la misma, sino solo su disfrute. Ahora bien, nuestros tribunales han sido estrictos en su interpretación a la hora de extender esta excepción a otros tipos de edificaciones, en el entendimiento de que “tampoco podía hablarse estrictamente de propia vivienda, si se trata de una cabaña dentro de una explotación agropecuaria [...] Tampoco justificada su utilización por el hijo del recurrente y posible, siquiera hipotéticamente, otro destino como vivienda pero no necesariamente familiar (turismo rural, por ejemplo)”. STSJ de Cantabria Sala de lo Social núm.950/2005 de 19 de septiembre de 2005.

²⁰ En efecto, esta ha sido la justificación que nuestros tribunales han dado a dicha exención de responsabilidad solidaria al cabeza de familia prevista en el art. 42.2 ET “porque éste, ni actúa como empresario, ni por lo mismo puede exigírsele la diligencia «in vigilando» que cabe pedir a quien, de manera profesional, contrata obras de tal naturaleza”. STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social) núm. 2089/2002 de 2 julio de 2002.

atribuidas *ope legis* como promotor, a las que seguidamente nos vamos a referir, y que son la elaboración del estudio de seguridad y salud y la designación del coordinador de seguridad y salud. Sobre estas dos obligaciones la normativa no establece ningún trato diferenciado para el cabeza de familia; por tanto, al respecto de las mismas solo cabrá entender que son exigibles por igual tanto al promotor profesional como al cabeza de familia que promueve la construcción o reparación de su vivienda; lo cual, según se ha dicho –y nosotros compartimos– es una “*situación que parece algo desproporcionada*”²¹.

Empero, al margen de juicios de valor y esquivando entrar a enjuiciar la oportunidad o no de dicha opción legislativa, creemos que es la única interpretación recta que cabe de la normativa de referencia una vez que se ha aceptado que el promotor asume obligaciones preventivas *ex* R.D. 1627/1997 y que esta norma contiene una acepción amplia de promotor en la que tiene perfecto acomodo el cabeza de familia.

3. LAS OBLIGACIONES DEL PROMOTOR EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Habiendo introducido ya el giro legislativo provocado por el R.D. 1627/1997 por el cual se identifica al promotor como un sujeto obligado más en materia preventiva, y habiendo definido al cabeza de familia como promotor a los efectos de dicho Real Decreto, toca ahora dar un paso más en nuestro análisis y concretar cuáles son las obligaciones de seguridad y salud que este sujeto asume en el desarrollo de una obra de construcción. Como habíamos dicho, el principal desiderátum del RD 1627/1997, según se recoge en su exposición de motivos, es el de definir las competencias preventivas que asume cada sujeto interviniente en el proceso constructivo y, entre ellas, particularmente, las que se refieren al promotor. También aquí el Real Decreto es fiel al contenido de la Directiva comunitaria de la que trae causa, e impone al promotor las dos obligaciones que en la misma se preveían para *la propiedad*. Una de ellas es la designación de un coordinador de seguridad y salud cuando intervengan en la obra más de un contratista o varios trabajadores autónomos (art. 3.1 Directiva 92/57), y la otra se refiere a la elaboración de un estudio de seguridad y salud –plan de seguridad y salud en la nomenclatura comunitaria– (art. 3.2 en relación con el 5.b).

a) La primera, relativa a la designación de un coordinador en materia de seguridad y de salud, será preceptiva siempre que, durante la elaboración del proyecto de obra, intervengan varios proyectistas (art. 3.1 RD 1627/1997) o cuando en fase de ejecución participen más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos, o diversos trabajadores autónomos (art.3.2). Sin que, en ningún caso, –recalca la norma–, la mera designación del coordinador exima al promotor de sus eventuales responsabilidades (art.3.4)²², el cual asume con respecto a los profesionales designados auténticos deberes de vigilancia²³.

²¹ IGARTÚA MIRÓ, M. T^o: *Aspectos Claves de la Seguridad en las Obras de Construcción: Obligaciones Específicas y de Responsabilidad Administrativa*. En AA.VV. (Coord). MONGE FERNÁNDEZ A: *Responsabilidad y Construcción (Aspectos laborales, civiles y penales)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. Pág. 124.

²² Esta objetividad de la responsabilidad del promotor, que alcanzará incluso la derivada de la negligencia de los coordinadores de seguridad y salud, viene refrendada por la LISOS, en cuyo art. 24.d) y e) se consideran infracciones imputables al promotor: “d) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las (...)”

Este coordinador de seguridad y salud, con carácter genérico, será un profesional con la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico (DA 4ª LOE), y ha de poseer una formación mínima en materia preventiva de nivel intermedio (art. 14.4 R.D. 171/2004). Será el encargado de armonizar la actuación de los distintos contratistas y subcontratistas intervinientes, tratando así de dotar de un carácter unitario y coherente a la gestión preventiva de la obra. En este sentido podemos decir que se trata de una manifestación, para el ámbito concreto de la construcción, de los deberes de coordinación que se imponen en el art. 24 LPRL y que, posteriormente, han sido desarrollados por el *RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales*. De hecho, según dispone esta última norma en su D.A. 1ª, el coordinador de seguridad y salud será, para el ámbito de la construcción, el responsable de coordinar la actividad e impartir las instrucciones contempladas en la misma.

En cuanto a las funciones concretas que el Real Decreto 1627/1997 atribuye a este coordinador de seguridad y salud, serán distintas en función de la etapa en la que se encuentre la obra. Así, durante la fase de elaboración del proyecto será el encargado de integrar los principios generales de prevención de riesgos en la concepción, estudio y elaboración del proyecto de obra (arts. 2.1.e y 8.3); mientras que, durante la fase de ejecución, estará integrado en la dirección facultativa –de existir ésta–, y asumirá las funciones previstas en el art. 9 de la norma. Tales funciones consisten, esencialmente, en lograr que la actuación de los contratistas se ajuste a los principios de la acción preventiva que se recogen en el art. 15 LPRL, y en aprobar los respectivos planes de seguridad de las distintas empresas contratistas.

Por último, conviene aclarar –pues sobre esto la norma no es del todo explícita y tiempo atrás fue una cuestión controvertida²⁴– que la designación del coordinador

obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra. e) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra”.

²³ Lo cual, alguna vez se ha tachado de excesivamente gravoso para el promotor. En tal sentido, Torollo González: “Así pues, si el deber de vigilancia se impone al empresario porque tiene personas que dependen de él y ejecutan su trabajo conforme a las órdenes e instrucciones que imparte bajo amenaza de sanción, parece excesivo imponer al promotor este deber de vigilancia si no cuenta con trabajadores a su servicio y no forma parte del régimen de contrata. La culpa en vigilando requiere como presupuesto inexcusable una relación jerárquica o de dependencia más o menos intensa entre el trabajador y la empresa a la que se exija responsabilidad. El deber de vigilancia constituye una deuda laboral que la ley no reconoce expresamente al promotor, sino al empresario”. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J. *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones...Op.cit.* Pág. 104.

