

Máster Universitario en Prevención de Riesgos Laborales

Universidad Miguel Hernández



UNIVERSITAS

Miguel Hernández

**LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA
EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES**

Trabajo Fin de Máster

Tutor: D. José Agustín Rifé y Fernández-Ramos

Alumno: José Meseguer Barrionuevo

Curso académico 2020/21



INFORME DEL DIRECTOR DEL TRABAJO FIN MASTER DEL MASTER UNIVERSITARIO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

D./JOSE AGUSTIN RIFE Y FERNANDEZ -RAMOS Tutor/a del Trabajo Fin de Máster, titulado '_LA PREVENCIÓN DE RIESGOS EN LA EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES_' y realizado por el estudiante D. JOSÉ MESSEGUER BARRIONUEVO

Hace constar que el TFM ha sido realizado bajo mi supervisión y reúne los requisitos para ser evaluado.

Fecha de la autorización: catorce de junio de dos mil veintiuno

Fdo.: José Agustín Rifé y Fernández-Ramos
Tutor/a TFM

RESUMEN.

Este trabajo aborda la prevención de riesgos laborales desde la perspectiva de la pluralidad de empresas que colaboran en el proceso productivo dando lugar a la figura de la externalización de la actividad, que se manifiesta básicamente en sus posibles formas de Contratación, Subcontratación, Cesión, Sucesión y Concurrencia de Empresas. Una vez superada la inicial ausencia de una clara regulación de este fenómeno en su vertiente preventiva, cabe preguntarse qué situaciones son realmente las que se contempla en la normativa vigente y cuáles son las responsabilidades que incumben a los distintos empresarios en presencia, así como analizar las infracciones y sanciones previstas legalmente para los supuestos de incumplimiento. El estudio anterior se completa con una aproximación a la última jurisprudencia emitida por los tribunales, a fin de determinar si este marco jurídico ha posibilitado la implantación de una verdadera cultura de la prevención en este ámbito o si, por el contrario, tiene fundamento real la extendida idea que identifica externalización de actividades con precariedad laboral en materia de prevención. Todo lo anterior conduce a plantearse las posibles carencias que presenta nuestro ordenamiento jurídico a la hora de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, así como a proponer medidas que contribuyan a lograr este fin.

PALABRAS CLAVE:

Riesgos Laborales, externalización, contrata, coordinación, concurrencia empresarial.

ÍNDICE

1.- Introducción	3
2.- Justificación	5
3.- Objetivos	7
4.- Regulación legal de la externalización de la actividad en España	9
4.1.- Contratación y subcontratación	10
4.2.- Cesión de trabajadores (ETT)	12
4.3.- Sucesión empresarial	14
5.- Normativa preventiva de la externalización: el artículo 24 LPRL	18
6.- El desarrollo reglamentario del RD 171/2004. Delimitación y conceptos	21
6.1.- Empresas concurrentes, titulares y principales	21
6.2.- La propia actividad	24
6.3.- Centro de Trabajo	26
6.4.- Concurrencia y coordinación empresarial	27
7.- Régimen específico de la Construcción: el RD 1627/1997 y la Ley 32/2006	35
8.- Responsabilidad del empresario principal y de los otros empresarios	41
9.- Infracciones y sanciones en el ámbito de la externalización de la actividad	48
10.- Jurisprudencia sobre responsabilidad en los supuestos de externalización	55
11.- Precariedad preventiva: ¿un mal necesario e inevitable en la externalización?	65
12.- Propuestas	73
13.- Conclusiones	79
14.- Bibliografía	83

1.- INTRODUCCIÓN.

La externalización de la actividad ha pasado en los últimos años de ser una opción a la que tradicionalmente han recurrido las empresas para atender necesidades ocasionales a convertirse en un pilar fundamental de su modelo de negocio y de sus estrategias comerciales y de atención al cliente. Hoy en día, la externalización de la actividad está presente en todos los sectores productivos y se utiliza de una forma natural por los gestores empresariales como un recurso más de la organización del trabajo. Las manifestaciones más frecuentes de la externalización son la contratación y subcontratación, pero actualmente existen numerosos sectores donde la contratación temporal se realiza fundamentalmente a través de la cesión legal de trabajadores por parte de las empresas de trabajo temporal. Tampoco es desdeñable la posibilidad que utilizan empresas de cierto tamaño de externalizar una parte de la actividad mediante su enajenación sin que la segregación de actividad y plantilla suponga renunciar a seguir contando con su participación en el proceso productivo.

Para los defensores de las posibilidades que ofrece la externalización de la actividad, una economía productiva y competitiva demanda una flexibilidad que aportan estas fórmulas y que permite a las empresas centrarse en el *core* de su negocio, dejando en manos de empresas colaboradoras las tareas no esenciales o aquellas otras que requieren de una altísima especialización. Sus detractores suelen focalizar sus críticas en los aspectos laborales, considerando que el recurso se utiliza principalmente para tener unos costes salariales más bajos que traen como consecuencia una precarización que tiene una importante manifestación en el aspecto de la prevención de riesgos laborales. Sin prejuzgar el modelo antes de su análisis y estudio, lo cierto es que la concreción real de las supuestas ventajas para la obtención de una mayor eficiencia empresarial debe ser el presupuesto ineludible para considerarlo útil social y económicamente. Y esa mayor eficiencia solo puede ser aceptable si no suprime la protección de los riesgos laborales para los trabajadores que estos tendrían en caso de no darse la externalización.

El estudio de prevención de riesgos laborales en la externalización de la actividad requiere explicar brevemente sus notas y regulación jurídica básica, para a continuación abordar el tema desde la normativa preventiva. Como se verá, la misma está contenida en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, desarrollado reglamentariamente para ordenar la denominada coordinación de actividades empresariales. Esta coordinación empresarial se

establece de forma general para todos los sectores, pero el legislador ha considerado necesario establecer una normativa complementaria con la que atender las peculiaridades del sector de la construcción. Este puede ser un claro ejemplo de lo que era un sector en el que la externalización de la actividad generaba situaciones indeseables que se han tratado de erradicar mediante esa ordenación legal *ad hoc* que no existe en prácticamente ninguna otra actividad. Por ese motivo, este trabajo se detendrá brevemente en un análisis de la subcontratación en la construcción, no con intención de profundizar en su conocimiento, sino solo para vislumbrar lo que el ordenamiento jurídico puede aportar en beneficio de la productividad y la seguridad mediante el recurso a las normas sectoriales.

Pero la normativa preventiva no se limita exclusivamente a las normas jurídicas. Por una parte, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales da una importancia vital a la participación y consulta de los trabajadores. Por otro lado, es necesario tener en cuenta también las disposiciones de los organismos oficiales de reconocido prestigio en materia de prevención, lo que en España supone tomar en consideración las directrices y explicaciones de las guías técnicas del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, quien ha dedicado varias de ellas a este tema.

Este trabajo analiza todas estas cuestiones y consideraciones, incluyendo las obligaciones y responsabilidades de los empresarios, así como su interpretación y aplicación por los tribunales, tratando de ofrecer una visión general de la prevención en la externalización.

2.- JUSTIFICACIÓN.

La delegación de una parte de la actividad empresarial en otras sociedades mercantiles o en trabajadores autónomos es un supuesto que surge con relativa frecuencia, si bien de forma tangencial, en los materiales de estudio del alumno del Máster Universitario en Prevención de Riesgos Laborales. De forma recurrente, aparecen referencias al outsourcing, la descentralización productiva, la tercerización, la triangulación, la externalización, las empresas de trabajo temporal, las contratas y otras varias denominaciones que se usan como comodín para describir situaciones que pueden ser esencialmente la misma o, por el contrario, responder a diferentes figuras legales. Todo esto no solo genera cierta confusión sobre el fenómeno, sino que además da lugar a que se desconozca a qué se alude realmente cuando, de una forma u otra, se habla de externalización de la actividad y de las obligaciones relativas a la prevención de riesgos laborales en tales supuestos.

A partir de estas consideraciones iniciales, resulta pertinente analizar las cuestiones fundamentales que afectan a la prevención de riesgos laborales en la externalización de la actividad, persiguiendo este Trabajo Fin de Máster varias finalidades:

En primer lugar, se pretende reconducir esta disparidad de denominaciones empresariales a sus originales y verdaderos conceptos jurídicos, a fin de identificar la regulación legal de los mismos, tanto aquella general que tiene fundamentalmente implicaciones mercantiles o estrictamente laborales como la propiamente preventiva, objeto principal de este Trabajo Fin de Máster. En línea con lo anterior, se explican los conceptos jurídicos que definen o matizan las distintas situaciones que pueden presentarse en la realidad. Solo teniendo claro a qué nos referimos cuando se describe una situación con las expresiones antes mencionadas podremos conocer sus riesgos laborales y tratar de darle solución desde la utilización de las técnicas de la seguridad y salud en el trabajo.

Por otra parte, este trabajo estudia de forma unitaria aspectos que a menudo aparecen de forma fragmentaria en las fuentes disponibles, lo que permite ofrecer una visión sistemática y general del tema objeto de estudio. Aun sin posibilidad de profundizar en las distintas cuestiones que se irán desgranando en los próximos folios, se presta así una modesta contribución a la comprensión de las obligaciones que implica la coordinación de actividades empresariales que se deriva de la externalización productiva.

El análisis de las cuestiones anteriores nos permitirá contar con unas primeras respuestas al interrogante fundamental de si la prevención de riesgos laborales en la externalización de la actividad cuenta con un marco regulatorio claro y garantista o si, por el contrario, el fenómeno real ha desbordado la regulación y aciertan quienes creen que estamos ante un modelo empresarial que solo busca ahorros económicos y produce precarización y siniestralidad laboral.

Todo lo anterior justifica sobradamente la elaboración de un trabajo de este tipo, pues no se pretende únicamente conocer el fenómeno de la externalización y su regulación desde la óptica de la prevención: su finalidad última es que el estudio del estado de la cuestión sirva de base para determinar si el ordenamiento jurídico protege real y efectivamente a los trabajadores que se encuentran en esta situación o si presenta carencias importantes que el Legislador debiera afrontar. En función de las conclusiones que se alcancen, este trabajo elaborará propuestas de mejora buscando conciliar los aspectos positivos de la externalización relativos a una mayor eficiencia empresarial con la debida protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Esto supone alejarse de meras declaraciones programáticas y proponer medidas útiles y realistas que, partiendo de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, protejan la salud de los trabajadores mediante limitaciones o requisitos que sean adecuados, proporcionales y razonables.

3.- OBJETIVOS.

El objetivo general de este Trabajo Fin de Máster es utilizar las competencias y conocimientos adquiridos durante el curso para analizar la regulación legal de la prevención en el contexto del modelo empresarial de la externalización de la actividad, tratando de averiguar si el Derecho cumple su función de herramienta al servicio del avance social y de la protección de las personas o si, por el contrario, el fenómeno de la externalización ha roto las costuras del ordenamiento y requiere de importantes reformas que pongan coto a un fenómeno que no tenga más pretensión que la de lograr el mayor beneficio económico posible al precio de la seguridad y salud de los trabajadores.

Los objetivos específicos son:

- Estudiar la regulación general de la externalización de la actividad para conocer las figuras jurídicas que la componen.
- Analizar la normativa preventiva que regula estas situaciones de forma general y aquella otra que lo hace de forma sectorial.
- Conocer la responsabilidad de los empresarios que recurren a este modelo organizativo, así como el régimen sancionador en caso de infracciones.
- Descubrir la línea jurisprudencial que existe en relación con esta cuestión.
- Presentar una visión general que permita la formación de criterio acerca de las fortalezas y debilidades que presenta esta materia.
- Proponer medidas que contribuyan a la mejora de la prevención de riesgos laborales en la externalización de actividades.

Es este un trabajo sobre prevención que aborda su objeto de estudio desde una perspectiva fundamentalmente jurídica. Sin embargo, el rigor jurídico no está reñido con la claridad expositiva que se pretende, prevaleciendo el objetivo de explicar la prevención en la externalización de la actividad de una manera comprensible e incluso útil para quien pueda

verse obligado a gestionar una de estas situaciones en las que la Ley establece obligaciones para todas las partes concurrentes.

En definitiva, el trabajo persigue explicar de forma sencilla pero rigurosa la realidad de la externalización desde una perspectiva jurídica y comprometida con la prevención de riesgos laborales, intentando hacer comprensibles las figuras que conforman el modelo organizativo estudiado y sin renunciar a completar tal exposición – forzosamente sucinta, dada la brevedad de este trabajo- con una reflexión serena sobre el gran objetivo de los quienes se acercan a las técnicas preventivas: entender el porqué de la siniestralidad para proponer algunas medidas que sirvan para logra la reducción de esta en beneficio de los trabajadores.



4.- REGULACIÓN LEGAL DE LA EXTERNALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD EN ESPAÑA.

La Constitución española reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, así como la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de la productividad. Existe, por tanto, una libertad para crear y llevar a cabo actividades empresariales con las que obtener un legítimo beneficio económico que incluiría también el derecho a *“establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado”*¹ (STC 225/1993, de 8 de julio de 1993). Uno de los aspectos más importantes del diseño del proceso productivo por parte del empresario viene dado por la posibilidad de externalizar la actividad, es decir, de encomendar a otra empresa la realización de una determinada tarea que se prefiere no acometer con recursos propios, ya sea porque la otra empresa lo realice a un coste menor, ya sea por otras circunstancias relevantes desde un punto de vista productivo y competitivo (especialización, costes fijos, etc.). Por tanto, la externalización es un fenómeno empresarial que se justifica en el logro de una productividad y rentabilidad que asegure la posición en el mercado de la empresa.

Lógicamente, la libertad de empresa para escoger la estrategia productiva que se considere más acertada no es absoluta y será la legislación ordinaria la que desarrolle y acote el precepto constitucional. En el caso de la externalización de la actividad, su manifestación más frecuente es la contratación y subcontratación, pero existen además otras formas que completan el abanico de posibilidades legales. A continuación, se abordan las mismas de una forma breve y desde la perspectiva de su régimen jurídico y características principales, es decir, sin entrar en consideraciones acerca de sus ventajas e inconvenientes puramente empresariales, ya que este aspecto no es objeto de este trabajo.

Cabe destacar que la regulación básica de estas figuras no se encuentra en la legislación mercantil, sino que es fundamentalmente en el Estatuto de los Trabajadores donde aparecen sus rasgos básicos, algo que muestra claramente la finalidad tuitiva de un legislador que centra los principales y casi únicos obstáculos a esta libertad mercantil para externalizar en aquellos que tienen como propósito garantizar los derechos laborales de los trabajadores.

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1993 de 8 de julio de 1993.

4.1.- Contratación y subcontratación.

La contratación implica que, en base a las razones empresariales antes comentadas, una empresa (denominada “empresa principal”) acuerda contractualmente con otra empresa (“empresa contratista”) la realización de una tarea (obra o servicio) que es necesaria para completar el proceso productivo de la primera. Por su parte, la empresa contratista puede a su vez contratar con una tercera empresa o con trabajadores autónomos la ejecución de la tarea encargada por el empresario principal, hablándose entonces de subcontratación.

Como se ha señalado más arriba, tales posibilidades tienen su fundamento en la libertad de empresa consagrada constitucionalmente y encuentran un primer reconocimiento legal en las disposiciones del Código Civil, cuyo artículo 1544 señala que *“en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto”*, precepto que ampara este tipo de contrato tanto en el ámbito civil como en el mercantil. El Código Civil no contiene una regulación como tal de esa figura, que por el contrario sí encontramos, aunque sea mínimamente, en el art. 42 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, precepto en el que se alude a aquellos *“empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos”* a fin de imponer una serie de obligaciones relativas a la comprobación de que la empresa contratista se encuentre al día en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, la responsabilidad solidaria de ambas empresas por las obligaciones referidas a la Seguridad Social y a las de naturaleza salarial, así como otros deberes relativos a la comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social o el deber de información a los trabajadores y a sus representantes laborales.

Con el auxilio del art. 43 ET, el art. 42 ET permite delimitar la figura de la contratación y distinguirla de aquellos otros supuestos que son considerados ilícitos o abusivos. Así, la externalización lícita ha de serlo de una obra o servicio, es decir, de una actividad determinada que ha de ser realizada por un empresario real conforme a la llamada doctrina del *“empresario efectivo”* acuñada por el Tribunal Supremo en virtud de la cual sería ilegal la contrata aparente en la que un empresario contratista se limitase a la mera provisión de mano de obra al empresario principal.

Aparece ya en el art. 42 ET un concepto en el que más adelante, cuando analicemos la normativa preventiva de la externalización, nos detendremos más detalladamente. Lo relevante en esta primera aproximación es reseñar que el Estatuto de los Trabajadores únicamente declara la responsabilidad de la empresa principal para los supuestos de subcontratación de una obra o servicio que se correspondan con su propia actividad. La distinción de lo que es y no es propia actividad ha sido objeto de debates doctrinales y ha requerido la interpretación y clarificación de los tribunales, pero lo que interesa destacar ahora es que una empresa puede externalizar dos tipos de actividades:

a) aquellas tareas que están íntimamente relacionadas con la fabricación de sus productos o la prestación de sus servicios: por ejemplo, una empresa de telecomunicaciones que recurre a una empresa contratista para que se encargue de la reparación de las averías de sus clientes.

b) aquellas funciones que son meramente complementarias de su actividad: por ejemplo, una empresa de ingeniería que contrata con otra empresa la limpieza diaria de sus oficinas.

Desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, el hecho de que la acción protectora del art. 42 ET solo se refiera al primer supuesto se presenta como una paradoja, dado que en los citados ejemplos se aprecia claramente que la concurrencia de trabajadores de diferentes empresas en un mismo centro de trabajo podría producirse en ambos casos y, sin embargo, solo en el primero de ellos hay un imperativo legal en virtud del art. 42 ET por el que la empresa principal debe informar acerca de las *“medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales”*. En realidad, esta previsión se incluyó en el Estatuto de los Trabajadores muy posteriormente a la aprobación inicial del mismo, una vez que la cultura preventiva se estaba iniciando en nuestro país. Efectivamente, el primer Estatuto de los Trabajadores aprobado por la Ley 8/1980 contenía entonces un artículo 42 con una regulación de la subcontratación todavía más sucinta en la que no se hacía mención alguna a la prevención de riesgos laborales. No será hasta la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, cuando se vaya más allá en esta materia, añadiéndose la citada referencia a las medidas de prevención en el artículo 42 ya en pleno siglo XXI mediante el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

4.2.- Cesión de trabajadores (ETT).

Como se ha señalado en el epígrafe anterior, la contratación y subcontratación suponen que una empresa principal encomiende la realización de una determinada tarea a una empresa contratista. Por tanto, la primera se limitará a encargar, recibir y verificar la obra o servicio, correspondiendo a la segunda la realización de dicha tarea mediante el uso de sus recursos humanos y materiales. Es más, debe ser la empresa contratista la que organice y dirija directamente estos recursos con el fin de alcanzar el resultado pretendido. Por esta razón, no cabe en la ley la contratación o subcontratación que se limitase a la mera provisión de trabajadores para ser dirigidos por el empresario principal.

Lo anterior explica que el art. 43 ET contenga una regulación de la cesión de trabajadores básicamente restrictiva en la que solo se considera lícito un supuesto: la cesión que es efectuada por unas empresas concretas, las empresas de trabajo temporal o ETT, debiendo realizarse esta conforme a lo que la ley disponga. Se considera expresamente que supone cesión ilegal de trabajadores la “*mera puesta a disposición de los trabajadores*”, así como el hecho de que la empresa contratada “*carezca de una actividad o de una organización propia y estable*”, o bien no disponga de “*los medios necesarios para el desarrollo de su actividad*” o no lleve a cabo “*las funciones inherentes a su condición de empresario*”. Estos supuestos son ilegales porque la empresa contratista, o bien carece de los recursos materiales de producción y de una plantilla propia o bien sí cuenta con esos medios, pero no los pone al servicio de la actividad que se le encarga, sino que se limita simplemente a suministrar la mano de obra al empresario principal. En el primer caso, estamos ante un “*empresario aparente*”, mientras que la segunda casuística supone la existencia de una “*seudocontrata*”².