²⁴ En un principio el criterio predominante en las instituciones público-preventivas era que la designación del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, únicamente era exigible cuando la obra contase con proyecto de ejecución. Dicho criterio fue recogido en el acuerdo adoptado en el seno del grupo de trabajo de construcción de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como en la Guía Técnica sobre el RD 1627/1997 elaborado por el INSHT. Dicha tesis tenía por apoyatura la propia definición de coordinador de seguridad y salud contenida en el art. 2.1.f) del R.D. 1627/1997, que identificaba al mismo como “el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo

(...)

de seguridad será preceptiva tanto en las obras que requieran de proyecto de obras *ex art. 2.2 LOE* como en las que no. Así lo confirmó categóricamente el TJUE (Sala quinta) en su sentencia de 7 de octubre de 2010, asunto C-224/09, en la que declaraba contraria a la Directiva 92/57 cualquier disposición nacional que limitase la obligatoriedad de esta medida preventiva a un determinado tipo de obras²⁵. Esto, a efectos prácticos, no es baladí. Téngase presente que, como corolario del alto grado de especialización que predomina en el sector de la construcción, no será infrecuente que, incluso en aquellas obras de escasa envergadura, concurren distintas empresas o trabajadores autónomos. Lo cual, por sí solo, ya obligará al promotor a proceder a la designación de un coordinador de seguridad y salud. En este sentido, de añadidura y con cierto interés para lo que nos ocupa, cabe reseñar que la sentencia del TJUE a la que nos referimos, resolvía el caso de una obra en la que la promotora era un particular que reformaba su vivienda habitual, lo cual no interfiere en modo alguno en la contundencia con la que se afirma la obligación a cargo de la *propiedad* –o promotor en la semántica legislativa nacional– de designar al coordinador de seguridad y salud.

b) De otro lado, en cuanto a la segunda de las obligaciones que el R.D. 1627/1997 impone al promotor, se prevé también en la fase de proyecto, el encargo por parte del promotor de elaborar un *estudio de seguridad y salud* (en lo que sigue ESS) o, según proceda, atendiendo a características de la construcción, la elaboración de un *estudio básico de seguridad y salud* (EBSS). Se trata de un complejo informe preventivo que actúa como instrumento de evaluación de riesgos y que, en un principio, estuvo limitado al ámbito de la edificación y obras públicas²⁶. Sin embargo, con el R.D. 1627/1997 se generaliza a la totalidad de las obras de construcción para dar transposición efectiva al art. 5 b) de la Directiva 92/57/CEE.

El primero de estos estudios, el ESS, de una mayor complejidad técnica, está previsto para aquellas obras que se encuentren en cualquiera de los supuestos contemplados en el art. 4.1 del R.D. 1697/1997, a saber: a) que se traten de obras cuyo presupuesto de ejecución supere los 75 millones de pesetas; b) cuya duración estimada sobrepase los 30 días y emplee en algún momento a más de 20 trabajadores

las tareas que se mencionan en el artículo 9”. La dirección facultativa solo estará presente en las obras con proyecto, por lo que cabría inferir que en las obras sin proyecto, al no haber dirección facultativa, no era preceptiva la designación de un coordinador de seguridad y salud. Empero esta interpretación fue corregida por la *Dirección General de Ordenación Normativa de la Dirección General de Trabajo* que emitió un informe sobre la interpretación que debe darse al art. 3.2 del Real Decreto 1627/1997. http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Docum_ITSS/Inform_desig_coord.pdf (Consultado el 3-1-2017).

²⁵ Al contrario de lo que sucede con el deber de elaborar un plan de seguridad y salud contenida en el art. 3.2 de la Directiva, sobre el cual el legislador nacional puede establecer excepciones a su obligatoriedad, el art. 3.1 contiene un mandato incondicional. Por lo que, según interpreta el TJUE, “*debe designarse siempre a un coordinador en materia de seguridad y de salud en una obra en la que estén presentes varias empresas, con independencia de que los trabajos estén sujetos o no a licencia o de que dicha obra implique o no riesgos específicos*”. De ello se deriva que sobre este particular la incidencia del tipo de obra y la necesidad o no de proyecto será de todo punto intrascendente.

²⁶ Aparece por primera vez en nuestra legislación el RD 555/1986 de 21 de febrero, por el que se *Implanta la Obligatoriedad de la Inclusión de un Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo en los Proyectos de Edificación y Obras Públicas*.

simultáneamente; c) cuya ejecución requiera más 500 peonadas; d) o que se refieran a la construcción de túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas.

En el resto de obras que no se encuentren comprendidas en los anteriores supuestos, será necesaria la elaboración de un EBSS. Sendos estudios, tanto en su formato básico como ordinario, deberán ser elaborados por el coordinador de seguridad y salud de existir éste en la obra o, en su defecto, por un técnico designado *ad hoc* por el promotor. Merece resaltarse nuevamente que el mero encargo de la elaboración del informe en ningún caso eximirá al promotor de su responsabilidad, pues esta aparece configurada como de naturaleza objetiva y abarcará incluso la derivada de las deficiencias de este documento, aunque estas sean tributarias de la falta de diligencia de los técnicos designados para su elaboración (art. 12.24, b LISOS).

En cuanto a su contenido, podemos decir que se trata de un informe ciertamente complejo, siendo especialmente prolijo para el ESS y rebajándose el contenido mínimo exigido para el caso del EBSS. Así, para el primero de ellos, esto es, el ordinario, la norma en su art. 5.2 preceptúa que deberá contar, al menos, con los siguientes documentos: a) memoria descriptiva de los procedimientos y equipos que se van a emplear en la obra, identificando los riesgos presentes y los medios preventivos destinados a evitarlos o aminorarlos; b) pliego de condiciones particulares que contendrá la normativa aplicable a la obra así como información relativa a las máquinas, útiles, herramientas, sistemas y equipos preventivos; c) gráficos y esquemas necesarios para la aplicación de las medidas preventivas definidas en la memoria; d) mediciones de las unidades de seguridad y salud proyectadas; y e) presupuesto que cuantifique los gastos derivados de la aplicación y ejecución del ESS.

Por su parte, para el caso del EBSS la norma es bastante más laxa, no imponiendo una relación de documentos tasados que deba incluir, sino que aquí se limita a definir el objetivo que deberá cumplir este estudio, que será el de “precisar las normas de seguridad y salud aplicables a la obra”. Para ello, según lo dispuesto en el art.6.2, identificará los riesgos laborales que puedan ser evitados y las medidas técnicas necesarias para ello y referirá los riesgos laborales que no puedan eliminarse, especificando las medidas preventivas tendentes a reducirlos. Contendrá además medidas específicas relativas a los trabajos de especial peligrosidad enumerados en el anexo II del Real Decreto.