El propio Estatuto de los Trabajadores contempla la sanción y corrección de estos abusos. Así, se establece que la empresa cedente y cesionaria responden solidariamente de las obligaciones laborales y se reconoce un derecho de opción a los trabajadores para que pasen a ser empleados fijos de una de las empresas, cedente o cesionaria, a su elección. Los supuestos más graves de cesión ilegal pueden ser constitutivos de un delito previsto en el

² Cfr. RIFÉ Y FERNÁNDEZ-RAMOS, J. A. *La responsabilidad del empresario aparente y de la pseudocontrata. Resumen Jurisprudencial* [en línea]. LegalToday [fecha de consulta marzo 2021]. Disponible en <https://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/la-cesion-ilegal-de-trabajadores-articulo-completo.pdf>

Código Penal, que castiga con la pena de prisión de dos a cinco años a quienes *“trafiquen de manera ilegal con mano de obra”* (art. 312 CP).

Como se ha dicho, la cesión legal de trabajadores solo puede ser la que realicen las empresas de trabajo temporal conforme a la normativa legal que desarrolle esta posibilidad. Tal regulación se contiene en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, que ha sido objeto de varias modificaciones con posterioridad a su promulgación, entre ellas la que les permite actuar como agencias de colocación. Además, existe un Reglamento de las empresas de trabajo temporal que actualmente está aprobado por el Real Decreto 417/2015.

Las empresas de trabajo temporal deben cumplir una serie de requisitos, señalándose aquí únicamente los más destacables: necesidad de una preceptiva autorización administrativa previa para poder desarrollar sus actividades, disponer de una organización y estructura empresarial que les permita desempeñar sus funciones y dedicación exclusiva esta actividad. Además, estas empresas deberán incluir en su denominación el término de Empresa de Trabajo Temporal o bien la abreviatura ETT (arts. 1 a 5 Ley 14/1994).

La ETT formaliza un acuerdo de cesión de trabajadores con la empresa interesada en recibirlos (*“empresa usuaria”*) que se denomina contrato de puesta a disposición, en virtud del cual los trabajadores quedan sujetos al poder de dirección de esta. La cesión es siempre temporal, si bien puede ser indeterminada en el caso de duración incierta de la obra o servicio, remitiendo entonces la Ley 14/1994 a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores para este tipo de contratos en su artículo 15. En lo que concierne a la prevención de riesgos laborales, cabe señalar que se prohíbe la *“realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y la salud en el trabajo”* (art. 8. b): exposición a radiaciones ionizantes, agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, y a los agentes biológicos de los grupos 3 y 4. Además, se permite establecer limitaciones por razones de seguridad y salud *“en las actividades de la construcción, la minería a cielo abierto y de interior, las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, los trabajos en plataformas marinas, la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión”* (disposición adicional segunda) y se impone a la ETT la obligación de asegurarse de que el trabajador cedido ha recibido previamente la formación

necesaria en materia de prevención de riesgos laborales tomando en consideración su experiencia y cualificación, así como el puesto de trabajo que desempeñará y los riesgos asociados al mismo. Por su parte, la empresa usuaria debe informar al trabajador de los riesgos existentes y de las medidas de protección y prevención que ha de adoptar (art. 16.1). Las obligaciones de la empresa usuaria incluyen el establecimiento de su responsabilidad en la seguridad e higiene en el trabajo, imputándosele el recargo de prestaciones de la Seguridad Social en caso de contingencia profesional que traiga causa en la falta de medidas de prevención. Además, responderá la empresa usuaria subsidiariamente en el caso de que la ETT incumpla sus obligaciones salariales, por extinción contractual y las contraídas con la Seguridad Social.

En definitiva, la cesión de trabajadores es una práctica ilegal con consecuencias incluso penales fuera del monopolio de las ETT, que son las únicas que pueden proveer de mano de obra a una empresa que ostentará las facultades de dirección y control de la actividad directamente y que, a cambio, incurre en responsabilidad subsidiaria con respecto a cuestiones salariales y en responsabilidad directa en materia de prevención de riesgos laborales.

4.3.- Sucesión empresarial.

El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores contempla el supuesto de externalización más radical posible, puesto que en este caso estaríamos ante *“el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma”* y no meramente ante la decisión de encomendar temporalmente una tarea propia a una empresa contratista ajena o la de solicitar la provisión de unos trabajadores para su realización. La sucesión de empresa puede dar lugar a una casuística muy variada y diferente. Hay sucesión de empresa cuando, por ejemplo, una entidad se fusiona con otra mediante el procedimiento de absorción de aquella por esta; también cuando una empresa es vendida a un tercero; o simplemente cuando se produce una transformación en la forma jurídica de una sociedad... Además, como hemos visto, la sucesión puede afectar a cualquier *“entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”* (art. 44.2 ET), es decir, la sucesión de empresa puede recaer sobre toda la empresa o solo sobre una parte de ella. No siendo objeto de este trabajo analizar en profundidad las distintas manifestaciones de esta figura jurídica, baste

decir que la jurisprudencia ha aclarado que para que haya verdadera sucesión de empresa por la que entre en juego la regulación del art. 44 ET basta con que *“se produzca realmente un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y que la transmisión afecte a una entidad económica que continúe manteniendo su propia identidad”*³. Este último punto ha sido durante años el motivo por el que se ha considerado que en la llamada sucesión de contratas no operaba el art. 44 ET cuando el Convenio Colectivo fijaba las condiciones de la transmisión, dado que solo había un simple traspaso de personas de la antigua a la nueva contrata. Desde la STJUE sentencia de 11 de julio de 2018 del TJUE, se considera que –si bien hay que analizar cada caso en concreto- la asunción de la plantilla de la contrata anterior supone el traspaso de una entidad económica.

Todos estos supuestos reciben un mismo tratamiento por parte del art. 44 ET, que establece una serie de obligaciones por las que *“el nuevo empresario quede subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluidos los posibles compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”*⁴. Nuevamente, la regulación legal de la figura por parte del Estatuto de los Trabajadores tiene una finalidad claramente garantista y tuitiva de los trabajadores que se ven incurso en el cambio de titular de la empresa o actividad. Efectivamente, el art. 44 desgrana una serie de protecciones para estos que incluyen la garantía solidaria durante tres años de las obligaciones laborales asumidas por el cedente antes de la sucesión, el respeto temporal al marco convenial existente y al mandato de los representantes de los trabajadores, debiéndose informar a estos de los aspectos relativos a la sucesión y negociar, en su caso, las medidas laborales a adoptar.

Un supuesto estándar del art. 44 ET (la venta de una empresa, o de una parte de ella, a otro empresario) no debe afectar a los trabajadores cedidos en cuanto a la prevención de sus riesgos laborales, pues el cambio de titularidad no implica modificación alguna en relación al deber de respetar la normativa legal preventiva, si bien en un futuro sí que puede haber modificaciones en aquellas normas internas de prevención que hayan sido negociadas con los representantes de los trabajadores y supongan una mejora del marco mínimo legal.

³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2015.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de diciembre de 2007.

La realidad empresarial nos permite conocer supuestos más complejos, como ocurre en el caso de la empresa que decide externalizar una parte de su actividad mediante el procedimiento de segregar la unidad productiva que la realizaba a través de la enajenación del área en favor de otra empresa con la que a continuación formaliza una relación de contrata. Los trabajadores de la unidad segregada seguirán trabajando en el mismo centro de trabajo, pero pasan a depender de otro empresario, se convierten en la contrata de su antigua empresa y coincidirán físicamente con antiguos compañeros que ya no son propiamente tales. Esto es, se produce una externalización en la que se aplican conjuntamente las posibilidades contempladas en los artículos 42 y 44 ET, algo avalando por la jurisprudencia al entender que *“también la descentralización productiva, a través de la subcontratación, puede determinar la existencia de una sucesión empresarial en los términos del art. 44 ET y de la Directiva. [...] De ahí que la existencia de la sucesión no impide afirmar que entre cedente y cesionaria se siga manteniendo el vínculo ordinario de cualquier contrata cuando aquel traspaso de la primera a la segunda se produce como consecuencia de la descentralización”*⁵.

Este último ejemplo ayuda a poner de manifiesto que la externalización de la actividad supone la utilización de las posibilidades legales contempladas en los artículos 42, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores: el art. 42 ET contempla la posibilidad de externalizar una obra o servicio; el art. 43 se refiere a la opción de que esta tarea se desempeñe por los trabajadores cedidos por una ETT; y, por su parte, el art. 44 ET regula la externalización que consiste en la segregación de actividad y trabajadores. Pero todas estas no son opciones excluyentes ni alternativas. Una empresa puede hacer uso de todas ellas a la vez, en combinación incluso con otros supuestos con perfiles más difusos, como ocurre a veces con el recurso para determinadas actividades al contrato de agencia, la franquicia, los trabajadores autónomos, el empleo de contratas multiservicios, el conglomerado de empresas, la libre circulación de empleados de un grupo empresarial, etc.

Las primeras reflexiones sobre la regulación legal en España de la externalización de la actividad pasan por constatar un claro intento del legislador por proteger a los trabajadores de las posibles consecuencias adversas del fenómeno, desincentivando los comportamientos irregulares de empresarios fraudulentos y garantizando los derechos de aquellos ante cualquiera de estas eventualidades. Pese a dicho propósito, se pueden detectar ya algunas carencias en esta regulación básica. Así, en primer lugar, las obligaciones de las empresas

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de enero de 2019.

que recurren a la externalización mediante el sistema de contrata solo le son exigibles cuando esta recae en la propia actividad. Esto no solo deja fuera de la protección a innumerables trabajadores subcontratados, sino que además plantea un debate jurídico acerca del concepto de propia actividad que ha necesitado de años de aclaraciones jurisprudenciales sin que se haya cerrado definitivamente. Por otra parte, el esfuerzo protector del Estatuto de los Trabajadores se ha dirigido fundamentalmente a la estabilidad del empleo y al aspecto salarial de la relación laboral, sin que aquí se contenga una verdadera regulación de los aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales más allá de la simple alusión contenida en el art. 42.4 e) ET que además fue incorporada en virtud de una modificación de la ley ya en pleno siglo XXI.

Con todo, esa única referencia a la prevención de riesgos laborales que figura en los tres artículos del Estatuto de los Trabajadores que regulan la externalización de la actividad nos anuncia la clave por la que la legislación específicamente preventiva ha abordado la cuestión objeto de estudio en este trabajo. Efectivamente, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su desarrollo reglamentario van más allá del rígido supuesto legal de contratación o subcontratación para establecer una obligación general de coordinación de actividades preventivas en los casos en que se produce una concurrencia empresarial, cualquiera que sea la relación que exista entre esas empresas.

5.- NORMATIVA PREVENTIVA DE LA EXTERNALIZACIÓN: EL ARTÍCULO 24 LPRL.

Como se ha señalado anteriormente, la verdadera regulación de la prevención de riesgos laborales en los supuestos de externalización no se encuentra en las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores que sirven para delimitar estas figuras. Será solo con la publicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos, cuando se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico, diez años después de su ratificación por España, la previsión del Convenio 155 de la OIT por la que existe un deber de colaborar en la aplicación de medidas de prevención *“siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo”* (art. 17 Convenio), cumpliendo así también a la vez con la obligación de transponer en este aspecto la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, que establecía el deber de cooperación empresarial cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, debiendo *“coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representante”* (art. 6.4 Directiva).

En línea con estas disposiciones, el art. 24 LPRL establece lo siguiente:

- 1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.*
- 2. El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.*
- 3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros*

de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

4. Las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal.

5. Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo.

6. Las obligaciones previstas en este artículo serán desarrolladas reglamentariamente⁶.

El precepto recoge de la regulación del Estatuto de los Trabajadores la figura del empresario principal que contrata o subcontrata una obra o servicio de su propia actividad (art. 24.3 y 24.4 LPRL), pero añade además la del empresario que simplemente concurre con otros empresarios en un centro de trabajo, sin entrar en distinciones relativas a la naturaleza de su relación (art. 24.1 LPRL) y la del empresario titular del centro de trabajo (art. 24.2 LPRL).

Así pues, frente a la regulación del Estatuto de los Trabajadores, lo verdaderamente novedoso del art. 24 LPRL es que el presupuesto inicial para determinar la existencia de una serie de obligaciones y responsabilidades por parte de un empresario en materia de prevención no es ya la existencia de una relación mercantil que pueda tener con otro empresario (ya sea de contrata, cesión de trabajadores o sucesión de empresa). Ahora, tal responsabilidad nace de un supuesto más simple de apreciar y, si bien se modulará en función de la posición que ocupe el empresario, ya es exigible por la simple concurrencia de empresas en un mismo centro de trabajo. La existencia de situaciones de concurrencia es el denominador común de los distintos escenarios contemplados por el art. 24 LPRL, con una única excepción en su apartado 4 para reconocer unas tímidas obligaciones con respecto a los trabajadores de contratas que no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal.

En línea con lo anterior, el art. 24 LPRL supone también una ruptura con la regulación del Estatuto de los Trabajadores al no dejar fuera de su ámbito de protección a los trabajadores

⁶ El apartado 6 se añadiría posteriormente en virtud de la modificación de la LPRL aprobada por la Ley 54/2003.

de empresas contratadas o subcontratadas que no lo sean para la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal, superándose así la indiferencia del art. 42 ET por los mismos. En estos casos, la responsabilidad básica de cooperar da paso a otras de un contenido mayor que también se modularán en función de si nos encontramos ante un empresario principal, un empresario titular o un empresario que reúne ambas condiciones.

Nos encontramos pues con la verdadera regulación preventiva de la externalización, basada en la idea central de la coordinación de actividades empresariales y en los conceptos de centro de trabajo y los relativos a los tipos de empresarios concurrentes en la concurrencia. Lamentablemente, habría que esperar casi una década a que se abordase la labor de definir esos conceptos y ganar en seguridad jurídica mediante el desarrollo reglamentario de las obligaciones previstas en el art. 24 LPRL a través del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales.

Antes de proseguir con ese desarrollo reglamentario del art. 25 LPRL se hace necesario precisar que uno de los supuestos de externalización tiene un tratamiento diferente pese a que se produzca la concurrencia de trabajadores. Se trata de las empresas de trabajo temporal (ETT), cuyos trabajadores *“deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios”* (art. 28.1 LPRL) y son por ello objeto de una regulación específica en la Ley 14/1994, que se desarrolla en el Real Decreto 216/1999 fijando las siguientes obligaciones:

A) OBLIGACIONES PREVIAS AL INICIO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DEL TRABAJADOR				
1. La EU	Realizar Evaluación de Riesgos del puesto a cubrir.		Facilitar la información prevista en el art. 2 a la ETT.	
2. La ETT	Asignar el puesto a un trabajador idóneo.	Facilitar al trabajador la información de la EU	Cumplir con las obligaciones de formación y vigilancia de la salud previstas en el art. 3.	
		Acreditar documentalmente estas obligaciones.		
3. La EU	Asegurarse que el trabajador cedido está informado, formado y dispone de la aptitud médica.	Informar al trabajador de los riesgos del centro y del puesto, medidas preventivas y de emergencia, así cualquier otra información necesaria en materia de seguridad y salud.	Informar a los delegados de prevención, al servicio de prevención o trabajadores designados de la próxima incorporación del trabajador cedido.	
B) OBLIGACIONES DESDE EL INICIO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DEL TRABAJADOR				
4. La EU	Asegurar al trabajador cedido el mismo nivel de protección que al resto de trabajadores de la empresa.	Computar a estos trabajadores al organizar los recursos para desarrollar las actividades preventivas.	En los supuestos del art. 24 LPRL, tener en cuenta la incorporación en cualquiera de las empresas concurrentes de trabajadores puestos a disposición por una ETT.	Informar a la ETT de los resultados de la evaluación de riesgos que afecten a trabajadores cedidos.
5. La ETT	Realizar la vigilancia de la salud periódica teniendo en cuenta los resultados de la evaluación de riesgos, para garantizar la aptitud médica del trabajador.		Notificar a la autoridad laboral los accidentes de los trabajadores cedidos en la EU, así como efectuar la investigación de las causas conjuntamente con la EU.	

Fuente: “NTP 919: Coordinación de actividades empresariales (II)”, INSST, 2011.

6.- EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DEL RD 171/2004: DELIMITACIÓN Y CONCEPTOS.

Como se ha señalado, el art. 24 LPRL vino a superar las claras carencias de la regulación del Estatuto de los Trabajadores con respecto a la prevención de riesgos laborales en la externalización de la actividad. Sin embargo, no será hasta su desarrollo reglamentario cuando se aborde la definición de unos conceptos jurídicos que hasta entonces habían debido ser perfilados por la jurisprudencia.

6.1.- Empresas concurrentes, titulares y principales.

El Real Decreto 171/2004 impone una serie de obligaciones de coordinación que nacen de la concurrencia de empresas diferentes en distintos escenarios posibles y persigue evitar que las actividades de una de las empresas afecten a los trabajadores de otra de ellas. Es decir, se debe evaluar y prevenir no solo los riesgos del propio trabajo, sino también los riesgos derivados de la concurrencia. El punto de partida fundamental es la determinación del rol que corresponde a cada una de las empresas coincidentes, pues este será el que fije sus correspondientes responsabilidades preventivas. El Real Decreto 171/2004 distingue entre “empresario concurrente”, “empresario titular” y “empresario principal”, atribuyéndoles unas distintas funciones a cada uno, por lo que la competencia de una empresa en seguridad y salud variará en función de qué actor sea en la concurrencia.

A pesar de que el Real Decreto 171/2004 utiliza desde su mismo preámbulo la expresión de empresarios concurrentes, no incluye esta entre los conceptos que son objeto de definición expresa en su artículo 2, prefiriendo emplear una alusión amplia a los mismos como “*los diferentes empresarios que coinciden en un mismo centro de trabajo*” y utilizando la misma referencia que el art. 24 LPRL hace a la situación que tiene lugar “*cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas*”. Se trata por tanto de un concepto que para el RD no presenta dudas interpretativas y que termina de abrochar al añadir que el deber de cooperación entre estos empresarios será de aplicación “*existan o no relaciones jurídicas entre ellos*” (art. 4 RD). De esta forma, todo empresario presente en un centro de trabajo es siempre y sin excepción un empresario concurrente si coincide con otro. Se prefigura así un sistema de concurrencia que va de menos a más y que atribuye responsabilidades de forma progresiva. Así, el empresario en situación de

coincidencia con otros tiene como obligación inicial la de informar al resto de empresarios sobre los riesgos específicos de su actividad que puedan afectar a los trabajadores de los demás concurrentes, debiendo considerar especialmente aquellos riesgos que se puedan agravar precisamente como consecuencia de la concurrencia (art. 4.2 RD). En este primer nivel, se trata de dar traslado de una información que ha de ser recíproca, previa y suficiente. Sorprende que el RD solo contemple la obligación de que la información se dé por escrito en caso de que los riesgos que genere una empresa sean graves o muy graves, dado que los riesgos propios pueden no tener tal consideración, pero sí dar lugar a que los de otra empresa se vean modificados y alcancen ese nivel. Por otra parte, la obligación de información incluye la de los accidentes que se produzcan y las situaciones de emergencia.

Una vez efectuado este cruce de información, cada empresa deberá tener en cuenta la información recibida de las demás concurrentes, tanto en su evaluación de los riesgos (se entiende que incluso modificando la ya realizada previamente y que sirvió de base para facilitar la información) como en la planificación de la actividad preventiva (art. 4.4 RD). Si bien el RD habla de un deber de cooperación, es fácil advertir que cada uno de los concurrentes tiene no solo el deber de facilitar la información requerida, sino también el derecho a recibir de los otros empresarios cuanta información le sea útil para el control de los riesgos que les suponga a sus trabajadores la coincidencia de varias actividades en el centro de trabajo.

Es claro que todo lo anterior supone una labor conjunta y una necesidad de cooperación que exige una coordinación de los empresarios, motivo por el que el Capítulo II del RD dedicado a la concurrencia se cierra con el mandato de establecer los pertinentes medios de coordinación entre los empresarios concurrentes (art. 5), aspecto cuyo análisis se efectuará en otro epígrafe posterior.