A diferencia de lo que ocurriría con la designación del coordinador de seguridad y salud, la elaboración del ESS/EBSS solo será preceptiva en aquellas obras que requieran proyecto de obras ex art. 2.2 LOE. Sobre esta medida preventiva la Directiva 92/57 sí que otorga cierto margen de maniobra a los Estados miembros al disponer en su párrafo segundo que éstos “podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones [...] salvo si se trata de trabajos que supongan riesgos específicos, tal y como se enumeran en el Anexo II”. Haciendo uso de esta licencia, el legislador español ha hecho depender la obligatoriedad del ESS/EBSS en función de que la obra en cuestión se encuentre comprendida o no entre las obras que requieren proyecto de edificación. O, al menos, eso parece. Sin que exista ningún precepto que así lo prevea expresamente, podemos llegar a dicha conclusión si observamos que,

según el art. 4.1 del RD 1627/1997, “el promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos”²⁷. Por otro lado, además, según el art. 5.3 del mismo cuerpo legal, “dicho estudio deberá formar parte del proyecto de ejecución de obra o, en su caso, del proyecto de obra, ser coherente con el contenido del mismo y recoger las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de la obra”.

Como decíamos, la redacción de la norma no es, sobre este extremo, todo lo contundente que cabría esperar. Sin embargo, las directrices públicas en la materia sustentan dicha hipótesis;²⁸ además, esta interpretación, como comprobaremos *ut infra*, también ha sido acogida por nuestros tribunales²⁹, y será, por tanto, sobre la que nosotros trabajaremos.

Por último, debemos tener presente que, hasta 2010, el RD 1627/1997 –al igual que la Directiva 92/57/CEE– imponía en su art.18 al promotor el deber de cursar ante la autoridad laboral el aviso previo al inicio de las obras. Este artículo, sin embargo, fue derogado por el apartado dos de la disposición derogatoria única del RD 337/2010³⁰. La funcionalidad de este aviso previo queda ahora cubierta por la comunicación de apertura, cuya elaboración y presentación se le encomienda al contratista según dispone el art. 6.3 *Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales*.³¹ Dicho esto, aunque el deber de realizar la comunicación de apertura recaiga sobre el contratista, debemos tener presente también lo dispuesto en ese mismo art. 6.3 del R.D. 1/1986 *in fine*, según el cual “el promotor deberá velar por el cumplimiento de la obligación impuesta al contratista”; deber de vigilancia que es reiterado con más concreción en el art. 5 *in fine* de la *Orden TIN/1071/2010, de 27 de abril, sobre los requisitos y datos que deben reunir las comunicaciones de apertura o de reanudación de actividades en los centros de trabajo*, el cual hace recaer sobre el promotor solidariamente la responsabilidad administrativa derivada del incumplimiento de cualquiera de los requisitos de las comunicaciones de apertura que deban presentarse en las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación del R.D. 1627/1997. Extensión de responsabilidad al promotor que se hace sin ninguna distinción en función de que se trate de un profesional o de que se trate de un particular o cabeza de familia.

²⁷ Contenido que se repite en el art. 4.3 y en los arts. 5.1 y 6.1 al indicar que, tanto el ESS como el EBSS, se elaborarán “durante la elaboración del proyecto de obra”.

²⁸ En este sentido, el INSHT, en sus *Directrices Básicas para la Integración de la Prevención de los Riesgos Laborales en las Obras de Construcción*, prevé solo la elaboración del ESS en las obras en las que sea necesaria la elaboración de un proyecto. (Pág. 8 y 9). De igual forma, las NTPs nº1071 y 1072 de este mismo organismo, afirman que “el estudio de seguridad y salud o estudio básico de seguridad y salud, según corresponda, forma parte del proyecto de obra. Por lo tanto, en las obras que carecen de proyecto no se dispondrá de estos documentos” (NTP nº 1071, pág.1).

²⁹ SAP de Madrid de 25 de octubre de 2013 núm. 79/2013 y STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo de Granada núm. 1433/2011 de 13 de junio de 2011.

³⁰ RD 337/2010 de 19 de marzo, *por el que se modifican el R.D. 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; el R.D. 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y el R.D. 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción*.

³¹ Introducido por el introducido por el art. 7.2 de la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*.

4. DOCTRINA JUDICIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL CABEZA DE FAMILIA DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO. LA PREVISIÓN DEL ART. 42.2 ET COMO VÍA DE EXONERACIÓN

Una de las principales dificultades que afrontamos en este trabajo es la inexistencia de un número abundante de resoluciones judiciales que hayan abordado el asunto que nos ocupa y que nos puedan servir para complementar las tesis que aquí planteamos. Dicho lo anterior, es cierto que en las escasas resoluciones judiciales encontradas podemos entrever una tendencia mayoritaria que pasa por estimar la irresponsabilidad del cabeza de familia con apoyatura en la vía de exoneración prevista en el art. 42.2 ET.

En este sentido, y por citar la más reciente, la STSJ de Andalucía Sala de Sevilla, (sección 1ª) núm. 1354/2016 de 18 de mayo de 2016, al abordar la eventual responsabilidad derivada de accidente de trabajo del propietario de una vivienda en la que se efectuaban unas obras de reforma, nos dirá en su F.Jº 3 que:

«(...)aunque conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, pudiese considerarse el promotor de la obra, toda vez que la norma citada considera promotor a "cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título", no procede extender a Don Ernesto, ninguna responsabilidad derivada del accidente que sufrieron los trabajadores actores, pues resulta aplicable a este supuesto, lo dispuesto en el artículo 42.2 de Estatuto de los Trabajadores (texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que, aunque hoy derogado, se aplica por razones temporales ya que era el texto vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos enjuiciados), en la redacción proporcionada por Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo, que por lo que aquí interesa decía, "No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial", revelándose el supuesto enjuiciado como el supuesto típico de aplicación de la exclusión de responsabilidad, por aplicación de la excepción que establece la norma aludida pues, habiendo encargado un particular la ejecución de una obra en vivienda de su propiedad, aunque el mismo promueva la obra, ni actúa como empresario, ni realiza el encargo ni contrata la ejecución, a los trabajadores, por razón de «una actividad empresarial», y en lógica conclusión, no puede extenderse al dueño de la obra la responsabilidad que pretenden los recurrentes, pues al no actuar como empresario no le es exigible la diligencia en relación a las medidas de seguridad respecto de los trabajadores que elaboran en la obra de su vivienda, que le es exigible al empresario que los contrata, y por cuya cuenta trabajan. Así pues, y al hilo con lo resuelto en supuesto semejante por la sentencia de este mismo Tribunal Superior de Justicia, Sala de Granada, en sentencia de 2 de julio de 2002 y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 7 noviembre de 2012, ha de ser desestimada la pretensión de condena del propietario de la obra, confirmando el pronunciamiento al respecto efectuado por la sentencia de instancia.»

Con similar argumentación, además de las ya reseñadas en el extracto transcrito, podemos añadir las SSTSJ de Andalucía/Granada (Sala de los Social, Sección 2ª) núm.

696/2004 de 24 Febrero de 2004³² y de Aragón, (Sala de los Social) núm. 517/2001 de 7 de octubre de 2001.

Por todo lo que hasta aquí hemos expuesto, entendemos –dicho sea en los más estrictos términos de análisis crítico-jurídico–, que la sentencia transcrita –así como las otras citadas de referencia, que se expresan en términos casi idénticos– adolece de un *iter* argumentativo incompleto, pues aunque se planteaba la posible responsabilidad del cabeza de familia como promotor –la propia sentencia parte de la condición de promotor del cabeza de familia–, en ningún momento se analiza el cumplimiento o no de las medidas que la legislación le atribuye a éste. Es más, y para abundar en nuestro disenso, en la fundamentación jurídica de la resolución no se menciona ni una sola vez el RD 1627/1997, el cual, en cualquier caso y como hemos visto, sería el cuerpo legal que daría lugar a una eventual atribución de responsabilidad al promotor.