En relación con la figura del empresario concurrente, cabe señalar finalmente que hay situaciones en las que la presencia de otros empresarios en el centro de trabajo quedaría fuera del ámbito del RD⁷, en cuyo caso no cabe exigir a ninguno de ellos la obligación de coordinación empresarial, pero sí al titular del centro de trabajo la de establecer medidas de emergencia y evacuación teniendo en cuenta en su diseño *“la posible presencia de personas ajenas a la misma”*. (art. 20 LPRL).

⁷ La NTP 918 del INSST considera así la presencia de otras empresas *“a modo de cliente, visitante, usuario, etc.”*.

Sí es objeto de definición expresa por parte del RD la figura del empresario titular del centro de trabajo, debiendo entenderse por tal *“la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo”* (art. 2.b), quien está sujeto a las mismas obligaciones anteriores y, además, deberá cumplir otras, dependiendo de si se trata de un empresario titular sin empleados propios en el centro de trabajo o de aquel que sí dispone de ellos. El primero deberá poner a disposición de los empresarios concurrentes *información* acerca de los riesgos propios del *centro de trabajo* que puedan afectarles y sobre las medidas preventivas y de emergencia (art. 7.1 RD). El segundo tiene la obligación añadida de dar a los empresarios concurrentes *instrucciones* para la prevención de los riesgos existentes y sobre las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia (art. 8.1 RD). Tales informaciones e instrucciones se deberán facilitar de forma suficiente, adecuada, previa, actualizada en caso de producirse cambios y de forma escrita si los riesgos son graves o muy graves.

El empresario principal se define como aquel que *“contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo”* (art. 2.c), es decir, se trata de un empresario que es concurrente, que es también empresario titular y que es además empresario principal por contratar una tarea propia de su actividad principal, siendo esta la circunstancia que determina que nuevamente se eleve el nivel de obligaciones y nazcan otras nuevas que se añaden a las anteriormente expuestas. Concretamente, el empresario principal debe *“vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas”* (art. 10.1 RD), para lo que exigirá a estas que le acrediten por escrito que han realizado la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva con respecto a las obras o servicios contratados, así como el cumplimiento de las obligaciones de información y formación de los trabajadores. Además, la empresa contratista que recurra a su vez a la subcontratación deberá recabar las mismas acreditaciones y facilitárselas a su empresario principal (art. 10.2 RD), así como comprobar los medios de coordinación entre las empresas concurrentes (art. 10.3 RD).

En relación con la figura del empresario principal, y aunque el Real Decreto 171/2004 solo desarrolla el caso de aquel que lo es en su propio centro de trabajo, cabe recordar que el art. 24.4 LPRL contemplaba también el supuesto de los trabajadores de una empresa contratista que fuera del centro de trabajo del empresario principal utilizasen elementos de trabajo

suministrados por este, sobre quien recaía la obligación de facilitar toda la información recabada a los fabricantes, importadores o suministradores acerca de dichos equipos.

La configuración de los distintos tipos de empresarios presenta la importante utilidad de poder determinar quién es cada uno de los concurrentes para poder imputarles las obligaciones correspondientes. Así, por ejemplo, si una empresa contrata una obra o servicio que ha de llevarse a cabo en su centro y que no es de su propia actividad, consideramos que existe una empresa titular y una empresa concurrente. Pero si esta última recurre también a la subcontratación, se convierte por ello en empresa principal y la incorporada ahora es la concurrente. De esta manera, se persigue que la frecuente subcontratación en cadena no diluye las responsabilidades de todos los intervinientes en el proceso productivo.

6.2.- La propia actividad.

Mucho antes de que el art. 24 LPRL y el Real Decreto 171/2004 utilizaran el concepto de propia actividad, este ya aparecía en el art. 42 ET para establecer, como se ha visto, una serie de garantías en favor de los trabajadores de las empresas contratistas que realicen obras o servicios de la propia actividad del empresario principal. Ya entonces surgió el problema de interpretar un concepto que no se definía en la ley y que daba lugar a dudas acerca de cuándo se estaba ante un supuesto de propia actividad y cuándo no. Fundamentalmente, existen dos grandes interpretaciones del concepto, una extensiva y otra restrictiva. La primera incluye a cualquier actividad que sea indispensable para llevar a cabo el proceso productivo de la empresa principal. Desde este punto de vista, el concepto englobaría también los trabajos complementarios y casi todas las tareas que se pueden externalizar tendrían la consideración de propia actividad. Por el contrario, la interpretación restrictiva considera que la propia actividad sería tan solo aquella que es inherente al proceso productivo, quedando fuera aquellas otras tareas que sean complementarias. Durante los primeros años, los tribunales se inclinaron por dictar sentencias en las que se aplicaba la primera concepción, criterio que cambió a raíz de que el Tribunal Supremo se decantase finalmente por la segunda de estas interpretaciones, considerando que la redacción del art. 42 ET deja clara la intención del legislador de establecer *“una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial”*⁸, de donde se desprende que propia actividad solo

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 18 de enero de 1995, reiterada desde entonces en otras varias sentencias posteriores.

lo puede ser la tarea que forme parte de las actividades principales de la empresa, es decir, es aquella que engloba las actividades nucleares de la empresa principal.

Lo anterior impone la necesidad de analizar cada supuesto concreto para determinar si las actividades llevadas a cabo por la empresa contratista forma parte de las tareas *inherentes al ciclo productivo* de la empresa principal, lo que puede ser especialmente difícil en aquellos casos en los que la empresa principal y la contratista tienen actividades próximas. Así ocurre, por ejemplo, en la relación entre promotor inmobiliario y empresario constructor, supuesto en el que el Tribunal Supremo entendió que las actividades de ambos son distintas y que la de la construcción no puede entenderse inherente al ciclo productivo de la actividad inmobiliaria. Otro supuesto conflictivo lo supone el de la contratación de los servicios de limpieza, pues si bien en principio estos no se consideran indispensables, algunas sentencias han entendido que la limpieza sí es actividad principal *“cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”*⁹.

En definitiva, esta cuestión no está resuelta definitivamente, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo no permite contar con un criterio preciso y tampoco el Real Decreto 171/2004 aporta novedad alguna a la falta de definición legal del concepto. Todo ello se traduce en que existan sentencias de juzgados de instancia que son muchas veces contradictorias, con la consiguiente falta de seguridad jurídica. Con todo, el principal problema de la noción de propia actividad desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales es que es un concepto que se importa desde el art. 42 ET, donde puede defenderse su utilidad para determinar las distintas responsabilidades del empresario principal, estableciéndose en el art. 24 LPRL y en el Real Decreto 171/2004 una distinción que es aquí menos justificable desde el punto de vista de la seguridad, ya que da lugar a que la labor de vigilancia sobre la empresa contratista no dependa de los riesgos existentes y sí de que la actividad desarrollada sea la propia del empresario principal. Por tal motivo, un sector de la doctrina considera que el art. 24 LPRL *“se ha dejado llevar por la clásica distinción entre contrata de la propia actividad o contrata de actividades no propias, que debe tener eficacia sobre todo en el terreno de las responsabilidades, pero no en el de los deberes de prevención”*¹⁰.

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 de octubre de 2013.

¹⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. 1ª ed. Madrid: Trotta, 1996. ISBN 978-84-81641097.

6.3.- Centro de Trabajo.

El art. 24 LPRL contempla la coordinación de actividades empresariales en los casos en que varios empresarios desarrollan actividades *“en un mismo centro de trabajo”*. Los cinco apartados originalmente contenidos en el precepto usan invariablemente la expresión centro de trabajo, si bien la Ley de Protección de Riesgos Laborales no nos ofrece un concepto del mismo. Su definición se halla en el Estatuto de los Trabajadores, que establece que tendrá tal consideración *“la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”* (art. 1.5 ET). Desde el punto de vista de la seguridad, este concepto adolece de una rigidez que lo hace inviable en numerosos supuestos. Por esta razón, la doctrina se mostró favorable desde un principio a realizar una interpretación extensiva del centro de trabajo que permitiese contemplar aquellos lugares donde se desarrollase un trabajo bajo el control e inspección de la empresa principal, visión que está en línea con el contenido del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España ya en 1985) y de la Directiva 89/391/CEE.

También la jurisprudencia se pronunció en el mismo sentido y el Tribunal Supremo dejó claro de forma reiterada *“que, a efectos de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo debidos a su infracción, ha identificado los conceptos de ‘centro de trabajo’ y ‘lugar de trabajo’”*¹¹.

El Real Decreto Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, empleó ya esta última concepto, que define como *“las áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder en razón de su trabajo”* (art. 2), incluyéndose los servicios higiénicos y locales de descanso, los locales de primeros auxilios y los comedores, así como las instalaciones de servicio o protección anejas a los lugares de trabajo se considerarán como parte integrante de los mismos. El problema de esta definición es que su tenor literal no identifica centro de trabajo con lugar de trabajo, en línea con las propuestas de la doctrina y la jurisprudencia, sino que establece que lugar de trabajo puede ser cualquier área del centro de trabajo, algo que no parece suficiente para despejar las posibles dudas.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2007.

Pese a su parcial coincidencia con la anterior, la definición del Real Decreto 171/2004 sí permite superar la rigidez del concepto en el Estatuto de los Trabajadores, considerándose que es centro de trabajo *“cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”* (art. 2.a RD). De esta manera, se da cobertura legal a situaciones que anteriormente habían encontrado amparo en la citada interpretación de la jurisprudencia, lo que había permitido, por ejemplo, llegar a considerar que, en relación con la colocación de postes para dar soporte al despliegue de líneas telefónicas, *“el lugar donde se están realizando esas tareas de colocación de los elementos materiales que la soportan, aunque sea en despoblado o en el campo, como en este caso, realmente constituye un centro de trabajo de la empresa principal que ha contratado las tareas”*¹².

6.4.- Concurrencia y coordinación empresarial.

Como se ha señalado más arriba, la concurrencia despliega una serie de obligaciones para los empresarios incursos en dicha situación. Aunque hablemos de empresarios concurrentes, se hace necesario aclarar que en puridad habría concurrencia cuando los que coinciden son los trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo. Esto no impide que el art. 24 LPRL y el Real Decreto 171/2004 regulen situaciones en las que no hay esa concurrencia de trabajadores. Así ocurre con la obligación que tiene el empresario titular de un centro de trabajo, aun en caso de que sus trabajadores no desarrollen ninguna actividad ahí, de facilitar información a los otros empresarios concurrentes acerca de los riesgos y medidas de prevención y de emergencia. Tampoco hay concurrencia en la obligación prevista en el art. 24 LPRL, donde esta viene determinada por la existencia de elementos de trabajo facilitados por la empresa principal. Finalmente, el deber de vigilancia del empresario principal no desaparece por el hecho de que este no tenga empleados en el centro de trabajo.

Una vez que el Real Decreto 171/2004 ha establecido en sus capítulos II, III y IV las diversas obligaciones de los empresarios en presencia, dedica su capítulo V a desarrollar los medios con los que deben coordinarse estos a fin de alcanzar los objetivos de aplicar los principios preventivos de la LPRL, aplicar correctamente los métodos de trabajo, controlar las interacciones de las diferentes actividades en el centro de trabajo y lograr la adecuación entre

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 22 de noviembre de 2002.

los riesgos y medidas preventivas adoptadas (art. 3 RD). El Real Decreto 171/2004 detalla una serie de medios de coordinación que ni son obligatorios ni constituyen un *numerus clausus*, ya que pueden utilizarse aquellos otros que establezcan las empresas concurrentes, que se acuerden mediante la negociación colectiva o que vengan impuestos por la normativa preventiva de determinados sectores y actividades. Esta relación no exhaustiva de medios se contiene en el art. 11 RD:

- a) *El intercambio de información y de comunicaciones entre las empresas concurrentes.*
- b) *La celebración de reuniones periódicas entre las empresas concurrentes.*
- c) *Las reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, de los empresarios que carezcan de dichos comités con los delegados de prevención.*
- d) *La impartición de instrucciones.*
- e) *El establecimiento conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes o de procedimientos o protocolos de actuación.*
- f) *La presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las empresas concurrentes.*
- g) *La designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas.*

Además de servir meramente de ejemplo, esta relación contiene algunos elementos que en realidad ya aparecen configurados previamente como obligaciones en los capítulos anteriores del propio RD. Es el caso, por ejemplo, del intercambio de información entre empresas concurrentes. En relación con la determinación de los medios, el art. 12 RD establece una serie de reglas. Así, la elección de los medios de coordinación corresponde a los empresarios concurrentes, quienes deberán establecerlos después de que se hayan cumplido las obligaciones de información e instrucciones sobre los riesgos existentes y antes de iniciarse la actividad, debiendo ser el empresario titular del centro de trabajo o, en su defecto, el empresario principal quien tome la iniciativa para su establecimiento. Cada empresario informará a sus trabajadores de los medios de coordinación aprobados y, en su caso, de la identificación de las personas que sean designadas como recursos preventivos o encargadas de la coordinación de las actividades preventivas. En caso de que no cumplan sus objetivos, los medios deberán actualizarse a fin de que puedan ser eficaces.

Sin que se establezca taxativamente su obligatoriedad, el Real Decreto 171/2004 considera que la designación de personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas tiene la consideración de medio “*preferente*” en caso de que se realicen actividades peligrosas; cuando exista una especial dificultad para el control de las interacciones empresariales que suponga un riesgo grave o muy grave; cuando sea especialmente dificultoso evitar el desarrollo de actividades incompatibles; o cuando se dé una especial complejidad para llevar a cabo la coordinación por el número de empresas concurrentes, tipo de actividad y características del centro de trabajo (art. 13.1 RD). La elección de las personas encargadas de la coordinación se hará por el empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en él, pudiendo nombrarse a trabajadores designados para llevar a cabo la actividad preventiva por el empresario titular o alguno de los empresarios concurrentes; empleados del servicio de prevención propio de la empresa titular del centro de trabajo o de una de las empresas concurrentes; miembros del servicio de prevención concertado por la empresa titular o por uno de los empresarios concurrentes; trabajadores de estas empresas que tengan la formación y experiencia adecuada; trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo que estén capacitados para la coordinación por su posición en la estructura jerárquica; o trabajadores de empresas dedicadas a la coordinación de actividades preventivas (art. 13.2 RD).

Las funciones de las personas encargadas de la coordinación preventiva son las de facilitar el cumplimiento de los objetivos de seguridad, servir de cauce para el intercambio de las informaciones preceptivas y cumplir las indicaciones del empresario titular del centro (art. 14.1 RD). A tal fin, conocerán las informaciones que deben intercambiarse las empresas, podrán acceder a cualquier zona de trabajo, impartirán instrucciones a las empresas concurrentes y propondrán a estas empresas medidas preventivas que eviten los riesgos para los trabajadores presentes en el centro de trabajo (art. 14.2 RD). Es necesario que las personas designadas cuenten con una formación preventiva que se corresponda al menos con las funciones de nivel intermedio¹³ (art. 14.4 RD).

El otro medio de coordinación destacable es de la utilización de los llamados recursos preventivos, figura que la Ley 54/2003 introdujo en la LPRL mediante la adición de su artículo 32 bis. Posteriormente, en el año 2006 se modificó también el Real Decreto 39/1997 para

¹³ Formación regulada inicialmente en el art. 36 del Real Decreto 39/1997 y que en la actualidad requiere la obtención del título de Formación Profesional de Técnico Superior de Prevención de Riesgos Profesionales.

añadirle un art. 22 bis relativo a la presencia de los recursos preventivos. Conforme al mismo, podemos considerar que los recursos preventivos son aquellos trabajadores designados o aquellos miembros del servicio de prevención que tienen encomendada la misión de vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas cuando determinados riesgos pueden verse agravados o se desarrollan ciertas actividades peligrosas que determinan la necesidad de su presencia. Esta función de vigilancia incluye *“la comprobación de la eficacia de las actividades preventivas previstas en la planificación, así como de la adecuación de tales actividades a los riesgos que pretenden prevenirse o a la aparición de riesgos no previstos y derivados de la situación que determina la necesidad de la presencia de los recursos preventivos”* (art. 22.4 RD 39/1997). Será en la evaluación de riesgos cuando se establezca la necesidad de contar con estos recursos preventivos en base a los motivos comentados¹⁴.

En los supuestos de concurrencia empresarial, puede darse el caso de que los recursos preventivos sean de obligada presencia por así imponerlo el Real Decreto 39/1997 o puede suceder que, no siendo obligatorios, se opte voluntariamente por su presencia como el medio de coordinación más idóneo en virtud de la posibilidad que brinda el Real Decreto 171/2004. En el primer caso, la designación de los recursos preventivos será responsabilidad de la empresa o empresas que realicen dichas operaciones o actividades, debiendo colaborar estos entre sí y con los recursos preventivos y personas encargadas de la coordinación preventiva del empresario titular o principal (art. 22 bis.9 RD 39/1997). Cabe además una tercera opción pragmática por la que en los casos en los que debe designarse unas personas como recursos preventivos para que estén presentes en el centro de trabajo, estas puedan ser encargadas de llevar a cabo la coordinación preventiva (art. 13.4 RD 171/2004). Esta posibilidad requerirá, si bien no se establece expresamente en este apartado, que estas personas cuenten con la formación de nivel intermedio que exige el art. 14.4 del RD 171/2004.

El Real Decreto 171/2004 dedica su sexto y último capítulo a los derechos de los representantes de los trabajadores, estableciendo que los delegados de prevención (o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores) deberán ser informados cuando se concierte un contrato de obras o servicios. En el caso de la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en concurrencia, estos representantes de los trabajadores deberán ser consultados sobre la organización del trabajo y estarán

¹⁴ El art. 22 bis.1 c) del RD 39/1997 incluye también la posibilidad de que sea la Inspección de Trabajo quien requiera la presencia de los recursos preventivos en base a las condiciones de trabajo detectadas.

facultados para acompañar en sus visitas a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, realizar una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo, pudiendo acceder a cualquier zona del centro, recabar de su empresario la adopción de medidas para la coordinación de actividades preventivas y proponer a las personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas la adopción de medidas (art. 15 RD). Los Comités de seguridad y salud, o los empresarios y los delegados de prevención, podrán realizar reuniones conjuntas u otras medidas de actuación coordinada (art. 16 RD).

El Real Decreto 171/2004 no contiene ninguna mención acerca del establecimiento de la organización de la coordinación de actividades empresariales, pero el Instituto Nacional de la Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) ha elaborado una serie de notas técnicas de prevención (NTP)¹⁵ que abordan esta cuestión. En la NTP 919 se recuerda que uno de los elementos que deben formar parte del Plan de Prevención son *“los procedimientos organizativos existentes en la empresa, en relación con la prevención de riesgos laborales”* (art. 2.2.c Real Decreto 39/1997), lo que avala la necesidad de contar con un procedimiento de coordinación de las actividades empresariales a fin de evitar la improvisación. En este procedimiento se deberá plasmar la secuencia de acciones a seguir conforme a sus características y a su actuación como empresa concurrente, titular o principal. Las recomendaciones que establece el INSST a la hora de redactar el procedimiento son las siguientes:

- La información de los riesgos debe ser lo más concreta posible.
- Debe preverse la actualización de la información cuando existan cambios relevantes.
- Ha de estar garantizada la información a los trabajadores de los nuevos riesgos y medidas de prevención y emergencia, una vez evaluada la información recibida.
- El intercambio de la información e instrucciones debe hacerse preferentemente por escrito, incluso en los casos en que no es preceptivo legalmente.
- Debe quedar registro de los datos del responsable de coordinación.
- La empresa titular/principal hará un seguimiento y valoración de las potenciales contratadas.
- El contrato firmado con las empresas contratistas incluirá una cláusula sobre cumplimiento de obligaciones en materia de seguridad que vayan más allá de lo exigido legalmente.

¹⁵ Si bien estas notas técnicas no son de obligado cumplimiento, el reconocido prestigio del INSST (antiguo INSHT) las convierte en referencia obligada para el profesional de la prevención y para la interpretación de las normas.

- Se establecerá una clasificación de las empresas contratistas determinando las diferentes actuaciones a seguir con cada tipo de ellas.

En el año 2015, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo elaboró otras dos nuevas notas técnicas (las NTP 1052 y 1053) con la finalidad de profundizar en las etapas del proceso de coordinación de actividades empresariales. En las mismas, se determinan estas etapas, analizándose para cada una de ellas los factores de los que depende su eficacia y eficiencia, así como los aspectos fundamentales que han de quedar reflejados en la coordinación.

Conforme a la NTP 1052 del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, los factores transversales que influyen en de la coordinación son:

- 1) Determinación del papel desempeñado por cada empresa en el escenario de concurrencia. La empresa ha de tener claro cuál es su rol (concurrente, titular o principal), siendo como se sabe determinante la cuestión de si la contratación recae sobre la propia actividad de la empresa principal o no.
- 2) Integración de la prevención de riesgos laborales. El servicio de prevención no se encarga de la contratación, sino que asesora a la unidad de la empresa que gestiona ese proceso del que forma parte la coordinación. Para el INSST, *“en definitiva será la empresa en su conjunto, y no el servicio de PRL en solitario, la responsable de gestionar una actividad que forma parte de su gestión diaria”*.
- 3) Medios de coordinación. El Real Decreto 171/2004 contempla la lista que se ha transcrito más arriba, si bien esta no es exhaustiva a fin de alcanzar una *“real implicación en la coordinación de actividades empresariales que alejará un siempre bien censurado cumplimiento meramente formal”*. Por ello, el medio de coordinación seleccionado ha de ser el más adecuado desde el punto de vista de la eficiencia, teniendo en cuenta aspectos como la peligrosidad de las actividades, número de trabajadores y duración de la concurrencia.
- 4) Canales de comunicación. Unos de los objetivos del medio de coordinación es garantizar el intercambio fluido de la comunicación entre las empresas, debiendo estas después hacer llegar aquella que sea más relevante al conjunto de trabajadores afectados por la concurrencia

y asegurar que exista una comunicación continua durante la ejecución de las actividades. La información facilitada se referirá a los riesgos existentes, medios de protección y procedimientos de trabajo. Se debe asegurar que cualquier cambio en lo planificado se informe desde los trabajadores de las empresas concurrentes al empresario titular, así como la inmediata comunicación de situaciones de emergencia y accidentes de trabajo.

5) Información y consulta a los representantes de los trabajadores. El INSST defiende que el papel de los delegados de prevención y comités de seguridad y salud debe suponer un protagonismo activo, debiendo el empresario *“aprovechar su potencial como un elemento más que favorece el cumplimiento de los objetivos de la CAE”*.

Por su parte, la NTP 1053 del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo analiza los aspectos fundamentales de cada una de las siguientes etapas del proceso de coordinación de actividades empresariales:

1) Planificación: Comienza en el momento que se adopta la decisión de recurrir a una empresa externa. Previamente al inicio de las actividades hay que tener en cuenta los siguientes aspectos: a) intercambio de información entre las empresas concurrentes; b) establecimiento de los medios de coordinación; c) procedimientos de trabajo; d) autorización del acceso de las contratadas al centro de trabajo; y e) requerimiento del empresario principal a las contratadas para que estas acrediten haber realizado la evaluación de riesgos y demás obligaciones.

2) Organización: Tras el intercambio de información, cada empresario debe cumplir con distintas obligaciones: a) el empresario titular o principal tiene un papel central en la organización de los trabajos; y b) las empresas concurrentes deberán designar interlocutores y cumplir las instrucciones del empresario titular, además de facilitar la información y formación necesaria a sus trabajadores.

3) Control: a) el empresario titular debe informar sobre los posibles cambios en los riesgos que tendrían como consecuencia la modificación de la planificación inicial; b) las empresas concurrentes son responsables del control de la actividad que llevan a cabo sus trabajadores y de comunicar al empresario titular cualquier circunstancia sobrevenida; c) el empresario principal debe vigilar que la ejecución de las tareas respeta las normas de prevención de riesgos laborales; d) los representantes de los trabajadores tienen también las facultades de

control y vigilancia que la Ley les reconoce; y d) deben adoptarse acciones derivadas del control cuando exista una planificación errónea o un incumplimiento de la misma o de los requisitos contractuales.

4) Mejora continua: a) el empresario titular o principal hará una valoración de las disfunciones detectadas durante el proceso y del comportamiento de las empresas contratistas en relación con la prevención, todo ello de cara a los futuros procesos; b) las empresas concurrentes verificarán la eficacia de los medios de cooperación adoptados de cara a mejorar su eficiencia y la adaptación a las exigencias de las empresas contratantes en los futuros procesos.

El valor de estas guías del INSST viene dado por su intento de desbrozar una regulación de la externalización que se caracteriza por su complejidad y dificultad, algo que quizás no pueda evitarse del todo, dado que son varios los sujetos intervinientes y que la necesidad de alcanzar una cooperación real y efectiva exige una coordinación que debe ir más allá del cumplimiento formalista de las obligaciones que impone el Reglamento 171/2004. En realidad, solo la interiorización de la cultura de prevención servirá para alcanzar un verdadero compromiso que permita avanzar en la lucha contra la siniestralidad, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico marque el camino a seguir y establezca las responsabilidades y sanciones para los casos en que el incumplimiento sea patente.

7.- RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LA CONSTRUCCIÓN: EL REAL DECRETO 1627/1997 Y LA LEY 32/2006.

Las características especiales del sector de la construcción, donde una elevada siniestralidad coincide con la presencia continua de la contratación y subcontratación, hicieron que existiese ya desde 1997 una regulación específica de la coordinación de actividades empresariales contenida en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción. Este Real Decreto vino a transponer la Directiva 92/57/CEE e incluyó una serie de medidas dirigidas expresamente a organizar la coordinación de actividades empresariales prevista por la LPRL en su artículo 24.

La posterior aprobación del Real Decreto 171/2004 con el que se desarrollaba reglamentariamente el art. 24 LPRL para todas las actividades no supuso sin embargo la derogación de Real Decreto 1627/1997, pues aquel dedica su disposición adicional primera a reconocer la vigencia de este y a aclarar las equivalencias entre las disposiciones de uno y otro. A partir de 2006, en relación con esta materia se ha de tener en cuenta lo dispuesto por la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, posteriormente desarrollada en el Real Decreto 1109/2007. La confluencia de todas estas normas provoca cierta confusión, pues en ocasiones se abordan unas mismas cuestiones y conceptos por varias disposiciones contenidas en normas distintas y de diferente rango normativo, algo que algunos autores coinciden en señalar que *“hubiera, probablemente justificado una norma armonizadora de las distintas regulaciones para favorecer un entramado normativo coherente”*¹⁶.

El Real Decreto 1627/1997 define en primer lugar qué ha de entender por obra de construcción mediante la remisión a una lista de actividades en su anexo I: a) Excavación. b) Movimiento de tierras. c) Construcción. d) Montaje y desmontaje de elementos prefabricados. e) Acondicionamiento o instalaciones. f) Transformación. g) Rehabilitación. h) Reparación. i) Desmantelamiento. j) Derribo. k) Mantenimiento. l) Conservación-Trabajos de pintura y de limpieza. m) Saneamiento. Dado que además esta lista se declara no exhaustiva, cabe concluir que prácticamente todas las actividades quedan dentro del ámbito del Real Decreto.

¹⁶ MERCADER UGUINA, R. et al. *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción*. 1^º ed. Valladolid: Lex Nova, 2008. ISBN 978-84-8406-860-0.

También define el Real Decreto 1627/1997 los actores intervinientes durante el proceso constructivo: promotor, proyectista, coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto, coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra, dirección facultativa, contratista, subcontratista y trabajador autónomo.

Así pues, en el sector de la construcción existen denominaciones propias para las figuras de empresario concurrente, empresario titular y empresario principal. Para una aplicación del Real Decreto 1627/1997 en consonancia con las disposiciones del Real Decreto 171/2004 se ha de seguir las indicaciones de la disposición adicional primera de este último.

Así, la obligación inicial del empresario titular de informar (*“informar a los otros empresarios concurrentes sobre los riesgos propios del centro de trabajo que puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas, las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y las medidas de emergencia”*) atañe aquí al promotor, quien deberá cumplirla en los términos de los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1627/1997. Esto significa que este empresario está obligado a encargar la elaboración de un estudio de seguridad y salud (que será básico si no se dan una serie de circunstancias) a un técnico competente, debiendo responsabilizarse del mismo el coordinador en materia de seguridad y de salud que preceptivamente ha de designarse cuando existen varios proyectistas. Este estudio contendrá una memoria descriptiva donde se identificarán los riesgos y las medidas preventivas, un pliego de condiciones particulares con la referencia de las normas legales aplicables y prescripciones acerca de los equipos de trabajos, los planos donde figuren los gráficos y esquemas de las medidas preventivas, las mediciones de los elementos de seguridad y salud proyectados, así como un presupuesto de la implementación del estudio.

El deber del empresario titular de facilitar instrucciones (*“dará al resto de empresarios concurrentes instrucciones para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes y sobre las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia”*) se entenderá cumplido por el Promotor mediante aquellas que imparta el Coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.

Este Coordinador de seguridad es un técnico competente integrado en la dirección facultativa que el Promotor debe designar cuando intervengan más de una empresa en la ejecución de

la obra de construcción a fin de que lleve a cabo las siguientes funciones¹⁷:

- a) Coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad.
- b) Coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva.
- c) Aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista y, en su caso, las modificaciones introducidas en el mismo.
- d) Organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- e) Coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo.
- f) Adoptar las medidas necesarias para que sólo las personas autorizadas puedan acceder a la obra.

El deber de vigilancia del empresario principal (*“vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas de obras y servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo”*) se atribuye expresamente por la disposición adicional primera al Contratista que se define en el Real Decreto 1627/1997, es decir, *“la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato”*.

Finalmente, la disposición adicional primera del Real Decreto 171/2004 establece que los medios de coordinación en el sector de la construcción serán, además de los otros que las empresas concurrentes puedan establecer, aquellos previstos en el Real Decreto 1627/1997 y en la disposición adicional decimocuarta de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Esta última remisión hace referencia a la figura de los recursos preventivos, que presenta en el sector de la construcción algunas particularidades con respecto a la norma general que establece que la obligación de designar recursos preventivos para su presencia en el centro de trabajo recaerá sobre la empresa que realiza las actividades que determinan su presencia (art. 22 bis.9 Real Decreto 39/1997). En el sector de la construcción, *“la preceptiva presencia*

¹⁷ El Real Decreto 1627/1997 distingue expresamente entre empresa y trabajador autónomo, a diferencia del Real Decreto 171/2004, que da un tratamiento homogéneo a ambas figuras.

de recursos preventivos se aplicará a cada contratista” (DA 14ª 1.a) aunque la tarea la haga finalmente un subcontratista. El Real Decreto 1627/1997 fue modificado en 2006 para añadirle una disposición adicional única en la que se establece que el plan de seguridad y salud determinará la forma en que se llevará a cabo la presencia de los recursos preventivos de cada contratista, pudiendo las personas designadas dar instrucciones en caso de cumplimiento incorrecto de las medidas preventivas y poner en conocimiento del contratista tales situaciones o aquellas otras en las que observen que las medidas son insuficientes.

En lo que respecta a la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, desarrollada por el Real Decreto 1109/1997, se trata de la primera vez que se regula el régimen jurídico de la subcontratación, si bien se hace solo de forma sectorial. Efectivamente, en su exposición de motivos la ley alaba las bondades de la subcontratación por ser una herramienta que permite alcanzar una mayor especialización y cualificación de los trabajadores, además de dar acceso a las pequeñas y medianas empresas a la actividad de la construcción con la consiguiente creación de empleo. Pero frente a estas ventajas para la eficiencia empresarial, el legislador considera que existe un *“exceso en las cadenas de subcontratación”* que afecta a la seguridad y salud de los trabajadores.

La Ley 32/2006 contiene unas definiciones similares a las del Real Decreto 1627/1997, si bien ahora, en el caso del subcontratista, introduce las variantes de *primer subcontratista* (subcontratista cuyo comitente es el contratista), *segundo subcontratista* (subcontratista cuyo comitente es el primer subcontratista), y así sucesivamente (art. 3.f Ley 32/2006). También se define la práctica mercantil de la subcontratación y se hace mención al *“nivel de subcontratación”*, que será cada uno de los escalones que se dan en el proceso de subcontratación.

Se establecen una serie de requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas a fin de garantizar que haya una contratación verdadera: a) poseer una organización productiva propia y contar con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de la actividad contratada; b) asumir los riesgos y obligaciones empresariales; c) ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo. Además, estas empresas deberán contar con recursos humanos que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva. Aquellas empresas que sean contratadas o subcontratadas habitualmente deberá contar con un número de empleados

contratados con carácter indefinido superior al 30% (art. 4 Ley 32/2006).

La ley no impone ningún límite al promotor, quien puede contratar los contratistas o trabajadores autónomos que considere oportuno. A su vez, el contratista puede también contratar las tareas encomendadas con subcontratistas o con trabajadores autónomos. En los siguientes niveles, el primer subcontratista y el segundo subcontratista, se puede contratar la obra con un siguiente subcontratista siempre que no se dé el supuesto de que su organización productiva consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra. Con el tercer subcontratista se pone fin a la cadena, pues este ya no puede contratar con nadie el trabajo encomendado, salvo excepciones justificadas por la dirección facultativa que se harán constar documentalmente. En todos los niveles, el trabajador autónomo no puede subcontratar con otras empresas ni con otros trabajadores autónomos (art. 5 Ley 32/2006).

Para hacer efectivas estas disposiciones, la ley prevé la creación de un Registro de Empresas Acreditadas, donde habrán de inscribirse las empresas contratistas y subcontratistas. El Real Decreto 1109/2007 desarrolla reglamentariamente el procedimiento de inscripción, los datos que han de facilitar las empresas, la declaración de la empresa de cumplir los requisitos exigidos por la Ley 32/2006 para poder ser contratada en el sector de la construcción y la documentación acreditativa de que la empresa dispone de una organización preventiva adecuada (art. 4 RD 1109/2007). Además, la empresa contratista deberá contar con un Libro de Subcontratación que deberá permanecer en la obra y en el que se hará constar por orden cronológico todas las subcontrataciones realizadas y sus datos. Cada anotación de la subcontratación será comunicada tanto al Coordinador de seguridad y salud como a los representantes de los trabajadores, informando también a la autoridad laboral en caso de que se supere el límite máximo de subcontratación en los casos que excepcionalmente está permitido si se cuenta con un informe que lo justifique de la dirección facultativa.

Todo lo anterior deja claro que la norma en materia de coordinación de actividades empresariales en la construcción es el Real Decreto 1627/1997 en conjunción con el desarrollo que el Real Decreto 171/2004 hace del art. 24 LPRL, existiendo particularidades que van más allá de la nomenclatura de los agentes intervinientes, como así ocurre con la presencia obligada del Coordinador de seguridad en caso de concurrencia en este sector. Conviene aquí distinguir dos figuras diferentes, pero de similar denominación. El Real Decreto 171/2004 prevé la figura del Coordinador de actividades preventivas como uno de los posibles

medios de coordinación empresarial, mientras que el RD 1627/1997 impone un Coordinador en materia de seguridad y salud para los casos de concurrencia, figura esta que es distinta y que cuenta con un mayor número de funciones.

Con todo, no puede obviarse que la Ley 32/2006 tiene una gran importancia en esta materia al establecer unas mayores exigencias a las empresas del sector (*"requisitos de calidad o solvencia"*) que afectan también a la acreditación en materia de formación preventiva. Así, si el Real Decreto 171/2004 exige que los contratistas y subcontratistas acrediten la formación preventiva de sus trabajadores, la Ley 32/2006 va más allá y, además, prevé el establecimiento de programas formativos para cada una de las especialidades laborales que podrán acreditarse mediante un carné profesional con validez para todo el sector. Además, la Ley 32/2006 establece todo un sistema de documentación de las contrataciones y de las subcontrataciones, facilitando con ello el trabajo del Coordinador en materia de seguridad y de salud, figura que recoge del Real Decreto 1627/1997 al definirla con remisión a la reglamentación de seguridad y salud en las obras de construcción. Finalmente, el elemento más disruptivo de la Ley 32/2006 viene dado por el hecho de que antes de su entrada en vigor no existía ningún límite al número de subcontrataciones, rompiéndose ahora con la dinámica de la subcontratación en cadena sin fin que suponía una falta de control de los actores intervinientes en la obra de construcción y una relajación en materia de seguridad y salud que podía dar lugar a situaciones de riesgo para los trabajadores.

8.- RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO PRINCIPAL Y DE LOS OTROS EMPRESARIOS.

Como se ha visto más arriba, la externalización de actividades genera un conjunto de obligaciones y deberes para todos los empresarios en presencia. Esas obligaciones despliegan sus efectos en diferentes planos y junto a algunas de naturaleza salarial o relativas a la Seguridad Social aparecen otras que se refieren ya de manera concreta a la prevención de riesgos laborales. Así, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que los incumplimientos empresariales en materia de prevención dan lugar a responsabilidades administrativas, así como eventualmente a responsabilidades penales y civiles (art. 42.1 LPRL), siendo compatibles aquellas con el recargo de prestaciones de la Seguridad Social (art. 42.2 LPRL).

Por tanto, el art. 42 LPRL establece el fundamento que da pie a la existencia de varias responsabilidades:

- Responsabilidad civil, que se genera por los daños y perjuicios sufridos por un trabajador y que puede ser de tres tipos. Por un lado, hay responsabilidad contractual cuando tiene lugar un incumplimiento de las normas preventivas que se consideran vinculantes por el contrato de trabajo (art. 1101 Código Civil). Por otra parte, hay responsabilidad extracontractual cuando, pese a no existir un vínculo por el contrato de trabajo, se causa un daño por culpa o negligencia (arts. 1902 y 1903 Código Civil). Finalmente, también existe una responsabilidad civil que deriva de los daños o perjuicios de un hecho que se considera delito (art. 116 Código Penal).

- Responsabilidad penal, que se declara por los tribunales de justicia cuando la empresa comete un delito de riesgo (arts. 316 y ss. Código Penal) o un delito de resultado al causar la muerte (arts. 138 y 142 Código Penal) o lesiones (art. 147 y ss. Código Penal) de un trabajador.

- Responsabilidad administrativa, que surge si la empresa comete alguna de las infracciones que actualmente se contienen en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), y que previamente se contenían en la propia LPRL.

- Responsabilidad laboral, que contempla el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, al establecer un recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando la lesión se deba a una infracción en materia de seguridad salud, recayendo dicho recargo en el empresario infractor (art. 164 LGSS).

Dado que estas distintas responsabilidades han sido objeto de estudio detallado en una de las asignaturas del Máster en Prevención de Riesgos Laborales, solo se comentarán aquí los rasgos específicos que presentan en relación con la externalización de la actividad los supuestos de responsabilidad administrativa y responsabilidad laboral por incumplimiento de la normativa preventiva.

Como se ha señalado, el régimen de la responsabilidad administrativa en materia de prevención de riesgos laborales, con la relación de las infracciones tipificadas y sus correspondientes sanciones, se encuentra recogido actualmente en la LISOS. Esta ley contempla como sujetos responsables de la infracción a las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas en su articulado, concretando en particular algunas de las entidades que se han visto a lo largo de este trabajo: los empresarios principales, las empresas de trabajo temporal, las empresas usuarias, los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra, los trabajadores por cuenta propia, etc.

Además de los preceptos relativos a las infracciones y sanciones, interesa destacar que la LISOS establece además unas normas específicas para las responsabilidades empresariales en materia preventiva. Dichas normas específicas se contienen en el art. 42.3 LISOS y se refieren en primer lugar al supuesto contemplado en el art. 24.3 LPRL, estableciéndose (al igual que anteriormente se hacía en la LPRL) que en materia de prevención *“la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”* (art. 42.3 LISOS). El establecimiento de esta responsabilidad solidaria supone que cada una de las empresas responsables debe hacer frente al total de las sanciones que se

impongan por la Administración, lo que significa que la empresa principal responderá como si ella misma hubiese sido la autora material de la infracción que en realidad ha cometido la empresa contratada o subcontratada con su incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales.