La exoneración del promotor-cabeza de familia pasa en estas sentencias por la invocación del art. 42.2 ET; según este precepto:

“El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el periodo de vigencia de la contrata.

De las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”.

Sin embargo, como se puede apreciar –y como ya habíamos adelantado– lo que establece este precepto *in fine*, como excepción a la regla general, es la exoneración para el cabeza de familia de la responsabilidad solidaria emanada “por los actos del contratista”. Se trata así de una exoneración de la responsabilidad derivada de hecho ajeno, pero que en nada afecta a las responsabilidades propias del promotor que recaen específicamente sobre éste en virtud del R.D. 1627/1997y que son la elaboración del ESS/EBSS y la designación de un coordinador de seguridad y salud; obligaciones estas sobre las que no se pronuncian las sentencias citadas. Además, hay que señalar que el art. 42.2 alude únicamente a *obligaciones de naturaleza salarial* y de la *Seguridad Social*, y que, por ende, entendemos, no alcanza a la eventual responsabilidad administrativa, civil o penal que se le pudiese imputar, en su caso, a un cabeza de familia.

³² Esta misma Sala (sección 1ª), esta vez *obiter dictum*, descartará nuevamente la responsabilidad del cabeza de familia con base en el art. 42.2 ET en su sentencia de 14 de diciembre de 2016 núm. 2804/2016, F.º tercero *in fine*.

Similar fundamentación a las anteriores sentencias tendrá la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 5575/2012 de 7 noviembre, con la significativa diferencia de que, en este litigio la parte actora sí que invocó la infracción de los arts. 2, 3.4,2.6 y 18³³ del RD 1627/1997 como incumplimientos expresamente atribuibles al promotor-cabeza de familia y, por tanto, como título de imputación de responsabilidad al mismo. Sin embargo, sin entrar a analizar la vulneración de dichos preceptos, el tribunal gallego absuelve al promotor cabeza de familia invocando nuevamente el art. 42.2 ET, en el entendimiento de que este:

“(…) es claro cuando señala que no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de la actividad empresarial”. Y partiendo de tal exclusión es cómo han de ser interpretadas las obligaciones que el RD 1627/1997 impone a un promotor profesional, que se lucre de la obra ejecutada, pero no cuando se trata de promotores particulares como sucede en el caso de autos, en el que además de contratar la obra para el arreglo de la vivienda de su madre y suegra respectivamente, tal construcción nada tiene que ver con la actividad que habitualmente realizan…”.

Según el tenor literal del extracto transcrito, la Sala gallega sostiene que el RD 1627/1997 impone obligaciones únicamente al promotor profesional. Nuestra opinión, discrepante con este razonamiento, se basa en lo ya argumentado en nuestro epígrafe anterior y, remitiendo al mismo para no caer en juicios tautológicos, baste aquí reiterar la concepción amplia de promotor que configura el RD 1627/1997, y la inexistencia de un régimen normativo diferenciado en función de la profesionalidad o no del mismo. Respecto a la invocación del art. 42.2 ET que también hace el TSJ de Galicia, nos reafirmamos en lo recién dicho: es válido para exonerar al cabeza de familia de la responsabilidad solidaria derivada de los incumplimientos del contratista, pero la absolución del promotor debería pasar por examinar el cumplimiento de los deberes que, como tales, le son propios y no quedan cubiertos por la cláusula del art. 42.2 ET.

Por lo expuesto, en sentido contrario a las anteriores resoluciones, para nosotros alcanza un examen más completo de la normativa aplicable la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo Sala de Granada núm. 1433/2011 de 13 de junio de 2011. Tratando de sintetizar sus antecedentes fácticos, podemos decir que se enjuiciaba el supuesto de un accidente de trabajo que provocó la muerte de un albañil en noviembre de 1998, cuando se encontraba realizando la construcción de un altillo o habitación de aproximadamente 16 m² en un chalé. Esta edificación era la segunda residencia del promotor cabeza de familia, quien contrató directamente a los tres trabajadores autónomos que intervinieron. La investigación de la Inspección de Trabajo concluyó que no disponía de licencia de obras así como tampoco de EBSS ni del correspondiente proyecto técnico, lo que condujo a la Inspección de Trabajo a imputar la infracción del art. 4 del Real Decreto 1627/1997, y a calificar los hechos como constitutivos de una infracción grave prevista a la sazón en el art. 48.8 de la LPRL (hoy art. 13.10 de la LISOS) “no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa

³³ Este último artículo relativo a la comunicación del inicio de obras hoy ya derogado, como vimos *supra*.

sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”. Concretándose en la sanción de 8 millones de pesetas.

El promotor recurrente estructuró su defensa sobre tres pilares diferenciados, a saber: a) que no puede tener el recurrente la consideración de promotor de las obras, puesto que se trata del propietario particular de una vivienda que contrata a los trabajadores autónomos para la realización de las obras, en aplicación del art. 2.1h) del RD 1627/1997; b) la escasa envergadura de la obra y, por tanto, la no necesidad de proyecto de construcción ni de EBSS; y c) con carácter subsidiario, la pretensión de rebajar la sanción estimando más acertada la tipificación de los hechos con la infracción grave prevista entonces en el artículo 47.6 de la ley 31/1995 “Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra”.

En el apartado de fundamentación jurídica, el primero de estos alegatos es rebatido contundentemente por el TSJ andaluz, al sostener la asunción de obligaciones preventivas por parte del cabeza de familia por imposición del RD 1627/1997 y al manifestar categóricamente que “el incumplimiento de la obligación de elaborar el estudio básico de seguridad alcanza exclusivamente al propietario de la obra en cuanto es promotor de la misma” (F.J.º5º). O, de forma más firme si cabe, cuando afirma que “la inexistencia del estudio de seguridad reseñada en el acta así como la inexistencia de las medidas preventivas mínimas exigibles [...] constituyen un incumplimiento de las obligaciones impuestas de manera directa y específica al promotor” (F.J.º 6º).

Vemos cómo, partiendo de la condición de promotor del cabeza de familia, le atribuye las obligaciones que les son propias como tales; entre ellas y para el caso concreto, la elaboración de un EBSS previsto en el art. 4 del RD1627/1997, y ello sin ningún tipo de distinguo en atención a la profesionalidad o no de éste.

La segunda de las tesis abroqueladas por el actor, la relativa al carácter menor de la obra, merece también nuestra atención. Alega el recurrente que se trata de una obra menor y que, por tanto, no era preceptiva la elaboración de un proyecto de obra y, por ende, tampoco de un EBSS. Sin embargo, el TSJ de Andalucía, recogiendo la doctrina del TS sobre los caracteres que clasifican las obras como menores³⁴ –sencillez técnica y escasa entidad constructiva y económica, consistiendo normalmente en pequeñas obras de simple reparación, decoración, ornamentación o cerramiento–³⁵concluye:

“que aunque la construcción era económicamente de menor importancia, desde el punto de vista de la seguridad de quienes la realizaban así como de la propia construcción se

³⁴ Aunque la Sentencia es del año 2011, los hechos que se enjuician en la misma se remontan al año 1998. Esto – al margen de invitar a una reflexión sobre la demora de la jurisdicción contencioso-administrativa– es lo que explica que el TSJ, para identificar cuáles son las obras menores no necesitadas de proyecto de obras, acuda a la jurisprudencia y no a la *Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, la cual, como ya hemos comprobado, realiza en su art. 2.2 una numeración exhaustiva de las obras que requieren de este proyecto.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 febrero 1984 (RJ 1984\1083)

trataba de una obra que excede ampliamente de la remodelación arreglo o transformación de lo ya construido, antes bien se producía una elevación en altura, y por ello la necesidad de construir un forjado con vigas y otros elementos estructurales, lo que indica claramente que se trata de una obra necesitada de proyecto técnico, y por tanto de estudio básico de seguridad” (F.J.º6º).

Analizando el razonamiento, podemos colegir –para confirmar lo ya expuesto anteriormente– que uno de los elementos que conforman la *ratio decidendi* es el carácter preceptivo del proyecto de obra en el caso concreto enjuiciado, y cabría inferir, *a contrario sensu*, que de haberse estimado innecesario dicho proyecto, el fallo habría sido de signo distinto, pues no habría existido incumplimiento alguno achacable al promotor al no ser en tal supuesto preceptivo el EBSS³⁶.

En cualquier caso, como hemos comprobado, esta última sentencia contradice en gran medida la tendencia mayoritaria que pasa por la absolución del propietario en base al art. 42.2 ET. Sin embargo –relativizando el criterio cuantitativo– estimamos que alcanza un examen más exhaustivo de la cuestión que las anteriormente referidas. No estamos sosteniendo que el propietario de la vivienda sea responsable *per se* de una infracción en materia de prevención de riesgos ante el acaecimiento de un accidente en la obra, pero tampoco estimamos que, en el actual marco legislativo, sea dable establecer una irresponsabilidad apriorística en base a su no profesionalidad o en base a la exoneración prevista en el art. 42.2 ET, la cual solo se refiere a la responsabilidad del cabeza de familia por los actos del contratista, pero no libera a éste de las obligaciones que se le atribuyen *ope legis* como promotor. Como dijera Alfonso Mellado cuando analizaba las responsabilidades preventivas de los terceros ajenos a la relación laboral, “pueden existir terceros responsables y siempre que se den los supuestos normativamente previstos no hay exclusiones al respecto. Esto es importante porque no puede establecerse una regla general que exonere siempre y en todos los supuestos a una determinada categoría de terceros (promotores, propietarios, compañeros de trabajo, etc.)”³⁷.

5. LA IMPUTABILIDAD DEL CABEZA DE FAMILIA EN LOS DISTINTOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD: ADMINISTRATIVA –CON REFERENCIA AL RECARGO DE PRESTACIONES–, CIVIL Y PENAL

Con lo hasta aquí dicho habríamos cumplido el objetivo principal de este trabajo, tal y como era el de mostrar la condición de obligado en materia de prevención del cabeza de

³⁶ Precisamente este mismo razonamiento lo encontramos en la SSAP de Madrid de 25 de octubre de 2013 núm. 79/2013 en la que se absolvía al promotor –no era cabeza de familia pero es indiferente a los efectos de cuanto nos interesa, pues era empresario ajeno a la actividad de la construcción que encargaba una nave para su uso propio, siéndole aplicable por tanto la exoneración del art. 42.2 al igual que al cabeza de familia–. Entendía la Audiencia, tras hacer un repaso por normativa aplicable y enumerar las obligaciones que asume el promotor como tal, “que corresponde al promotor de la obra llevar a cabo, por sí o por un técnico, el estudio de seguridad y prevención. Ahora bien, el “estudio básico” de seguridad y salud forma parte del “proyecto” por lo que no será necesario cuando no sea necesario un proyecto constructivo. Ello nos remite una vez más a la ley de Ordenación de la edificación en cuyo artículo 2.2 se definen las obras que precisan de proyecto entre las que no se encuentran las pequeñas obras de reparación como la que nos ocupa en el presente caso”.

³⁷ ALFONSO MELLADO, C. L.: *La Responsabilidad de “Terceros” por Accidente de Trabajo*. Ponencia presentada a las *XVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social*. Disponible en www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=18 (Consultado el 28-12-2016).

familia cuando acomete la reforma o construcción de su vivienda, al menos desde la interpretación normativa que nosotros estamos manteniendo. Cuestión distinta y de cierta complejidad técnica es la de abordar las posibles responsabilidades en las que podría incurrir este sujeto ante la inobservancia de las obligaciones que asume legalmente. Como es sabido, los incumplimientos en materia de prevención pueden dar lugar al nacimiento de tres tipos de responsabilidades: administrativa, civil y penal. Tres tipos de responsabilidades independientes, compatibles y regidas por principios rectores heterogéneos. Cuando se aborda la operatividad de estos regímenes de responsabilidad en el ámbito laboral, suele hacerse desde la óptica de la relación empresario-trabajador. Por ello, la forma en la que se le aplicarían los criterios de imputación de cada uno de estos regímenes jurídicos a un sujeto ajeno a la relación laboral y alejado del rol de empresario como es el cabeza de familia, es una cuestión en gran medida inexplorada y que requiere de un estudio pormenorizado.

Descartando aquí de plano acometer dicho análisis exhaustivo, nos gustaría, para cerrar, ofrecer unas breves tesis –sin duda, necesitadas de mayores aclaraciones– sobre la aplicación de estos regímenes de responsabilidad a nuestra figura de marra, prestando especial atención a su posible imputación penal.

a) En primer lugar y en cuanto a la responsabilidad administrativa, siguiendo la norma base en la materia, la LISOS, podemos decir que la misma no deja margen a la duda. El art. 2.8 nos presenta al promotor como un potencial sujeto responsable de la infracción derivada de las acciones u omisiones que la norma tipifica como ilícitos administrativos laborales, y ello lo hace sin ningún tipo de distingo en atención a la profesionalidad o no de éste. Es más, la enumeración contenida en el meritado precepto, en la que se refiere separadamente a “los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra”, hace pensar que el legislador ha querido remarcar la responsabilidad del promotor y del propietario de la obra aun cuando este no merezca la calificación de empresario a efectos laborales.