Tan dura previsión trae causa y explicación del deber de vigilancia del empresario principal impuesto por el art. 24.3 LPRL y desarrollando reglamentariamente en el art. 10 del Real Decreto 171/2004. Se trata de evitar el gran temor que se asocia a la externalización de actividades en relación con la prevención: que la responsabilidad empresarial se diluya en la cadena de contrataciones ante una presencia de numerosos empresarios que dificulta saber quién infringió la norma. Es decir, el temor a la posibilidad de que la transferencia económica conlleve a su vez una transferencia de la responsabilidad de la prevención¹⁸, lo que legitima para cierto sector de la doctrina que *“haya de imponerse una mayor carga obligatoria sobre aquel empresario que, por ostentar su titularidad, está en mejores condiciones de controlarlo y tomar decisiones sobre el mismo”*¹⁹, algo que va en línea con esa responsabilidad *in vigilando* que establece la Ley.

Pero esta responsabilidad solidaria plantea los mismos problemas interpretativos que se han visto más arriba con ocasión de analizar los elementos constitutivos de la contratación y subcontratación a la que se alude en el art. 24.3 LPRL. Efectivamente, la responsabilidad solidaria despliega sus efectos cuando tiene lugar una infracción administrativa en un supuesto de contratación de la *“propia actividad”* que se desarrolla en el *“centro de trabajo”* de un *“empresario titular”*. Damos aquí por reproducidas todas las consideraciones realizadas más arriba sobre la noción de propia actividad, concepto que ha sido ampliamente debatido por la doctrina y que ha sido determinante a la hora de que los tribunales declarasen la existencia de responsabilidad del empresario principal. Similar importancia tiene la exigencia de que la infracción se produzca en el centro de trabajo del empresario que ha encargado la tarea, entendiéndose actualmente por centro simplemente el lugar de trabajo. En relación con la figura del empresario principal, cabe pensar que como tal ha de considerarse a todos los

¹⁸ PÉREZ CAPITÁN, L. La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho Sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo (un análisis del artículo 42.3 de la LISOS). *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2002, 12. 13-35 [Fecha de consulta abril 2020]. ISSN 1576-169X. Disponible en: <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/C9D787F1-58F3-46E9-BB11-96BC71258BBA/146229/JusticiaLaboral2012.pdf>: citando a SEMPERE NAVARRO, A. V. et al.

¹⁹ *Ibid.*: citando a IGARTUA MIRÓ, M.T.

empresarios que en los distintos niveles de la subcontratación decidan recurrir a otra empresa. De esta manera, la responsabilidad sería exigible a todos los empresarios que estuviesen por encima del infractor material en la cadena de contratación, pues todos ellos deberían considerarse empresarios principales respecto del inmediatamente inferior con independencia de cuál fuese el nivel de subcontratación. Por tanto, cuando el art. 42.3 LISOS establece que *“la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas”* lo que se está señalando es la responsabilidad de todos los empresarios intervinientes en el sentido que se ha señalado.

La responsabilidad solidaria en el ámbito del derecho administrativo sancionador puede plantear algunas dudas en relación con la posible quiebra del principio de culpabilidad en que este se basa y que podría parecer aquí vulnerado al establecerse una especie de responsabilidad objetiva por el solo hecho de ser empresario principal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha avalado la responsabilidad solidaria, si bien aclarando que no puede extenderse la responsabilidad a quien no ha colaborado en la infracción de ninguna manera, debiendo estar presente siempre el elemento de culpabilidad para que pueda sancionarse. En el caso de la empresa principal, esta actúa como garante de la empresa contratista y su responsabilidad debe entenderse derivada de su propio comportamiento al no cumplir su obligación de prevenir la infracción de la empresa a la que debía vigilar²⁰.

En relación con esta cuestión, el sector de la Construcción plantea el debate acerca de la responsabilidad del promotor. Como sabemos, el Real Decreto 171/2004 establece el deber de vigilancia como una obligación del empresario principal, pero en su disposición adicional sobre la aplicación del real decreto en las obras de construcción aclara que tal deber de vigilancia corresponde *“al contratista definido en el artículo 2.1.h) del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre”*, es decir, a la persona que asume contractualmente ante el promotor la ejecución de la obra. El propio Real Decreto 1627/1997 establece que *“los contratistas y los subcontratistas responderán solidariamente de las consecuencias que se deriven del incumplimiento de las medidas previstas en el plan, en los términos del apartado 2 del artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales [actualmente, recogidos en el art. 42.3 LISOS]”*. Si bien la cuestión es controvertida, no parece que pueda aplicarse automáticamente al promotor una responsabilidad solidaria, puesto que –como se ha dicho– la disposición

²⁰ Sobre la responsabilidad solidaria por ostentar una posición de garante, BALLESTEROS FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Manual de la Administración local*. 5ª ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2006. ISBN 978-84-7052-386-1.

adicional del Real Decreto 171/2004 atribuye la responsabilidad *in vigilando* a los contratistas y equipara al promotor con la figura de un empresario titular. Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha declarado en alguna ocasión que no cabe atribuir responsabilidad al promotor *“de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 1637/97 de 24 de octubre , que ya en su preámbulo declara, que los contratistas y subcontratistas, y no los promotores, son los empresarios en la obras en construcción”*²¹.

Una vez analizada la responsabilidad solidaria que establece la LISOS para el supuesto de externalización de actividades que se contempla en el art. 24.3 LPRL, se debe aclarar que la LISOS prevé lógicamente una responsabilidad directa de los empresarios que incumplan las obligaciones de los arts. 24.1, 24.2 y 24.4 LPRL. Por tanto, todos los empresarios (concurrentes, titulares y principales) pueden incurrir en responsabilidad directa si comenten las infracciones que la LISOS establece en materia de coordinación de actividades empresariales. Concretamente, la LISOS castiga a los empresarios concurrentes que no adopten las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales (arts. 12.13 y 13.7 LISOS) y al empresario titular del centro de trabajo que no establezca las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos existentes y las medidas de protección, prevención y emergencia conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 12.14 y 13.8 LISOS).

Volviendo nuevamente a la normativa específica del art. 42.3 LISOS, en su siguiente inciso se hace referencia al supuesto de cesión de empleados por parte de las empresas de trabajo temporal, indicándose que *“la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene”* (art. 42.3 LISOS). En los mismos términos se recoge la responsabilidad de la empresa usuaria en el art. 28.5 LPRL, y el art. 16.2.2 de la Ley 14/1994 por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal determina que *“la empresa usuaria es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene”*.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 25 de octubre de 2005.

Pese a lo anterior, las empresas de trabajo temporal tienen obligaciones relativas a la formación e información del trabajador puesto a disposición de la empresa usuaria, debiendo garantizar que el trabajador cumple unos requisitos en materia de prevención de riesgos laborales, *“asegurándose de su idoneidad al respecto”* (art. 3.1 Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal). Las empresas de trabajo temporal tienen también la obligación de coordinarse con la empresa usuaria a fin de *“transmitirse cualquier información relevante para la protección de la salud y la seguridad de estos trabajadores”* (art. 6.3 RD 216/1999). Cumplidas estas obligaciones por la ETT, es la empresa usuaria la que, antes de iniciarse el trabajo, debe asegurarse de que el trabajador es apto, tiene la competencia requerida y ha recibido la información sobre el puesto que va a desempeñar, reiterándole los riesgos existentes y medidas de prevención adoptadas (art. 4 RD 216/1999).

Para concluir estos breves apuntes sobre la responsabilidad administrativa, debe destacarse que la LISOS establece unos plazos de prescripción en función de la materia sobre la que versa la infracción. Concretamente, en relación con la prevención de riesgos laborales, las infracciones prescriben al año si son leves, a los tres años si son graves y a los cinco años en caso de se consideren muy graves. En todos los casos, el plazo se cuenta desde la fecha de la infracción.

En cuanto a la responsabilidad laboral, aquella que hemos visto hace referencia al recargo de las prestaciones, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece que estas prestaciones se verán incrementadas entre un 30 y un 50 por ciento *“cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”* (art. 164.1 LGSS).

La responsabilidad de pagar ese recargo se atribuye por la ley únicamente al *“empresario infractor”* (art. 164.2 LGSS), pero, al entrar en juego la previsión del art. 42.3 LISOS, resulta evidente que existe una responsabilidad solidaria del empresario principal con los contratistas y subcontratistas por la que este es también empresario infractor y puede ser obligado al pago

del recargo si se dan los elementos de haber encargado una obra o servicio de su propia actividad en un centro de trabajo suyo. Esta responsabilidad se declara independiente y compatible con las demás (art. 164.3 LGSS), en línea con lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales acerca de que las sanciones por la infracción de las normas preventivas *“serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema”* (art. 42.3 LPRL).

En la misma situación se hallan las empresas usuarias que hubieran recurrido a trabajadores puestos a disposición por una empresa de trabajo temporal. En este caso, dado que la empresa usuaria es responsable directa de las condiciones de trabajo de los empleados cedidos, la LISOS establece de forma expresa que la misma será también responsable *“del recargo de prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene”* (art. 42.3 LISOS).

9.- INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ÁMBITO DE LA EXTERNALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD.

En el epígrafe anterior se ha analizado la responsabilidad de las empresas que participan en el fenómeno de la externalización de actividades, haciendo una especial referencia a la responsabilidad administrativa. Esta responsabilidad da lugar a la imputación de unas infracciones y a la imposición de unas sanciones por parte de la Administración. Las infracciones relativas al incumplimiento de lo dispuesto en el art. 24 LPRL y su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 171/2004 se encuentran en los artículos 12 y 13 de la LISOS, según se consideren respectivamente infracciones graves o infracciones muy graves.

Según el art.12.13 LISOS son infracciones graves *“no adoptar los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, o los empresarios a que se refiere el artículo 24.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales”*. Por su parte, el art. 12.14 LISOS califica también de infracciones graves *“no adoptar el empresario titular del centro de trabajo las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos existentes y las medidas de protección, prevención y emergencia, en la forma y con el contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales”*.

La primera infracción puede ser cometida por cualquiera de los empresarios que incumplan el deber de cooperación que se desprende de la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo. Como se sabe, este deber se establece en el art. 24.1 LPRL y se desarrolla en el art. 4 del Real Decreto 171/2004, donde se proclama para todas las empresas y trabajadores autónomos concurrentes en el centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre ellos. Así pues, es infracción grave el hecho de no cumplir con las obligaciones de informarse recíprocamente sobre los riesgos de las actividades que se van a desarrollar en el centro de trabajo en el que se coincide, no hacer partícipes a los trabajadores de esa información o no establecer medios de coordinación.

La segunda de las infracciones tiene como sujeto responsable al empresario titular del centro de trabajo cuando incumple la obligación establecida en el art. 24.3 LPRL de facilitar a los

demás empresarios concurrentes la información e instrucciones necesarias en función de los riesgos que existan en ese centro de trabajo, así como comunicar las medidas preventivas adoptadas, todo ello conforme a lo dispuesto en los arts. 7 y 8 del Real Decreto 171/2004.

El art. 13.7 LISOS declara infracción muy grave *“no adoptar, los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”*. Además, el art. 13.8 a) LISOS califica también de infracción muy grave *“no adoptar el promotor o el empresario titular del centro de trabajo, las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en la forma y con el contenido y alcance establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”*.

Se trata de las mismas acciones u omisiones contempladas en el art. 12 LISOS, si bien ahora hay un elemento agravador de la infracción por tratarse de actividades que se hayan declarado reglamentariamente peligrosas o con riesgos especiales. Tal declaración se encuentra en la disposición adicional duodécima del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, donde se otorga tal consideración a las actividades que se incluyen en su Anexo I cuando concurra en su realización alguna de las siguientes situaciones:

- a) *Una especial dificultad para controlar las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo que puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves.*
- b) *Una especial dificultad para evitar que se desarrollen en el centro de trabajo, sucesiva o simultáneamente, actividades incompatibles entre sí desde la perspectiva de la seguridad y la salud de los trabajadores.*
- c) *Una especial complejidad para la coordinación de las actividades preventivas como consecuencia del número de empresas y trabajadores concurrentes, del tipo de actividades desarrolladas y de las características del centro de trabajo.*

Las actividades relacionadas en el Anexo I son: trabajos con exposición a radiaciones ionizantes; trabajos con exposición a sustancias o mezclas causantes de toxicidad aguda; actividades en que intervienen productos químicos de alto riesgo; trabajos con exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4; actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos; trabajos propios de minería a cielo abierto y de interior, y sondeos en superficie terrestre o en plataformas marinas; actividades en inmersión bajo el agua; actividades en obras de construcción, excavación, movimientos de tierras y túneles, con riesgo de caída de altura o sepultamiento; actividades en la industria siderúrgica y en la construcción naval; producción de gases comprimidos, licuados o disueltos o utilización significativa de los mismos; trabajos que produzcan concentraciones elevadas de polvo silíceo; y trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.

A partir de 2007, la entrada en vigor de la Ley 32/2006 reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción supuso la introducción de nuevos tipos de infracciones relacionados con las obligaciones que para este sector imponía la nueva norma. Concretamente, la Ley 32/2006 modificaba la LISOS para incorporar nuevas infracciones leves, graves y muy graves.

Las nuevas infracciones en materia de prevención de riesgos laborales consideradas leves se contienen en los apartados 6 y 7 del art. 11 LISOS:

“6. No disponer el contratista en la obra de construcción del Libro de Subcontratación exigido por el artículo 8 de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

7. No disponer el contratista o subcontratista de la documentación o título que acredite la posesión de la maquinaria que utiliza, y de cuanta documentación sea exigida por las disposiciones legales vigentes”.

Las nuevas infracciones en materia de prevención de riesgos laborales consideradas graves se corresponden con los apartados 27, 28 y 29 del art. 12 LISOS:

“27. En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, los siguientes incumplimientos del subcontratista:

a) El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que

dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente.

b) No comunicar los datos que permitan al contratista llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación exigido en la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

c) Proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, o permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en el supuesto anterior y sin que concurran en este caso las circunstancias previstas en la letra c) del apartado 15 del artículo siguiente, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el mismo artículo siguiente.

28. Se consideran infracciones graves del contratista, de conformidad con lo previsto en la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción:

a) No llevar en orden y al día el Libro de Subcontratación exigido, o no hacerlo en los términos establecidos reglamentariamente.

b) Permitir que, en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan empresas subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin disponer de la expresa aprobación de la dirección facultativa, y sin que concurran las circunstancias previstas en la letra c) del apartado 15 del artículo siguiente, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el mismo artículo siguiente.

c) El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, y salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente.

d) La vulneración de los derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre las contrataciones y subcontrataciones que se realicen en la obra, y de acceso al Libro de Subcontratación, en los términos establecidos en la Ley Reguladora de la subcontratación

en el sector de la construcción.

29. *En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, es infracción grave del promotor de la obra permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurren las causas motivadoras de la misma prevista en dicha Ley, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente”*

Finalmente, las nuevas infracciones en materia de prevención de riesgos laborales consideradas muy graves se corresponden con los apartados 15, 16 y 17 del art. 13 LISOS:

“15. En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, los siguientes incumplimientos del subcontratista:

a) El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

b) Proceder a subcontratar con otro u otros subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin que disponga de la expresa aprobación de la dirección facultativa, o permitir que en el ámbito de ejecución de su subcontrato otros subcontratistas o trabajadores autónomos incurran en el supuesto anterior y sin que concurren en este caso las circunstancias previstas en la letra c) de este apartado, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

c) El falseamiento en los datos comunicados al contratista o a su subcontratista comitente, que dé lugar al ejercicio de actividades de construcción incumpliendo el régimen de la subcontratación o los requisitos legalmente establecidos.

16. En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, los siguientes incumplimientos del contratista:

a) Permitir que, en el ámbito de ejecución de su contrato, intervengan subcontratistas o trabajadores autónomos superando los niveles de subcontratación permitidos legalmente, sin

que se disponga de la expresa aprobación de la dirección facultativa, y sin que concurran las circunstancias previstas en la letra c) del apartado anterior, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

b) El incumplimiento del deber de acreditar, en la forma establecida legal o reglamentariamente, que dispone de recursos humanos, tanto en su nivel directivo como productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, y que dispone de una organización preventiva adecuada, y la inscripción en el registro correspondiente, o del deber de verificar dicha acreditación y registro por los subcontratistas con los que contrate, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción.

17. En el ámbito de la Ley Reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, es infracción muy grave del promotor de la obra permitir, a través de la actuación de la dirección facultativa, la aprobación de la ampliación excepcional de la cadena de subcontratación cuando manifiestamente no concurran las causas motivadoras de la misma previstas en dicha Ley, cuando se trate de trabajos con riesgos especiales conforme a la regulación reglamentaria de los mismos para las obras de construcción”

Vemos que las nuevas infracciones hacen referencia a las obligaciones específicas que la Ley 32/2006 impone en el sector de la Construcción: limitación de la cadena de subcontratación, llevanza de un libro de subcontratación, acreditación de contar con los recursos humanos, organización y formación, etc. Además, fuera de la sección específicamente dedicada a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, el art. 8.16 LISOS considera infracción muy grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas el incumplimiento del mínimo de trabajadores que deben tener contrato de carácter indefinido en este sector.

En cuanto a las sanciones, se aplica el régimen general previsto para todas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales en el art. 40.2 LISOS, donde se prevén las siguientes cuantías según la calificación que se corresponda con la descripción de la conducta, es decir, con la acción típica subsumible en la infracción contemplada expresamente por la Ley.

Graduación de las sanciones			
	Mínimo	Medio	Máximo
Leve	40-405 €	406 - 815 €	816 - 2.045 €
Grave	2.406 - 8.195 €	8.196 - 20.490 €	20.491 - 40.985 €
Muy Grave	40.986 - 163.955 €	163.956 - 409.890 €	409.891 - 819.780 €

A continuación, las sanciones podrán imponerse en los grados de mínimo, medio y máximo, atendiendo a los criterios previstos en la ley específicamente para las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales: a) la peligrosidad de las actividades desarrolladas; b) el carácter permanente o transitorio de los riesgos; c) la gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse; d) el número de trabajadores afectados; e) Las medidas de protección adoptadas y las instrucciones impartidas; f) el incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos; g) la inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa; y h) la conducta general seguida en orden a la estricta observancia de las normas preventivas (art. 39.3 LISOS).

Finalmente, hay que tener en cuenta que se sancionará con la cuantía máxima cuando se aprecie persistencia continuada en la comisión (art. 39.7 LISOS), así como que la comisión en el plazo de un año de otra infracción igual (identidad de calificación y tipo) se considera reincidencia, en cuyo caso la sanción *“podrá incrementarse hasta el duplo del grado de la sanción correspondiente a la infracción cometida, sin exceder, en ningún caso, de las cuantías máximas previstas en el artículo anterior para cada clase de infracción”* (art. 41.2 LISOS).

10.- JURISPRUDENCIA SOBRE RESPONSABILIDAD EN LOS SUPUESTOS DE EXTERNALIZACIÓN.

Sin duda, la responsabilidad más analizada por los tribunales es la del empresario principal que externaliza parte de su actividad encargándola a una empresa contratista, lo que en materia de prevención nos lleva como sabemos al art. 24.3 LPRL, precepto que sigue la estela del art. 42 ET al restringir la responsabilidad del empresario principal al supuesto de que haya concertado la realización de obras o servicios correspondientes a su “propia actividad”, habiendo aclarado el Tribunal Supremo de forma reiterada que *“la imprecisión de este concepto ha sido suplida por la jurisprudencia que se ha decantado por una concepción estricta que limita su alcance a aquellas obras o servicios que sean inherentes al proceso productivo de la empresa comitente”*²², debiendo tomar como punta de partida la consideración de que *“en principio caben dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la “actividad indispensable”, de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán “propia actividad” de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no “nucleares” quedan excluidas del concepto”*²³. El Tribunal Supremo se decantó finalmente por la segunda opción con el argumento de que *“si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial”*²⁴.