Además la LISOS, enumerará en la Sección II “*Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales*”, del Capítulo II infracciones específicas relacionadas con el R.D. 1627/1997 en las que el sujeto activo será el promotor y que recoge en el apartado 24 del art. 12, las cuales son tipificadas como graves.

b) Dentro de la responsabilidad administrativa, pero con sustantividad propia, cabe referirse al recargo de prestaciones previsto en el actual art. 164 LGSS. Sin entrar aquí a discernir sobre su naturaleza sancionadora o reparadora, y soslayando la discusión relativa a la compatibilidad del mismo con el resto de responsabilidades, inclusive la civil; se ha afirmado doctrinal³⁸ y judicialmente³⁹ que el promotor es un potencial sujeto responsable en materia de recargo de prestaciones. Sin embargo, tal aseveración se ha hecho sobre la base fáctica de un promotor que opera profesionalmente en el tráfico económico, siendo por tanto

³⁸ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: *Las obligaciones y responsabilidades del promotor en materia de prevención de riesgos laborales*. Revista de Información Laboral num.9/2014 parte Art. Doctrinal Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014. BIB 2014\3784

³⁹ STSJ Cataluña de 28 de enero de 2009, Sentencia núm. 767/2009, Sentencia STSJ Andalucía núm. 2825/2010, de 24 de noviembre, STSJ Castilla y León de 31 de octubre de 2012, STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 1940/2015 de 14 abril., STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 2841/2010 de 1 diciembre.

empresario siquiera a efectos mercantiles. Para el caso del cabeza de familia entendemos que no es extrapolable dicha conclusión, pues el art. 164 hace clara mención al “*empresario infractor*”, al cual identifica como el sujeto responsable del pago. Aunque el recargo no es *strictu sensu* una disposición sancionadora, es pacífica la aplicación análoga al mismo de los principios rectores del procedimiento sancionador⁴⁰ y, entre ellos, el principio de tipicidad así como el de interpretación más favorable al presunto infractor. Estos principios garantistas, por lo dicho, impedirían una eventual atribución de responsabilidad por tal concepto al cabeza de familia en tanto que este, bajo ningún concepto, puede entenderse empresario ni a efectos laborales pero ni tan siquiera a efectos mercantiles.

c) En segundo lugar, en lo tocante a la responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo, nada empece a que el cabeza de familia sea declarado responsable civil directo de existir una relación de causalidad entre el daño irrogado y la omisión de las medidas de seguridad que le conciernen como promotor. Como se ha dicho, la omisión “es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o comercial de obrar”.⁴¹ En el ámbito de la prestación de trabajo, aunque la deuda de seguridad esencial se produce en la relación empleado-empleador, ésta no es la única relación en la que existen obligaciones en materia de riesgos laborales, sino que estas pueden extenderse a “otras personas por la posición que ocupan en la gestión de la prevención en atención a la que las normas les asignan obligaciones específicas”⁴². Para el caso del que nos ocupamos, el deber legal de obrar del cabeza de familia lo encontramos recogido en el R.D. 1627/1997, el cual, como venimos postulando, impone al promotor la misión de designar a un coordinador de seguridad y la elaboración de un ESS, por lo que cabría definirlo ante una eventual omisión de dichos deberes legales como un sujeto responsable civilmente siempre que –reiteramos– entre dicha omisión y el acaecimiento del accidente exista una efectiva relación de causalidad, lo cual no ocurrirá en todos los casos. Tengamos presente que las obligaciones que asume el promotor –sin pretender aquí poner en duda su eficiencia o utilidad en la reducción de la siniestralidad laboral– no dejan de ser medidas preventivas “accesorias o complementarias”⁴³ tendentes a facilitar la integración de la gestión preventiva de los contratistas; los cuales, como empresarios a efectos laborales, son los principales deudores de seguridad de sus empleados y los que más obligaciones y facultades asumen en el establecimiento de los mecanismos de seguridad y salud en la obra.

En cualquier caso, será, por lo dicho, el R.D. 1627/1997 y los deberes que impone el que sirva de título de imputación de responsabilidad civil al promotor y el que han invocado nuestros tribunales cuando han condenado a éste por incumplimientos en materia de seguridad e higiene⁴⁴. Ahora bien, debemos advertir que no toda condena civil del cabeza de

⁴⁰ Por todos vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*. Civitas, Madrid, 1992. págs. 75-82.

⁴¹ DIEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*. Civitas, Madrid, 1999. pág. 287

⁴² ALFONSO MELLADO, C.L.: *La Responsabilidad de “Terceros” por Accidente de Trabajo*. Ponencia presentada a las XVIII Jornadas Catalanas de Derecho Social. Disponible en www.iuslabor.org/wp-content/plugins/download-monitor/download.php?id=18 (Consultado el 12-01-2017)

⁴³ GARCÍA FIGUEROA, F.: *Los Sujetos Activos de los Delitos contra la Seguridad y la Salud en el Trabajo. Especial Consideración al Sector de la Construcción*. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, 2011. Pág. 169 y ss.

⁴⁴ Al menos al promotor profesional, en las SSTSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 2403/2008 de 30 junio; de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) núm. 6344/2008 de 24 de julio; de

(...)

familia deberá sustentarse en la omisión de las medidas de seguridad previstas en dicho cuerpo legal. Nuestro TS ha estimado la responsabilidad civil de un “*amo de casa*” por la muerte de un albañil en la obra de una vivienda en la que no era necesaria ninguna de estas medidas (por no ser necesario proyecto de obras, ni concurrir varios contratistas). Y ello lo hace con base a la existencia de riesgos evidentes que ponían en peligro la integridad del trabajador y tomando como referencia el canon de diligencia que representa el *bonus pater familias* ex. art. 1104 CC.⁴⁵

d) Cuestión más controvertida, y a la que aquí quisiéramos hacer siquiera una sucinta mención, es la de la posible responsabilidad penal del cabeza de familia derivada de un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo previsto en los art. 316 y 317 C.P. Disponen estos preceptos que:

Artículo 316

“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Artículo 317

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

Sendos artículos constituyen ejemplos prototípicos de lo que conocemos como norma penal en blanco o norma de remisión, de tal forma que se hace necesario acudir a la normativa extrapenal, en este caso laboral, para determinar los sujetos que pueden ser imputados como autores del mismo. Se trata de un delito especial en el que la condición de sujeto activo solo podrá recaer en aquellos individuos obligados legalmente a facilitar

Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 25/2013 de 10 enero y de Andalucía, Sede en Málaga (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 880/2015 de 28 mayo.

⁴⁵ SSTS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 374/2011 de 31 mayo de 2011 en su F.J.º2º: “la responsabilidad es imputable al demandado, que conocía estas circunstancias, y no hizo nada para tratar de prevenir un riesgo previsible y potencial, pues por lo descrito concurrían en el momento de los hechos las circunstancias necesarias para que el accidente pudiera producirse, dada la ausencia total de medidas de protección. Frente a ello, no puede alegar el demandado que a él no le incumbía la adopción de medida de protección ninguna por ser “amo de casa”, porque las obras ejecutadas eran mínimas, sin necesidad por tanto de haber elaborado proyecto en el que se adoptaran medidas de seguridad, y porque el demandado no tenía contrato laboral alguno que vinculase a las partes, pues estas circunstancias son absolutamente ajenas al acto culposo en su dimensión civil, ya que la culpa del demandado conforme a la doctrina citada (que es la contemplada en el art. 1104 del Código Civil), consiste en la omisión de la diligencia que exija el caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, esto es, la diligencia que correspondería a un buen padre de familia, medida que atiende a un criterio objetivo y abstracto” Y exigible según las circunstancias, es la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a persona razonable correspondiente al sector del tráfico o de la vida social, cualificados por la clase de actividad a enjuiciar. En este caso se trata de una obra en construcción, y por todos es sabido el riesgo existente en este sector, y ya se estuviera poniendo únicamente tabiquería nueva en el interior del edificio, o ya se estuvieran levantando dos plantas, lo cierto es que el lugar en que se ha considerado probado que cayó Don. José María, existían huecos a considerable altura sin protección de ningún tipo”.

medios de seguridad a los trabajadores. Como venimos aquí sosteniendo, según la normativa específica, el cabeza de familia, en tanto que promotor, es un sujeto obligado en materia de prevención, con lo cual, al menos *prima facie*, cabría considerarlo como un posible sujeto activo de este delito.