La aclaración que hace el Tribunal Supremo del concepto supone que *“nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”*²⁵, lo que tampoco constituye un criterio inequívoco que pueda servir para todos los casos de forma clara, pues obliga a los tribunales a decidir en función de cada caso, si bien partiendo de que *“el concepto de propia actividad engloba las obras y servicios*

²² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2018.

²³ Reiteradamente, desde la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 1998.

²⁴ Reiteradamente, desde la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de enero de 1995.

²⁵ Sentencias citadas de 18 de enero de 1995 y 24 de noviembre de 1988, así como otras posteriores.

nucleares de la principal, no los accesorios, incluyéndose como actividades propias las tareas complementarias, siempre que sean absolutamente esenciales para el desarrollo de la principal y resulten necesarias para la organización del trabajo²⁶. Con esta base, se ha apreciado la existencia de responsabilidad del empresario principal por contratación de la propia actividad en casos como los siguientes²⁷:

- Empresa de distribución de electricidad que contrata con otra la labor de reparación de las líneas del tendido eléctrico (STS 18 de abril de 1992).
- Fábrica de Moneda y Timbre que contrata obras de alumbrado y electricidad (STS 17 de mayo de 1996).
- Empresa telefónica que contrata servicio de atención de consolas (STS 4 de octubre de 1996).
- Ayuntamiento que contrata servicio de recogida de basuras y restos de jardinería (STSJ Madrid 8 de mayo de 1996).
- Ayuntamiento que contrata servicio de ayuda a domicilio (STS 15 de julio de 1996).
- Empresa promotora que contrata construcción de viviendas (STSJ Extremadura 17 de diciembre de 1997).
- Supermercado que contrata servicio de panadería y pastelería (STSJ Madrid 2 de abril de 1998).
- Empresa de ferrocarril que contrata servicio de recogida y entrega de mercancías (STSJ Galicia 25 de noviembre de 1998).
- Empresa constructora que contrata servicio de pintura (STSJ Asturias 9 de enero de 1998).
- Empresa de bebidas que contrata servicio de promoción (STSJ Murcia 23 de junio de 1999).
- Ayuntamiento que contrata servicios en polideportivo municipal (STSJ Murcia 18 de diciembre de 2000).
- Empresa de ferrocarril que contrata mantenimiento líneas ferroviarias (STSJ Castilla-La Mancha 18 de octubre de 2001).

²⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 2021.

²⁷ Sentencias obtenidas de: 1) FABREGAT MONFORT, G. La responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas de propia actividad. *Revista de Treball, economia i societat*. 2000, 17. 23-35 [Fecha de consulta abril 2020]. ISSN 1137-0874. Disponible en: http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_17/art2-rev17.pdf; 2) <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>; y 3) *La protección de la Salud de los trabajadores de contrataciones y subcontratas* [en línea]. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS), 2004 [fecha de consulta abril 2021]. Disponible en: <http://ccoo.eus/2235ab9a10d5883b1d406bcfeba74f10000056.pdf>.

- Ayuntamiento que contrata servicio de grúa municipal (STSJ Castilla-La Mancha 27 de marzo de 2001).
- Empresa de telefonía que contrata servicio de promoción de sus equipos (STSJ País Vasco 9 de abril de 2002).
- Empresa distribuidora de electricidad que contrata servicio de lectura de los contadores (STSJ Asturias 25 de enero de 2002).

Por el contrario, no se ha considerado que había contratación de propia actividad²⁸:

- Empresa constructora que contrata el servicio de vigilancia y seguridad de una obra (STSJ Cataluña 4 de julio de 1996).
- Despacho jurídico que contrata actividades de seguros y asesoría técnica laboral (STSJ Galicia 15 de julio de 1998).
- Entidad bancaria que contrata servicio de mensajería (STSJ Cataluña 29 de marzo de 1999).
- Empresa de refinería que contrata servicios de limpieza y conservación de jardines (STSJ Castilla-La Mancha 8 de febrero de 2001).
- Empresa fabricante de explosivos que contrata el servicio de transporte de seguridad (STSJ Andalucía 10 de julio de 2002).
- Empresa constructora que contrata servicio de mantenimiento de equipos de achique de agua (STSJ Cataluña 15 de enero de 2002).
- Empresa promotora que contrata a una empresa constructora (STS 20 de julio de 2005).
- Empresa de ferrocarril que contrata servicio de limpieza estaciones (STSJ Castilla-La Mancha 18 de julio de 2005).

En relación con este tema, tal y como se señaló en más arriba, uno de los supuestos de externalización de actividad que más ha dado lugar a sentencias contradictorias es el de la contratación del servicio de limpieza, que no se ha considerado propia actividad para algunos tribunales, pero sí para otros *“cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”*²⁹. Por otra parte, en los últimos años se ha consolidado una reiterada jurisprudencia por la que los tribunales vienen entendiendo que la contratación de los servicios

²⁸ Sentencias obtenidas de las mismas fuentes que las de la relación anterior.

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 de octubre de 2013.

de transporte de productos forma parte de la propia actividad de la empresa principal, incluso si esta no se dedica a la distribución de bienes a domicilio³⁰.

Menos problemático es el otro requisito que contiene el art. 24.3 LPRL para determinar la responsabilidad del empresario principal al establecer que debe tratarse de actividades *“que se desarrollen en sus propios centros de trabajo”*, pues el Tribunal Supremo sí aclaró *“que, a efectos de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo debidos a su infracción, ha identificado los conceptos de ‘centro de trabajo’ y ‘lugar de trabajo’”*³¹.

Cabe recordar que la apreciación por parte de los tribunales de que existe una relación de contrata en los términos del art. 24.3 LPRL implica que la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas *“del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”* (art. 42.3 LISOS). Siguiendo la línea del Tribunal Supremo, los tribunales han negado que estemos ante una responsabilidad objetiva que anule el principio de culpabilidad, pues se trata de una solidaridad *“fundada en una conducta culpable, basada en su negligencia en el cumplimiento de sus deberes de vigilancia y coordinación, que es impuesta a todo aquel empresario que en calidad de principal subcontrata con otros la obra que a él se le ha encargado, evitando con ello la elusión tan frecuente de las responsabilidades de todo tipo que el mecanismo de la subcontratación propiciaba, en fraude del interés general y de los intereses particulares de quienes encargan la obra al empresario principal”*³².

Esta solidaridad del empresario principal ha de entenderse que recae también en la empresa contratista que subcontrata a su vez con otra empresa, lo que se deriva *“de la condición de principal del empresario que subcontrata, que si asume la condición de contratista principal para la obtención de un beneficio del que le encarga la obra, ha de asumir también las*

³⁰ Cfr. FAÍLDE FERNÁNDEZ, M. S. Pluralidad empresarial y coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales. Conceptualización y análisis cualitativo. *IUSLabor* [en línea]. 2016, 3 [fecha de consulta abril 2021]. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/8336987/Failde.pdf/7bc55796-1aa6-3b9f-82df-df734a70a11c>.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2007.

³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso, de 15 de octubre de 2012

*responsabilidades y riesgos que esta posición de principal que ocupa*³³. Es decir, “el contratista debe vigilar a su vez al subcontratista y responde también solidariamente con este, en cuanto que asume para él la posición de empresario principal”³⁴, por lo que “en supuestos, como el de autos, de contratas y subcontratas en cascada de la misma actividad, hay que entender que el deber de vigilancia y la responsabilidad legal por su inobservancia alcanzan a todas las empresas que forman parte de la cadena, y no sólo a la principal y/o a la contratista o subcontratista que ha encargado la ejecución de la obra al empleador del trabajador accidentado, pues la decisión de contratar o subcontratar la obra no les exime de la obligación de controlar el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales ni de la responsabilidad generada por su incumplimiento, como contrapartida a las facultades que ostentan y al beneficio que obtienen”³⁵.

Para finalizar esta breve nota sobre la responsabilidad solidaria del empresario principal, conviene precisar que el Tribunal Supremo ha matizado que el art. 24.3 LPRL impone al empresario principal un deber de vigilancia sobre contratistas que “no se trata de la exigencia de un control máximo y continuado -que, ciertamente, podría hacer ineficaz esta modalidad productiva-, pero sí de un control efectivo, que no puede afirmarse se haya producido en el presente caso, visto que no consta que la empresa recurrente hubiera realizado inspección alguna de la actividad que la contratista realizaba”³⁶, y lo que hace surgir la responsabilidad “es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad”³⁷. En definitiva, los tribunales sancionan a aquel empresario que se muestra pasivo en su deber de vigilancia, si bien no llegan a exigir que “se convierta en una sombra del trabajador”³⁸.

En el caso de los empresarios que simplemente lo son concurrentes, se plantea el problema de determinar quiénes de estos incurren en responsabilidad si no se han constituido los medios de coordinación que deben establecerse conforme a lo dispuesto en el art. 24.1 LPRL, tendiendo los tribunales a considerar responsable a la empresa principal si esta “no impulsa

³³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 11 de diciembre de 2003.

³⁴ ALFONSO MELLADO, C. L. La responsabilidad de “terceros” por accidente de trabajo. En: J. AGUSTÍ JULIÁ, coord. *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*. Albacete: Bomarzo, 2008. ISBN 9788496721456.

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2006.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 11 de mayo de 2005.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 1999.

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2009.

*el establecimiento de las medidas de coordinación causando el desconocimiento por parte de las contratistas de la concurrencia espacial y temporal de las mismas y/o de los riesgos derivados de las actividades desempeñadas salvo que, en primer lugar, las contratistas no hayan identificado e informado de sus riesgos específicos que pudieran afectar a las demás*³⁹, lo que parece coherente con la disposición del Real Decreto 171/2004 que establece que *“la iniciativa para el establecimiento de los medios de coordinación corresponderá al empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en éste o, en su defecto, al empresario principal”* (art. 12.1 RD 171/2004).

Con respecto a la figura del empresario titular, sabemos que este es aquel que contrata una tarea que no es de su propia actividad, lo que supone que quede excluido con carácter general de la extensión de la responsabilidad por no haber cumplido con el deber de vigilancia. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha entendido que *“la encomienda de tareas correspondientes a actividad ajena a la propia es un elemento que debe valorarse, junto con otros, de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal”*⁴⁰ [el Tribunal utiliza la expresión de empresario principal indistintamente], y que, aunque las tareas encomendadas no se correspondan con la propia actividad, el empresario titular puede ser responsable del recargo de prestaciones. Por tanto, si bien el art. 42.3 LISOS solo contempla la extensión de la responsabilidad al empresario principal en el caso de los contratistas y subcontratistas de propia actividad, el Tribunal Supremo aclara que puede haber responsabilidad solidaria del empresario titular que contrate una obra que no es de su propia actividad, pues *“lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad”*.

También en relación con la figura del empresario titular, es interesante detenernos en la equiparación que el Real Decreto 171/2004 hace del promotor de obras de construcción con aquella (a la vez que identifica empresario principal con contratista). Además, el Tribunal Supremo había considerado que no hay propia actividad en el caso de una empresa promotora que contrata a una empresa constructora: *“sin construcción no habría promoción*

³⁹ FAÍLDE FERNÁNDEZ, M. S. Pluralidad empresarial y coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales. Conceptualización y análisis cualitativo. *Revista IUSLabor* [en línea]. 2016, 3 [fecha de consulta abril 2021]. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/8336987/Failde.pdf/7bc55796-1aa6-3b9f-82df-df734a70a11c>.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de septiembre de 2018.

*inmobiliaria, pero esa dependencia recíproca no implica unidad de actividad*⁴¹. Pese a eso, algunos tribunales han extendido la responsabilidad solidaria del art. 42.3 LISOS al promotor al entender que *“el Tribunal Supremo ha mantenido una doctrina que incide en que lo relevante no es que la actividad de la empresa contratista se considere la misma o diferente actividad de aquella desarrollada por la empresa contratada, sino que la actividad desarrollada por los empleados de la contratada se encuentre bajo el control de la empresa principal, al tratarse de un mecanismo de extensión de la responsabilidad en función de la obligación de seguridad que pesa sobre el empresario respecto de todos aquellos trabajadores que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control (ad exemplum sentencia de 14 de mayo de 2008) . Por ello, la norma que debe aplicarse es el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laboral , que aluden a la coordinación de actividades en un mismo centro de trabajo, sin necesidad de que los vínculos generados entre los intervinientes sean los propios de la subcontratación laboral*⁴².

Una cuestión clave en materia de externalización de actividades que los tribunales han contribuido a clarificar es la relativa a la diferenciación entre la relación de contrata lícita y la cesión ilegal de trabajadores, que más arriba se analizó conforme a las disposiciones del art. 43 ET. La jurisprudencia ha aclarado⁴³ que *“en la válida «externalización» de la producción, la empresa principal se limita a recibir -con el lógico control el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección”, por lo que cuando es la empresa principal la que organiza y dirige el trabajo de la supuesta contrata estamos en realidad ante un caso de cesión ilegal de trabajadores.*

Existe una opción lícita de contratación externa de la actividad productiva, por lo que toda cesión no es ilícita, *“debiendo distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales, que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente, y las cesiones en las que el cedente es un empresario*

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de julio de 2005.

⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 31 de marzo de 2015.

⁴³ RIFÉ Y FERNÁNDEZ-RAMOS, J. A. *La responsabilidad del empresario aparente y de la pseudocontrata. Resumen Jurisprudencial* [en línea]. LegalToday [fecha de consulta 27 marzo 2021]. Disponible en <https://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/la-cesion-ilegal-de-trabajadores-articulo-completo.pdf>, siguiendo la línea argumental de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 2008.

ficticio”. En la cesión ilícita tiene lugar un fenómeno interpositorio por el que el contrato laboral se suscribe por alguien que no es realmente empresario, *“alguien que no tiene en realidad esa posición, es decir, quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio*”. Pese a ello, lo relevante no es si el cedente es real o no, sino el hecho de que no desarrolle ninguna actividad con respecto al empresario titular más allá del simple *“suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia*”. Si bien lo anterior resulta clave para diferenciar los supuestos, aclara el Tribunal Supremo que cabe la posibilidad de que, excepcionalmente, *“el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal*”.

Para superar las dificultades que entraña diferenciar cesión ilícita y descentralización lícita, los tribunales utilizan una serie de criterios complementarios: *“la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios [STS 07/03/88]; el ejercicio de los poderes empresariales [SSTS 12/09/88, 16/02/89, 17/01/91 -rec 990/90- y 19/01/94 –rec 3400/92-] y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...”*. La distinción entre los dos fenómenos se realiza a través de la *“doctrina del empresario efectivo*”, siendo este el contratista que desempeña el poder de dirección sobre sus trabajadores, asume sus responsabilidades y ejecuta el trabajo con asunción del riesgo empresarial. En tal caso, hay contrata o subcontrata lícita. Por el contrario, los supuestos ficticios *“que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el 43 del TRET*”.

En definitiva, habrá cesión ilegal tanto en el supuesto del *“empresario aparente*”, que no es real, como en el caso de la *“seudocontrata*”, empresa que sí es real, pero que se limita a suministrar mano de obra. En estos casos, además de las obligaciones laborales que impone el art. 43 ET, cedente y cesionario responden solidariamente de las responsabilidades administrativas en que incurran. A esto hay que añadir que el Real Decreto Legislativo 5/2000 considera infracción muy grave la cesión ilícita (art. 8 LISOS) y que existe la posibilidad de que ambas empresas tengan que asumir solidariamente un recargo en la prestación de la Seguridad Social a favor de la víctima de un accidente de trabajo.

En los supuestos de cesión legal a cargo de las empresas de trabajo temporal, se ha destacado más arriba que aquí la empresa usuaria *“es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social”* (art. 16.2 Ley 14/1994), pero la jurisprudencia ha hecho hincapié en que las empresas de trabajo temporal comparten la responsabilidad con la usuaria, dado que están obligadas a informar a los trabajadores de los riesgos y medidas de protección que tendrán en el desempeño de su labor, debiendo asegurarse de que el trabajador posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales adecuada al puesto de trabajo o bien facilitarle esa formación sin ponerle a disposición de la empresa usuaria antes de que previamente se haya realizado la evaluación de riesgos laborales. En caso de que la empresa de trabajo temporal no haya cumplido estas normas y haya un accidente en las dependencias de la empresa usuaria, ambas empresas son responsables solidariamente, pese a que esta responsabilidad solidaria no haya sido declarada por la Ley: *“...siendo varios los empresarios responsables, unos por omisión directa de medida de seguridad, otros por vulneración del deber de vigilancia de que las mismas se cumplan, la responsabilidad de los mismos -como en el presente caso- reviste caracteres de solidaridad. Sin que sea precisa una norma que de manera expresa lo establezca, debiendo entenderse que la solidaridad que proclama el artículo 42.3 de la LISOS, deberá quedarse referida al ámbito de las sanciones administrativas que dicha ley regula. Por tanto, la solidaridad de la empresa Adecco, ha de ser declarada, no por un mecanismo legal que así lo establezca, sino por la apreciación de la existencia, como se ha afirmado y razonado, de una vulneración del deber de seguridad que le era exigible”⁴⁴.*

Debe precisarse que lo que hasta aquí hemos visto es cómo en caso de concurrencia de empresarios puede extenderse la responsabilidad y hacerse solidaria en el ámbito de las sanciones administrativas y en el de los recargos de prestaciones. Sin embargo, en el caso de las indemnizaciones por daños sufridos por los trabajadores no existe una norma expresa que prevea tal extensión de la responsabilidad. Pese a esto, *“nuestros Tribunales predicán con contundencia esa responsabilidad solidaria con fundamento legal discutible; de una parte la obligación de una pluralidad de empresarios contenida en el art. 24 LPRL, y de otro, tácitamente, las más de las veces, la referencia directa al art. 1902 CC, derivando la solidaridad de la participación por acción u omisión de los empresarios concernidos en el incumplimiento del que deriva el daño, en las múltiples veces en que su cooperación es*

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sala de lo Social, de 23 de septiembre de 2010.

*legalmente requerida*⁴⁵. En estos casos, los empresarios pueden ser condenados también solidariamente sin perjuicio del posterior ejercicio de la acción de repetición donde se debatirá la distribución de la obligación. Efectivamente, en principio se considerará la deuda por partes iguales en virtud de lo dispuesto en el art. 1138 Código Civil, si bien puede oponerse prueba en contrario de esta presunción legal para que el tribunal estime que la deuda debe adaptarse a una cuota de responsabilidad diferente.

Finalmente, debe comentarse brevemente que la responsabilidad en el ámbito penal es siempre personal, si bien a través del delito de peligro del art. 316 Código Penal recae sobre los sujetos que *“con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados”* no faciliten los medios preventivos a los trabajadores. Por tanto, la responsabilidad se imputará a cualquier agente interviniente que esté *“obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra”*⁴⁶, es decir, la responsabilidad se extiende *“... a quienes, además del empresario, como obligado principal de facilitar los medios necesarios de protección a los trabajadores, a todos aquellos que dirigen y se hallan al cuidado de la obra, que deben velar por que esta se ejecuta con las adecuadas medidas de seguridad de cuantos operarios la realizan, obligación que compete no solo a los que desempeñan funciones de dirección, tanto sean superiores, intermedios o de mera ejecución, tanto las ejerzan reglamentariamente o de hecho, y que tienen la obligación de exigir a los tratadores coactiva e imperativamente el cumplimiento de las cautelas prevenciones dispuestas en la normativa de seguridad y el incumplimiento constituye una cooperación necesaria a la comisión del delito, lo cual es predicable tanto de los facultativos técnicos de la obra como de los encargados”*⁴⁷.

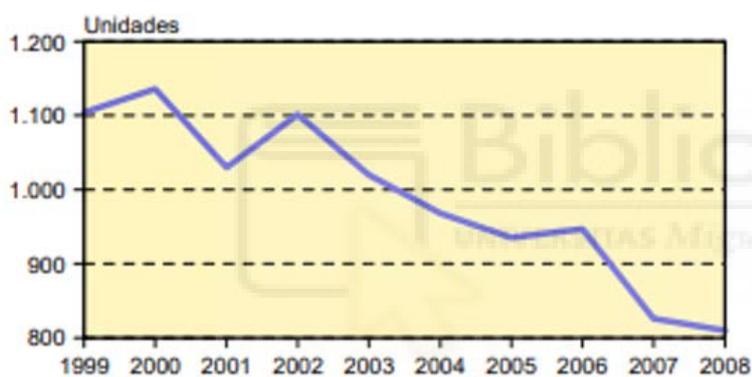
⁴⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas. En: *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*. Santiago de Compostela: Cinca, 2018, pp. 105-120. ISBN 978-84-16668-55-7.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 26 de septiembre de 2001.

⁴⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Tercera, de 30 de septiembre de 2019.

11.- PRECARIEDAD PREVENTIVA: ¿UN MAL NECESARIO E INEVITABLE EN LA EXTERNALIZACIÓN?

En España, la siniestralidad continúa percibiéndose no solo como muy alta, sino también como muy superior en comparación con el resto de países de nuestro entorno. Si bien es verdad que queda aún mucho por hacer en materia de seguridad y salud en el trabajo, también es cierto que los datos muestran cómo a partir de la aprobación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales hubo una importante disminución del número de accidentes mortales, algo que se aprecia claramente en las estadísticas sobre accidentes laborales que anualmente publica el Ministerio de Trabajo. Así, por ejemplo, en la publicada en el año 2009 para 2008 se refleja esta tendencia a lo largo de los primeros años del siglo XXI:



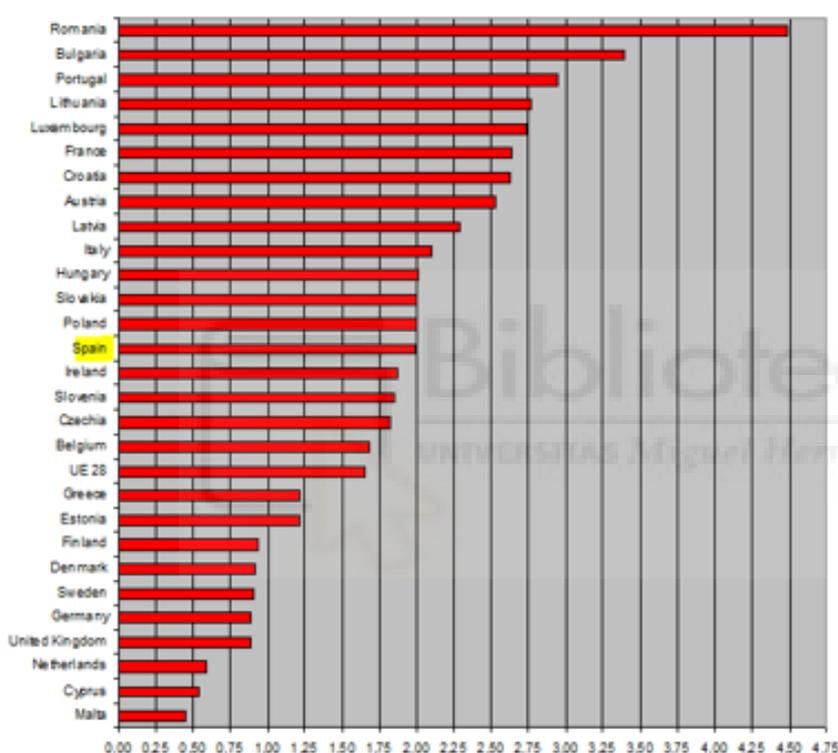
Fuente: Ministerio de Trabajo e Inmigración. Estadística de Accidente de Trabajo año 2008.

La crisis económica de 2008 mantuvo esta tendencia bajista hasta que, con los primeros años de recuperación, comenzó un repunte del número de accidentes, algo que también tiene su reflejo en el número de muertes por accidente laboral.



Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadística de Accidentes de Trabajo año 2019.

En relación con los demás países de nuestro entorno, los datos que conocemos a través de Eurostat (la Oficina Estadística de la Unión Europea que se encarga de publicar estadísticas e indicadores que permiten hacer comparaciones entre países miembros) muestran que España se encuentra ligeramente por encima de la media, si bien no encabeza la clasificación de los países con peores datos, tal y como muchas veces se piensa. El índice de accidentes de trabajo mortales en 2017 fue para el conjunto de la Unión Europea de 1,65 accidentes por cada 100.000 trabajadores, mientras en España el valor correspondiente fue de 1,99 accidentes⁴⁸:



Fuente: <https://www.prevencionintegral.com/actualidad/noticias/2020/04/15/dato-dia-accidentes-trabajo-mortales-en-union-europea>

Pese a que estos datos demuestran que los índices de accidentes de trabajo en España presentan una mejoría desde la promulgación de la Ley de Riesgos Laborales en 1995, resulta evidente la importancia que la siniestralidad laboral sigue teniendo actualmente, no solo en términos de lamentable pérdida de vidas humanas, sino también desde la perspectiva económica por el coste social que supone el pago de prestaciones por incapacidad laboral temporal o permanente, así como por las pérdidas que implica para las empresas. No siendo este un trabajo sobre siniestralidad laboral, se pretende aquí tan solo presentar un contexto

⁴⁸ Datos obtenidos de la página web de Prevención Integral & ORP (<https://www.prevencionintegral.com>).

general básico que sirva como punto de partida de las consideraciones que se hacen en los párrafos siguientes.

Abordando ya la cuestión de la siniestralidad en relación con la externalización de actividades, se constata rápidamente que existe una general identificación entre externalización y precariedad, manifestando algunos estudios que *“la variable subcontrata sí discrimina negativamente, en cierta medida, tanto en la exposición al riesgo como en la ocurrencia de daños e incluso en las actividades preventivas de que se beneficia el trabajador”*⁴⁹. Por su parte, las organizaciones sindicales suelen achacar la siniestralidad a las malas condiciones de trabajo y de prevención, añadiendo prácticamente siempre en sus consideraciones una referencia a la precariedad y a la subcontratación, muchas veces equiparándolas. Para los sindicatos más representativos, subcontratación/externalización es sinónimo de precariedad.

Del análisis de los estudios, informes y comunicados de los sindicatos se desprende que todos ellos tienen claro que la diferencia entre trabajadores propios y subcontratados llevan aparejada una mayor siniestralidad de los segundos. Así, se afirma que *“a la vista de los datos, tenemos identificados claramente los culpables de la siniestralidad laboral en España: la temporalidad, la precariedad, la subcontratación, la falta de formación, la falta de experiencia laboral y, en gran medida, la ausencia de prevención de riesgos laborales en la pequeña y muy pequeña empresa”*⁵⁰.

En realidad, los datos oficiales no son otros que los aportados por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, que anualmente publica una Estadística de Accidentes de Trabajo (ATR) donde se recogen todos aquellos notificados a la Administración y que trata de facilitar la información estadística sobre las causas y circunstancias de estos accidentes. En este estudio, los accidentes se clasifican por factores tales como la zona geográfica, el sector de actividad, el sexo y la edad de las víctimas, el tipo de contrato o el tipo de empresa.

Concretamente, por “tipo de empresa” se diferencia entre las siguientes: a) “Empresa actuante para sí misma”; b) “Contrata o subcontrata”; y c) “Empresa de trabajo temporal”. Por tanto, en

⁴⁹ “Estudio de los sectores económicos en los que se recurre habitualmente a la contratación y subcontratación de obras y servicios”. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (NSST), 2009.

⁵⁰ Propuestas de futuro de la CEC-UGT para disminuir la siniestralidad. *Prevención y Salud Laboral. Revista del Gabinete de Salud Laboral de FES-UGT* [en línea]. 2014, 102 [fecha de consulta abril de 2021]. Disponible en https://issuu.com/fesugt/docs/psl_102.

las empresas del tipo b) y c) los accidentes reseñados habrán afectado a trabajadores que se encontraban desempeñando su labor en beneficio de otra empresa que había optado por la externalización de actividades. Además, para cada uno de estos tipos de empresa, la estadística recoge también los días de baja (calculando la duración media) y los fallecimientos producidos como consecuencia de los accidentes. Los últimos datos consolidados publicados por el Ministerio son los del año 2019, mostrándose a continuación una tabla con la evolución del total de accidentes en los últimos años:

Tipos de empresa:	2016		2017		2018		2019	
	Nº accidentes	%						
Todos los tipos de empresa	489.065	100	515.082	100	532.977	100	562.756	100
Empresa actuante para sí misma	437.468	89,45	459.780	89,26	474.117	88,96	502.842	89,35
Contra o subcontrata	38.403	7,85	38.601	7,49	40.614	7,62	40.586	7,21
Empresa trabajo temporal	13.194	2,70	16.701	3,24	18.246	3,42	19.328	3,43

Fuente: Elaboración propia a partir de las estadísticas de accidentes de trabajo publicadas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Para una mayor claridad, la tabla solo contiene los accidentes de trabajo en la jornada y se presentan las cifras totales sin diferenciarlos según su gravedad. A continuación, se extraen para los mismos años el número de fallecimientos clasificados siguiendo el mismo criterio del tipo de empresa:

	2016		2017		2018		2019	
	Nº fallecidos	%						
Todos los tipos de empresa	496	100	496	100	574	100	561	100
Empresa actuante para sí misma	439	88,51	426	85,89	500	87,11	467	83,24
Contrata o subcontrata	54	10,89	63	12,70	70	12,20	82	14,62
Empresa Trabajo Temporal	3	0,60	7	1,41	4	0,70	12	2,14

Fuente: Elaboración propia a partir de las estadísticas de accidentes de trabajo publicadas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Ciertamente, se trata de una muestra muy básica de los datos estadísticos del Ministerio⁵¹ que no permite establecer afirmaciones rotundas⁵², pero la realidad es que esta Estadística

⁵¹ En ambas tablas se han excluido los accidentes y fallecimientos *in itinere*.

⁵² Debe destacarse que en la externalización el porcentaje de fallecimientos es ligeramente superior al de accidentes, lo que apuntaría a unas peores consecuencias de los siniestros en este ámbito.

de Accidentes de Trabajo (ATR) no aporta mucha más información en relación con el tipo de empresa que se ve afectada por los accidentes de trabajo. Por esta razón, no puede establecerse una relación directa e inequívoca de causa-efecto entre externalización y siniestralidad, dado que el número de accidentes y fallecidos debería poder contrastarse con el porcentaje de externalización existente en la economía o, mejor, en un determinado sector de actividad. Por otra parte, en relación con las empresas de trabajo temporal, los datos publicados muestran una siniestralidad que *a priori* parece no corresponderse con su penetración en el mercado de trabajo temporal: según los datos del Ministerio, en 2019 hubo 779.061 trabajadores que fueron contratados por empresas de trabajo temporal para ser cedidos a empresas usuarias, lo que supone un 72% más que en 2010⁵³.

Sobre la base de estos datos estadísticos, algunos estudios se centran en la siniestralidad en aquellos sectores más proclives a sufrir accidentes de trabajo y en los que hay un alto nivel de contratación. Es el caso, por citar un ejemplo, del análisis de la siniestralidad llevado a cabo por el Grupo de Trabajo de la Construcción de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, donde se concluye que *“los datos analizados evidencian una elevada siniestralidad asociada a la falta de cumplimiento por parte de las empresas contratistas sobre sus obligaciones en materia de PRL”*, así como que existe por parte de los promotores una selección de empresas *“con insuficiente estructura y gestión preventivas para ejecutar los trabajos”*⁵⁴. Se trata de causas que en realidad tienen su origen en el incumplimiento directo de la normativa preventiva, algo que evidentemente no tiene amparo legal en el recurso a la externalización.

En definitiva, la muy repetida acusación de que la mayoría de accidentes en un determinado período de tiempo lo ha sido de trabajadores subcontratados no se acredita fehacientemente con los datos oficiales. Tampoco constituye la externalización un subterfugio legal que otorgue impunidad a quienes no cumplen con sus obligaciones en materia preventiva. Con estos comentarios, no se defiende aquí una postura que niegue algo tan evidente como que actitudes poco coherentes con la seguridad y salud de los trabajadores buscan en la externalización una forma de intentar evadirse de sus responsabilidades laborales y preventivas. Lo que se afirma es que la identificación entre externalización y precariedad no

⁵³ *Estadística de Empresas de Trabajo Temporal del Ministerio de Trabajo y Economía Social* [en línea] [fecha de consulta abril 2021]. Disponible en <https://www.mites.gob.es/estadisticas/Ett/welcome.htm>

⁵⁴ *Análisis de la Siniestralidad y sus Causas en Obras Menores*. Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2015).

se deduce automáticamente de los datos estadísticos oficiales y quizás las voces que claman por la limitación de aquella están equivocando la diana. El abuso de la externalización no es externalización, un mecanismo este que no es que entrañe ventajas competitivas, es que simplemente es imprescindible para la realización de determinadas actividades productivas. Baste como ejemplo de esto último el que probablemente sea uno de los proyectos tecnológicos más destacados del año 2021: el programa de submarinos nacionales S-80. Al margen de que el propio Estado, a través del Ministerio de Defensa, tenga que contratar la fabricación de esos sumergibles con la empresa Navantia (que es para el Ministerio su “contratista principal”), la necesidad de contar con tecnologías de última generación y de afrontar las complejidades de un proyecto de este tipo se traducen en la participación de 2.127 empresas auxiliares en la fabricación del primero de estos buques, 854 de las cuales son españolas⁵⁵. Sin entrar en otro tipo de valoraciones, es evidente que simplemente sería imposible prescindir de la externalización de la actividad para llevar a buen puerto este importante programa.

Si se admite el argumento de que la externalización en sí misma no puede ser la causa de la precariedad preventiva, debemos buscar en los elementos que a menudo rodean a aquella los factores que sí puedan considerarse sus causas verdaderas. En este sentido, las organizaciones sindicales entienden que los trabajadores subcontratados o cedidos por una empresa de trabajo temporal tienen más posibilidades de sufrir un accidente debido a que sus contratos son de corta duración y eso hace que muchas veces no posean ni la formación ni la experiencia que evitaría el riesgo. Esta opinión tiene respaldo en autores que consideran que la temporalidad es un factor jurídico de riesgo⁵⁶, si bien otros lo niegan al considerar que *“suscribir un contrato de trabajo no puede ser entendido como un riesgo, hacerlo con carácter indefinido o temporal no puede llevar a una diferencia en este extremo, aun cuando sí se haga a la hora de fijar distintos niveles de protección y considerar a los temporales como un colectivo merecedor de un tratamiento específico”*⁵⁷.

Pese esta última opinión, los estudios sobre los accidentes en España sí han puesto de

⁵⁵ <https://www.defensa.com/defensa-naval/industria-nacional-programa-s-80-plus>

⁵⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F., citado en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. *La temporalidad como factor de riesgo laboral*. Madrid: CEOE, 2016. ISBN 978-84-617-7788-4.

⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 24.

manifiesto la existencia de una clara relación entre temporalidad y accidentes⁵⁸, llegando incluso a apreciarse el doble de riesgo de sufrir un accidente de trabajo en los trabajadores temporales, algo que se ha percibido especialmente en determinados sectores como el de la construcción. Otros factores que son causa de siniestralidad y que pueden acompañar a la externalización (sin ser inherentes a la misma) son la menor antigüedad en el trabajo (con la consiguiente falta de experiencia) y las jornadas y horarios excesivos.

Para finalizar, como ejemplo de todo lo dicho hasta ahora, es preciso hacer una referencia a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo en la que, modificando su doctrina anterior en materia de subcontratación, establece que la contratación mercantil entre empresa principal y empresa contratista no justifica que esta última pueda recurrir siempre e indefinidamente al contrato laboral de obra y servicio para mantener a su plantilla en una situación de temporalidad permanente. Lo que la sentencia aclara es que cuando la actividad empresarial consiste en ser contrata de empresas clientes, los contratistas *“estarán sujetos a una determinada duración en atención al nexo contractual entablado con la empresa cliente, pero tal delimitación temporal en su ejecución no puede permear la duración de la relación laboral de la plantilla de la empresa si no se atienden a las notas estrictas del art 15.1 a) ET”*⁵⁹. Es decir, la duración temporal de la contrata no pueda proyectarse sobre el contrato de trabajo y justificar que este sea también temporal si no se dan las circunstancias legales que lo permiten. Así pues, estamos ante un caso en el que la externalización de la actividad sí producía precariedad al usarse indebidamente para justificar una contratación temporal de un trabajador durante más de 15 años.

En definitiva, la precarización preventiva que en muchas ocasiones acompaña a la externalización no forma parte consustancial de este modelo productivo, si bien la frecuente presencia de los factores de riesgo citados provoca una distorsión en su valoración. La externalización de la actividad no es una opción que se haya creado expresa y fundamentalmente para abaratar costes o eludir responsabilidades laborales y preventivas, sino que es un modelo de organización que se enfoca a lograr una mayor eficiencia empresarial. Sin embargo, sería ingenuo negar que existen situaciones de abuso que

⁵⁸ GARCÍA MAINAR, M. I. y MONTUENGA GÓMEZ, V. M. Causas de los accidentes de trabajo en España. Análisis longitudinal con datos de panel. *Gaceta Sanitaria* [en línea]. 2009, 23, pp. 174-178 [Fecha de consulta abril 2021]. ISSN 0213-9111. Disponible en <https://www.gacetasanitaria.org/es-causas-los-accidentes-trabajo-espana-articulo-S0213911108000113>.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 29 de diciembre de 2020.

únicamente persiguen hacer dejación de las obligaciones preventivas y laborales que tiene la empresa. Así lo demuestra la notable casuística que puede verse en los pronunciamientos judiciales dictados sobre esta cuestión, si bien debe destacarse también que precisamente ahí vemos la respuesta del ordenamiento jurídico frente a estos abusos mediante unas sentencias que declaran la responsabilidad de determinados sujetos por haber incumplido las normas preventivas en perjuicio de los trabajadores o que ponen coto a esos otros factores de riesgo que, como ocurre con la temporalidad, tratan de justificarse indebidamente en la externalización de actividades.



12.- PROPUESTAS.

Aunque escapa a los objetivos de este trabajo (y, evidentemente, a sus posibilidades) establecer un programa global de reforma de la prevención en la externalización, parece pertinente no finalizarlo sin señalar algunas de las cuestiones que han sugerido planteamientos alternativos durante su elaboración. De todo lo que hasta aquí se ha ido desgranando acerca de la externalización, hemos visto que el concepto de propia actividad es crucial para que operen las garantías que contemplan los arts. 42 ET, 24.3 LPRL y 42.3 LISOS. Aunque las otras situaciones no están exentas de obligaciones, el legislador ha restringido a la externalización de la propia actividad la protección más eficaz frente a los riesgos laborales. Esto no solo ha dado lugar al problema de la necesaria interpretación por parte de los tribunales acerca de lo que es propia actividad en cada caso concreto enjuiciado, sino que además plantea problemas de seguridad jurídica y de posible trato desigual de trabajadores. Con la Ley en la mano, el trabajador de una empresa contratista que se encarga del mantenimiento de una máquina esencial para el proceso productivo del empresario principal puede tener una mayor protección que los empleados de la empresa de servicios con la que se ha contratado la limpieza de las instalaciones. Es incluso posible que el primero solo tenga que acudir al centro de trabajo del empresario principal una o dos veces al año, mientras que los segundos lo hagan a diario y durante varias horas. Todavía más, puede que el mantenimiento de la máquina no entrañe ningún riesgo específico, pero que, por el contrario, el acceso a determinadas áreas de la empresa o el uso de determinados productos sí lo suponga para los trabajadores encargados de la limpieza.