De entrada, aunque hay opiniones en contra⁴⁶, podemos sostener la condición de sujeto activo del promotor profesional⁴⁷, y si bien los tratados doctrinales no suelen hacer referencia específica al promotor al abordar la cuestión del sujeto activo del art. 316 C.P., sí existe el criterio generalizado de que el tipo no se refiere solo a los empresarios sino que comprende también a los mandos intermedios de éste y a terceros ajenos a la relación laboral que de una manera u otra asumen obligaciones jurídico-preventivas en el seno de la misma⁴⁸, verbigracia los integrantes del servicio de prevención ajeno y los fabricantes e importadores. Así las cosas nada empece a la consideración de sujeto activo del promotor, y muestra de ello es la multitud de resoluciones en las que éste acaba condenado o, al menos, considerado imputable como potencial autor de un delito contra la seguridad e higiene de los trabajadores del art. 316⁴⁹. Dicho lo anterior, toca ahora dilucidar si esta imputabilidad del promotor presenta alguna particularidad para el caso que aquí nos ocupa, es decir, cuando la cualidad de promotor la ostente un particular no profesional o cabeza de familia.

Desde el plano estrictamente normativo bien cabría ofrecer de forma inmediata una respuesta negativa, pues ante tal eventualidad la responsabilidad penal no se ve en modo alguno atemperada o modulada por ningún precepto positivo. Sin embargo no lo han entendido así nuestros tribunales. En tal sentido, la Sala 2ª de nuestro TS, en su Sentencia de 7 de febrero de 2005 núm. 125/2005, en vía de recurso de revisión, declara la no responsabilidad penal del propietario de la vivienda una vez que en el orden jurisdiccional social se ha desvirtuado la existencia de relación laboral entre el trabajador accidentado y aquel, de tal suerte que:

“Si el contenido de la conducta imprudente, según se declara, consiste en el incumplimiento de sus obligaciones en orden a la seguridad de los trabajadores como empleador le exige la regulación específica, la inexistencia de esa condición se convierte en relevante, pues de no concurrir, no existiría la obligación cuyo incumplimiento ha sido determinante, según el relato fáctico, de la precipitación y fallecimiento acaecido y que le es imputable objetivamente. La declaración del Tribunal de la jurisdicción laboral, en sentencia firme, negando la condición de empleador, en el sentido laboral del término, hace que no

⁴⁶ GARCÍA FIGUEROA, F: *Los Sujetos Activos de los Delitos contra la Seguridad y la Salud en el Trabajo. Especial Consideración al Sector de la Construcción*. Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid. Getafe, 2011

⁴⁷ A favor de la consideración del promotor como sujeto activo del tipo delictivo del art. 216 C.P. MORALES GARCÍA, O: *Régimen de Responsabilidad Penal Derivada de la Siniestralidad Laboral...Opo.cit.*, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: *El Concepto de Promotor y sus Obligaciones...Op.cit.* y RAMÍREZ BARBOSA, P.A: *El Delito contra la seguridad y Salud en el Trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal*. Iustel. Madrid, 2007. Pags. 274-276.

⁴⁸ ALFONSO MELLADO, C. L: *La Responsabilidad de “Terceros...” Op.cit. y TORRADILLOS BASOCO, J.M.: Responsabilidades Penales. En AAVV. Tratado de Prevención...Op.cit.*

⁴⁹ SSTSJ de Aragón (sección 3ª) núm. 146/2005 de 28 de febrero; de Andalucía sede en Granada (sección, 2ª) núm. 716/2.008 de 24 de noviembre, SSAP de Almería (Sección 1ª) núm. 126/2013 de 13 mayo; de Madrid (Sección 6ª) núm. 247/2014 de 24 abril; de Madrid (Sección 23ª) núm. 659/2002 de 15 noviembre; de Álava (Sección 2ª) núm. 165/2002 de 22 octubre; de Las Palmas (Sección 6ª) Sentencia núm. 48/2010 de 4 enero y SJP núm. 1 de Reus (Provincia de Tarragona) núm. 213/2005 de 15 junio.

pueda declararse, como se fundamenta en la sentencia condenatoria, la omisión de sus obligaciones como empleador” (F. Jº. Único).

En igual sentido, citando a esta sentencia del TS y descartando la consideración de sujeto activo del promotor cabeza de familia por no existir relación de dependencia con el trabajador accidentado, encontramos la SAP de La Coruña núm. 163/2008 de 24 de abril y la SAP de Valencia de 5 de diciembre de 2014 nº 950/2014.

Como vemos, en el ámbito penal la absolución del promotor –cabeza de familia no se ha fundamentado en la invocación del art. 42.2 ET, sino que se ha basado en la inexistencia de vínculo laboral y en la no cualidad de empleador del promotor, entendiendo el TS que no se trata de un obligado legalmente a facilitar medios de prevención tal y como exige el tipo penal. Aunque nuestro parecer con las sentencias citadas es discrepante⁵⁰ –dicho sea en estrictos términos de crítica jurídica–; aceptando este razonamiento deberíamos entender que se ha añadido, por vía judicial, un nuevo elemento al tipo penal contemplado el art. 316 y que excede del tenor literal del mismo, como es el de capacidad de mando o subordinación laboral. Así, según este criterio judicial, para considerar que el sujeto activo es un obligado en materia de prevención de riesgos se requiere que este ejerza las veces de empresario laboral o que exista un vínculo de dependencia con el trabajador, de tal forma que, desvirtuada la existencia de relación laboral, no habrá margen para la imputación penal del promotor cabeza de familia. Reiterando nuestro disenso de dicho razonamiento, y aunque el mismo no aparezca consolidado como doctrina jurisprudencial *ex art. 1.3. CC*, cabría sostener a los efectos de este artículo que la responsabilidad penal prevista en los arts. 316 y 317 no afectarán al promotor cabeza de familia, aunque –entendemos– esta es una hipótesis discutible y merecedora de un análisis más exhaustivo que el aquí acometido.

⁵⁰ Nuestra discrepancia nace en cuanto se define al particular propietario de la vivienda como un sujeto no obligado en materia preventiva, sin embargo, entendemos que dicha cuestión no es analizada haciendo un examen de la normativa de referencia. En ninguna de las sentencias citadas se menciona ni una sola vez el RD 1627/1997, que sería, en cualquier caso, el que daría pie a una eventual imputabilidad del promotor cabeza de familia, y para acordar la absolución de éste se remite únicamente a la normativa general de referencia, concretamente al art. 14 LPRL y al art. 1 ET. Consideramos –reiteramos, en los más humildes términos de crítica académica– que, aunque quizás el fallo que podría alcanzarse fuese el mismo y cupiese la absolución con otra cobertura jurídica, sendos tribunales deberían haber analizado las obligaciones previstas en dicho RD 1627/1997 y haberse pronunciado sobre si estas son o no título suficiente para considerar al propietario particular de la vivienda como sujeto legalmente obligado en materia de PRL y por tanto, potencial sujeto activo del delito que analizamos. La Sentencia del TSJ de Galicia sostiene la absolución del promotor cabeza de familia con la base de que “No son empresarios, ni siquiera en el más amplio sentido del término. No ostentan poder de dirección sobre la empresa contratista a la que pertenecía el trabajador fallecido y éste no está sometido al poder disciplinario y organizativo de aquellos”, argumentación que, de forma menos pormenorizada, aparece implícita también en la Sentencia del TS que sirve de base a la misma. Sin embargo, como hemos visto, entre los elementos del tipo penal del art. 316 no se encuentran el de “poder de dirección”, la cualidad de “empresario”, o la ostentación de un “poder disciplinario u organizativo”. Si aceptamos la hipótesis por la cual solo serán sujetos activos del delito aquellos que asuman un poder de dirección efectivo sobre los trabajadores, la misma no solo sería válida para absolver al cabeza de familia, sino también a cualquier promotor que no asuma, además, la posición de contratista y sobre el cual, por tanto, no quepa predicar las notas de dirección y organización laboral. Sin embargo, como hemos dicho, es copiosa la jurisprudencia que atribuye expresa responsabilidad penal al promotor empresario cuando este omite sus deberes impuestos por el RD 1627/1997. Además, reiteramos, se ha aceptado doctrinalmente que la responsabilidad penal del art. 316 alcanza a sujetos ajenos a la relación laboral pero obligados en materia de prevención.

6. CONCLUSIONES

Ya en sede de conclusiones, teniendo aquí más cabida la percepción subjetiva del autor sobre la temática analizada, quisiéramos advertir que no estamos defendiendo la oportunidad o la idoneidad de la atribución de obligaciones preventiva al cabeza de familia; dicha atribución, no solo en términos de equidad y justicia material nos parece desproporcionada, sino que, además, creemos que colisiona con los principios inspiradores de nuestro Derecho laboral, donde la condición de deudor de seguridad tradicionalmente ha venido fundada en el ejercicio de una actividad económica y en el riesgo inherente a la misma, así como en la capacidad de dirección que asume el empresario en los procesos de trabajo. Si desde esta premisa la atribución de responsabilidad preventiva ya nos parece desacertada y excesiva para el promotor profesional –en cuanto que su participación en el desarrollo de la actividad laboral es indirecta–, con mayor motivo para el cabeza de familia, cuya posición en el proceso productivo se asemeja, en gran medida, a la de un consumidor o destinatario final de los servicios.

Dicho lo anterior, debemos admitir que la regulación que de la materia ha hecho el legislador obliga a sostener –a fuer de rigor jurídico– que el cabeza de familia, en determinados supuestos, asumirá ciertas obligaciones preventivas. Además, debemos concluir que esta atribución de obligaciones *ex lege* no es fortuita o consecuencia de un descuido del legislador patrio, sino que, por el contrario, representa una trasposición fiel de la normativa comunitaria en la materia, concretamente de la Directiva 92/57/CEE que atribuye obligaciones preventivas a un promotor al que define con carácter amplio, independientemente de su profesionalidad o interés lucrativo. Por ello, después del examen de la normativa de referencia, los motivos que nos llevan a sostener la hipótesis de la asunción de responsabilidad en materia de prevención de riesgos por parte del cabeza de familia pueden sintetizarse a modo de epítome como sigue:

- a) El promotor, independientemente de que participe activamente en los procesos de trabajo, asume obligaciones preventivas con respecto a los trabajadores que ejecutan la obra. En concreto vendrá obligado a encargar la elaboración de un ESS o EBSS y a la designación de un coordinador de seguridad y salud siempre que se den los presupuestos para ello (necesidad de proyecto de obras ex art. 2.2 LOE para el ESS/EBSS y concurrencia de varios contratistas para el coordinador de seguridad y salud).
- b) El RD 1627/1997 contiene una definición abstracta de promotor, de tal suerte que abarca a todo sujeto por cuenta de quien se realice una obra, independientemente de su personalidad jurídica, su profesionalidad o su habitualidad. Lo cual hace merecedor de la calificación de promotor al cabeza de familia que encargue la construcción o reforma de su vivienda, ello amén de otros sujetos no profesionales como pueden ser las comunidades de propietarios o las cooperativas de viviendas.
- c) Ni el RD 1627/1997 ni ninguna otra norma de nuestro Derecho positivo contiene un precepto que exima o module la responsabilidad por incumplimiento del promotor para cuando este tenga la consideración de cabeza de familia. Y, aunque alguna vez se ha absuelto al mismo por vía del art. 42.2 ET, debemos reiterar que, dicho artículo, prevé una exoneración de responsabilidad por los incumplimientos del contratista; pero no alcanza a la responsabilidad propia del promotor por la omisión de las medidas preventivas a las que viene obligado. Además, no debemos olvidar que este precepto se refiere únicamente a obligaciones salariales y de seguridad social.

Con todo, hemos recogido pronunciamientos jurisdiccionales que se separan de este razonamiento, y aunque no es pacífica la doctrina judicial, hemos de apuntar que la tendencia mayoritaria pasa por la absolución del promotor cabeza de familia con base en el art. 42.2 ET. Nosotros hemos tratado de justificar nuestra discrepancia con dicho criterio, pero no porque entendamos que el cabeza de familia sea responsable siempre y en todo caso, sino porque entendemos que el análisis de su responsabilidad debe hacerse atendiendo a la casuística del caso concreto, sin que –en nuestra opinión– sea ajustada a Derecho una absolución *a limine* basada en su no profesionalidad o su no cualidad de empleador, no al menos –y por lo dicho– en el actual estado de cosas legislativo.

En cualquier caso y para finalizar, es claro que si aceptamos la hipótesis de que el cabeza de familia es un deudor de seguridad más en el proceso de construcción, y si consideramos, además, que esta es una opción legislativa consciente y decidida, existen entonces dos líneas de actuación por las que debería de pasar la acción de los poderes públicos competentes en la materia:

- a) De un lado, por conseguir la clarificación de un régimen jurídico en gran medida obscuro y abigarrado. Si se quiere atribuir responsabilidad a un sujeto que participa esporádicamente en el proceso de construcción y que no tiene por qué estar familiarizado con los principios de la gestión preventiva, sería deseable que sus obligaciones y responsabilidades aparecieran precisadas en la norma con más nitidez, sin dar ningún margen a interpretaciones contradictorias.
- b) De otro lado, podemos pensar en la labor de concienciación que tienen ante sí las instituciones públicas competentes en materia de seguridad e higiene, pues resulta patente –al menos esa es nuestra percepción–, que la mayoría de la población desconoce las obligaciones preventivas que asume cuando acomete la reforma o construcción de su vivienda y, mucho menos, las responsabilidades que puede llevar anejas su incumplimiento.