Esta diferencia trae causa de que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales heredó del Estatuto de los Trabajadores una distinción entre contrata de propia actividad y contrata de actividad ajena que tiene pleno sentido en relación con las obligaciones laborales y de Seguridad Social, pero que es más discutible cuando se habla de prevención de riesgos laborales. Como se ha tratado de acreditar con los ejemplos anteriores, el criterio de la propia actividad genera situaciones poco deseables, incluso cuando no hay dudas interpretativas acerca de la naturaleza de la tarea externalizada. Por esa razón, existe una corriente política que aboga por restringir la externalización, limitándola únicamente a *“servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa, de manera que los servicios propios de la empresa queden excluidos”*⁶⁰. Al margen de sus buenas intenciones, llama la atención de este

⁶⁰ Punto 166 del Programa Político de Podemos a las elecciones generales de 10 de noviembre de 2019.

planteamiento, además de las dudas acerca de su constitucionalidad, que su ejecución obligaría a internalizar la inmensa mayoría de las obras o servicios que se contratan en la actualidad. De hecho, limitar la externalización a “*servicios especializados ajenos a la actividad principal*” daría lugar a nuevos, y quizás más difíciles de resolver, problemas de interpretación y de seguridad jurídica.

Frente a esta apuesta por limitar la externalización, una propuesta más realista y efectiva puede ser la de reformular la frontera entre los arts. 24.2 y 24.3 LPRL. La norma general debería ser que el empresario que externaliza su actividad tiene una posición de garante que entraña el deber de vigilancia que actualmente el art. 10 del Real Decreto 171/2006 reserva únicamente para el empresario principal de su propia actividad y en su propio centro de trabajo. De igual manera que la jurisprudencia, y después la Ley, ha extendido el concepto de centro de trabajo hasta convertirlo en sinónimo de cualquier lugar de trabajo, se debería extender la actividad externalizada que cuenta con mayor protección a prácticamente toda, dejando a salvo precisamente supuestos especiales de una gran especialización en las que el empresario principal no tuviese un real y verdadero poder de control. De esta manera, se podría conciliar la necesaria flexibilidad que requieren las empresas con la seguridad que demandan los trabajadores, pues, en vez de restringir, se apuesta por libertad con asunción de responsabilidad. Es decir, lo que se defiende es que el concepto de propia actividad debe reformularse. Prácticamente todas las tareas que una empresa necesita realizar deberían ser propia actividad y dejar como algo muy marginal aquella que sea manifiestamente impropia y que deba quedar fuera del deber de vigilancia y de responder solidariamente del empresario que la externaliza.

Precisamente, la responsabilidad solidaria del empresario principal por las infracciones de los contratistas y subcontratistas (art. 42.3 LISOS) es otra cuestión que probablemente requeriría otra regulación que fuese más sutil y capaz de adaptarse a los matices de cada situación. Cuando más arriba se ha analizado esta responsabilidad, ha quedado claro que no estamos ante una responsabilidad objetiva, sino que esta se basa en el principio de culpabilidad *in vigilando*. Sin embargo, la realidad es que muchos empresarios principales son condenados porque existe un cierto automatismo a la hora de recurrir al art. 42.3 LISOS. Sería deseable que una reforma legal estableciese un sistema que atribuyese de forma más clara la responsabilidad de cada uno de los agentes intervinientes en función de las posibilidades reales que tienen para prevenir los daños. Fue con la aprobación de la LPRL cuando se

sustituyó el criterio de la responsabilidad directa del empresario por el actualmente vigente de responsabilidad solidaria. De esta manera, el incumplimiento de la empresa contratista o subcontratista es también un incumplimiento del deber de vigilancia del empresario principal, pero esta infracción no cuenta con una tipificación en los arts. 11, 12 y 13 LISOS que permita hablar de diferentes calificaciones y de aplicación de criterios de graduación en función de las circunstancias del incumplimiento. La actitud del empresario principal puede merecer un mayor o menor reproche, pero tiene una única y máxima sanción con independencia de sus circunstancias.

Es evidente que el sistema de la responsabilidad solidaria incentiva al empresario principal a cumplir de la forma más completa posible con su deber de vigilancia. También es cierto que solo él es quien decide externalizar la actividad y, por lo tanto, puede pensarse que habrá de ser consecuente con esa decisión voluntaria, asumiendo los costes y riesgos de hacerlo. Además, este sistema parece más garantista para los trabajadores que se pretende proteger. Pese a estas ventajas prácticas, no es el sistema ideal para perseguir y sancionar al verdadero culpable de la infracción, es decir, a aquel que debiendo y pudiendo actuar para prevenir el daño no lo hizo. La reducción de la siniestralidad solo se podrá conseguir mediante la eliminación de los verdaderos factores de riesgo y sus causas, no mediante la imputación de responsabilidad a quien no pudo realmente hacer nada.

Por ello, debería considerarse una modificación legal que permitiese la calificación y graduación del incumplimiento del deber de vigilancia del empresario principal, de manera que en su calificación más alta de clara inobservancia del deber de vigilancia se pudiera incluir la responsabilidad solidaria, pero que en aquellos otros casos de cumplimiento real y escrupuloso de sus obligaciones permitiese su exculpación (posibilidad que aporta seguridad jurídica, pero que no supone disrupción alguna, dado que el principio de culpabilidad rige también en la norma actual). Así, en todos los casos se podrían ponderar las circunstancias y optar por la solución más adecuada sin renunciar a la que actualmente existe. Lógicamente, esta modificación debería a la vez incorporar alguna medida que evitase posibles fugas de responsabilidad de los empresarios que realmente tenían el control de la situación que devino accidente de trabajo.

En relación con la responsabilidad, hemos contemplado la existencia del recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional,

incremento que según la Ley General de la Seguridad Social “*recaerá directamente sobre el empresario infractor*” (art. 164.2 LGSS), pudiendo ser empresario infractor no solo cualquiera de los estudiados, sino también más de uno por aplicación de la regla de la solidaridad. Establece la Ley General de la Seguridad Social que dicha responsabilidad “*no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla*” (art. 164.2 LGSS). Esta prohibición se explica en la intención del legislador de garantizar al máximo que el empresario cumpla con sus deberes preventivos y no eluda los mismos mediante seguros o pactos que le eviten el riesgo de recargo. Sin embargo, este planteamiento puede ser distorsionante porque se combina en una misma medida dos finalidades, la punitiva y la aseguradora. En realidad, la función punitiva ya la cumplen las propias sanciones que contempla la LISOS, por lo que la finalidad de protección del recargo debería ser lo más efectiva posible en favor de la víctima, motivo por el que se propone dejar sin efecto la prohibición de aseguramiento. Incluso puede establecerse un aseguramiento obligatorio, lo que, además de rebajar los costes, supondría la implementación de un sistema muy eficaz de protección para las víctimas de accidentes. Este aseguramiento del recargo de prestaciones no tiene por qué tener como consecuencia automática que los empresarios incurriesen en una especie de desidia preventiva, ya que evidentemente seguirían teniendo que hacer frente a responsabilidades administrativas, civiles y penales. Esta posibilidad que se propone tomar en consideración cuenta con algunos defensores, si bien es cierto que otro sector de la doctrina se muestra contrario a esta idea o directamente considera que la mejor opción es la supresión definitiva del recargo⁶¹.

Otra propuesta de mejora relativa a la prevención en la externalización de actividades sería la de hacerse eco de los profesionales de la prevención de riesgos laborales que consideran urgente una simplificación de las obligaciones documentales derivadas de la coordinación de actividades empresariales. Estas obligaciones han dado lugar a una burocratización totalmente ineficiente en la que “*el cumplimiento formal de la normativa o `prevención de papel` ahora encuentra una absoluta expresión en la coordinación de actividades empresariales, que ha devenido un auténtico `monstruo burocrático` pero sin sustrato preventivo real alguno*”⁶². Efectivamente, en muchas ocasiones la labor de vigilancia del

⁶¹ SICRE GILABERT, F. Cuestiones de “*lege ferenda*”: el recargo de las prestaciones y su aseguramiento. *Colegio Oficial de Graduados Sociales de Cádiz* [en línea]. 2018. [fecha de consulta abril 2021]. Disponible en <http://www.graduadosocialcadiz.net/blog/wp-content/uploads/2018/09/n%C2%BA-21.pdf>.

⁶² Guía Propuestas para la mejora del Marco Normativo de la P.R.L.: Razones para una necesaria reforma. Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2016.

empresario principal sobre las empresas colaboradoras da lugar a una ingente documentación acerca de las autorizaciones, cursos y certificaciones que los empleados de estas últimas poseen, todo ello gestionado a través de programas informáticos que transmiten sensación de cumplimiento y vigilancia. Sin embargo, ese control documental no lleva aparejado una vigilancia real del cumplimiento efectivo de las normas de prevención o, simplemente, se da por buena la mera recopilación papeles. Todo ello invita a una reflexión sobre la mejora en la gestión de las obligaciones de intercambio de información o de supervisión impuestas por el art. 24 LPRL.

Como más arriba se ha comentado, los datos de la base estadística sobre accidentes del Ministerio de Trabajo y Economía Social no son tan claros e inequívocos como para sustentar las afirmaciones rotundas que generalmente se hacen acerca de que la siniestralidad en empresas contratadas o subcontratadas es muy superior a la de las empresas que actúan para sí mismas. Se propone mejorar la calidad de los datos públicos sobre accidentes para poder comparar ambos tipos de empresa teniendo en cuenta su porcentaje de penetración en la economía. También sería necesario articular procedimientos para evitar determinados sesgos en la interpretación de los datos, como, por ejemplo, puede ocurrir al comparar el índice de siniestralidad de las empresas principales con los de sus empresas colaboradoras: si una empresa ha externalizado toda su actividad o aquella más susceptible de sufrir accidentes de trabajo, esta comparación nos ofrecería una falsa prueba irrefutable de que la externalización es el factor determinante en el riesgo de accidentes. Además, puede ser interesante conocer las características de empresas principales y contratistas para detectar patrones de comportamiento asociados a la siniestralidad. En definitiva, en la era del *big data* toda la información que se pueda recabar puede ser de mucha utilidad a la hora de determinar y establecer las correcciones y medidas preventivas con las que evitar los accidentes de trabajo.

En la actualidad, el tema de la externalización de las actividades está en el debate político y es objeto de críticas y planteamientos reformistas. Así, existe una propuesta en el programa de medidas que hace pocos meses ha enviado el Gobierno de España a la Comisión Europea⁶³ bajo la denominación de *“Modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales”*, si bien esta es muy difusa, pues es imposible no estar de acuerdo con su objetivo de *“evitar que se utilice la externalización de servicios a través de la*

⁶³ Plan de recuperación, transformación y resiliencia: reformas en el ámbito laboral y de pensiones.

subcontratación para reducir los estándares laborales de los trabajadores de las empresas subcontratadas" mediante la implementación de medidas para "en línea con las sentencias recientes del Tribunal Supremo, asegurar un uso adecuado de la subcontratación desincentivando los supuestos en los que es un mero instrumento de reducción de costes, avanzar hacia la equiparación de condiciones entre trabajadores subcontratados y reforzar la responsabilidad de las empresas subcontratistas o subcontratadas"⁶⁴.

Efectivamente, las últimas sentencias del Tribunal Supremo han marcado los criterios que deberían seguirse en materia de externalización de actividad: el recurso a la contratación de una parte de la actividad con otras empresas no se cuestiona, si bien el mismo no puede servir de pretexto para imponer condiciones peligrosas a los trabajadores. La externalización no debe amparar abusos en cuanto a la temporalidad, tiempo de trabajo o medidas de prevención de riesgos laborales. Son estos factores los que deben ser atacados con medidas eficaces, algo que debería hacerse independientemente de que aquellos se manifiesten en empresas que actúan para sí mismas o, por el contrario, en una relación de contrata.



⁶⁴ Objetivos señalados en las fichas resumen del citado Plan dadas a conocer por el Gobierno de España en febrero de 2021. Una vez publicado el Plan en abril de 2021, este contiene la referencia a la modernización de la contratación y subcontratación, pero no explica su contenido (reforma C23.R9 del componente 23: Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo).

13.- CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo se ha analizado la prevención de riesgos laborales en la externalización de actividades partiendo del estudio de las figuras jurídicas que están en la base de los modernos procesos de la descentralización empresarial. En esa primera fase, ya se ha constatado que la regulación general establece un tratamiento desigual en función de criterios que presentan un doble problema: por una parte, su discutible idoneidad para establecer el perímetro de la actividad merecedora de mayor protección; por otro lado, el hecho de que se basan en conceptos que han dado lugar a serios problemas de interpretación. Este esquema general se trasladaría a la regulación preventiva de la externalización, reproduciéndose por tanto estos inconvenientes y dando lugar a aquí a una mayor contradicción. Concretamente, el concepto de propia actividad representa la mayor de estas dificultades, pues si bien hemos visto que la jurisprudencia ha ido deslindando su contenido, continúa existiendo una notable inseguridad jurídica en torno al mismo. Con todo, más difícil solución tiene el debate acerca de si la propia actividad puede ser, como de hecho lo es actualmente, el criterio determinante para que surtan efecto determinadas responsabilidades empresariales. En este trabajo se ha llegado a la conclusión de que debería relajarse el criterio de la propia actividad o bien desactivarlo prácticamente, operando solo en casos residuales. Afortunadamente, otros conceptos como el de centro de trabajo han sido desprovistos de su interpretación más rígida e inoperante en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El análisis de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que se ha realizado en este trabajo ha permitido conocer que la externalización de las actividades da lugar a riesgos añadidos a los ya existentes previamente, algo que fundamentalmente deriva de la concurrencia de trabajadores de diferentes empresas en un mismo centro de trabajo. Al margen de la crítica expuesta en el párrafo anterior, en este trabajo se ha considerado útil la sistemática utilizada por el art. 24 LPRL al presentar una serie de deberes diferentes y complementarios según el rol que desempeñe cada uno de los empresarios en la concurrencia. Esta asignación escalonada y creciente de obligaciones preventivas a los empresarios está estructurada de una forma clara en el desarrollo reglamentario del artículo 24 LPRL que se hace en el Real Decreto 171/2004. Con menor fortuna, sin embargo, este Real Decreto determina los medios de coordinación que las empresas concurrentes deben utilizar para la prevención de riesgos laborales. Además de una redacción algo farragosa, se proponen en este reglamento algunos medios de coordinación (intercambio de información, comunicaciones y documentos, etc.) que

se considera que han contribuido a la denominada “*prevención de papel*”, más formal que real, y se otorga preferencia a la opción designar personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas solo en casos de peligrosidad o complejidad.

Junto al Real Decreto 171/2004, como norma reglamentaria que regula la coordinación de actividades empresariales de manera general, se ha analizado de forma somera la regulación específica del sector de la construcción, formada por un conjunto de normas de distinto rango (el Real Decreto 1627/1997 y la Ley 32/2006, y además el Real Decreto 1109/2007, que desarrolla esta última), viendo que junto a elementos positivos en materia de seguridad existen otros menos eficaces debido al importante número de obligaciones formales de muy difícil cumplimiento para los empresarios pequeños o trabajadores autónomos. Tampoco parece tan rupturista la aportación considerada más novedosa de la Ley 32/2006, es decir, la limitación de la subcontratación. En realidad, esta ley permite generosamente descender desde el promotor hasta llegar a un tercer subcontratista (y, excepcionalmente, hasta un cuarto), si bien sí se concluye acertado la imposición de requisitos a contratistas y subcontratistas para que acrediten contar con una organización productiva propia, así como disponer de un mínimo de empleados con contrato indefinido.

En materia de responsabilidad empresarial se llega a una primera conclusión en línea con la enunciada en relación con la propia actividad. Resulta sorprendente que esta noción sirva para evitar injustificadamente o para atribuir excesivamente responsabilidades al empresario principal. En este tema, la conclusión es que la cláusula que opera en virtud del art. 42.3 LISOS podrá ser eficaz para extender *ex post* solidariamente la responsabilidad al empresario principal, pero no es un mecanismo que permita de manera satisfactoria atribuir las responsabilidades en función de las posibilidades reales de actuación que tenga cada uno de los agentes intervinientes. Es difícil que en esta cuestión se dé una modificación legal debido a la indudable ventaja que tiene la redacción actual de la ley a la hora de encontrar un empresario infractor que deba responder por el daño sufrido.

En relación con la precariedad preventiva no se han podido alcanzar conclusiones definitivas. Si bien es un lugar común afirmar que la subcontratación es causa directa de accidentes o argumentar que el número de siniestros aumenta sin cesar en este tipo de actividad, los datos de la Estadística de Accidentes de Trabajo (ATR) que publica el Ministerio de Trabajo y Economía Social y que se han analizado más arriba no parecen tan concluyentes. En 2019,

último año con los datos consolidados, los accidentes durante la jornada en empresas contratadas, subcontratadas o ETT representaron un 10,65 % del total. Pues bien, diez años atrás, en 2009, los accidentes en este tipo de empresa supusieron un 11,10 %. Además, los datos de los últimos cinco años que se han señalado más arriba tampoco se desvían mucho de estos porcentajes, por lo que se concluye que la estadística oficial del Ministerio debería tener en cuenta otros elementos del accidente que permitiesen perfilar mejor la relación existente entre externalización y siniestralidad. Por otra parte, determinadas encuestas que se basan en comparar el porcentaje de accidentes de la empresa principal y el de sus empresas contratistas no tienen en cuenta que la primera ha externalizado la parte de la actividad donde existen más posibilidades de sufrir accidentes. Además, existen empresas que actúan unas veces para sí mismas y otras como contratistas, resultando que implementan más y mejores medidas de prevención en el segundo caso debido a las exigencias y al control de la empresa principal. Por tanto, existe una realidad que es compleja y que no debería dar lugar a explicaciones rápidas o simples, siendo imprescindible contar con una mejor calidad en los datos recabados sobre los accidentes.

Lo anterior no puede servir de base argumental para negar la lamentable realidad de la siniestralidad laboral, si bien en este trabajo se ha estimado que esta se da fundamentalmente a causa de elementos que no son consustanciales a la externalización, pero que aparecen frecuentemente asociados a la misma. Se han señalado más arriba algunos de estos factores, destacando el de la temporalidad de los contratos laborales, cuestión que ha sido objeto de una importante sentencia del Tribunal Supremo dictada hace pocos meses que avanza por la vía que defiende aprovechar las legítimas ventajas de la externalización sin incurrir en posibles abusos.

En el epígrafe previo se han esbozado algunas propuestas en base al análisis realizado a lo largo de este trabajo. Algunas de ellas implican una crítica a un sistema de normas de la prevención en la externalización cuya complejidad permite que haya disfunciones por defecto o por exceso en la atribución de la responsabilidad. Pero, una vez dicho esto, también debe afirmarse que la principal causa de siniestralidad es el incumplimiento de la norma preventiva y que el ordenamiento jurídico ha previsto para tal caso una respuesta contundente basada en un sistema de responsabilidades administrativas, civiles, penales y laborales que no deja impune la infracción. Por ello, es posible presumir que evitar el accidente pasa por facilitar el cumplimiento de la norma, debiendo tenerse en cuenta que es imprescindible simplificar la

coordinación de actividades empresariales para hacerla realmente efectiva, sobre todo en el caso de aquellas empresas cuyo tamaño hace necesario que se articulen procedimientos para que puedan actuar de forma segura y con pleno respeto a la prevención de riesgos laborales. De esta manera, no solo se facilitará el establecimiento de los necesarios medios de coordinación, sino que se estará construyendo una verdadera cultura preventiva que cale en las organizaciones y vaya más allá del simple temor a la sanción.

Finalmente, es necesario recalcar que la externalización de las actividades supone escenarios complejos, pero no debe olvidarse que existen riesgos propios que nada tienen que ver con la concurrencia de actividades. Y sobre estos riesgos, lejos de ser un factor agravante, la externalización puede jugar un factor positivo. Precisamente, muchas pequeñas empresas han implementado planes de prevención que han mejorado considerablemente la seguridad y salud de sus trabajadores como consecuencia de las exigencias y penalizaciones que les impone la empresa principal que les ha contratado parte de su actividad. En definitiva, no puede negarse que la externalización es causa de riesgos y que existen abusos que los aumentan, pero, tal y como se ha venido defendiendo en este trabajo, es necesario alejarse de planteamientos maniqueos y maximalistas para poder luchar contra las manifestaciones negativas de un modelo empresarial que tiene vocación de permanencia.

14.- Bibliografía.

ALFONSO MELLADO, C. L. La responsabilidad de “terceros” por accidente de trabajo. En: J. AGUSTÍ JULIÁ, coord. *La imputación de responsabilidad en las relaciones laborales*. Albacete: Bomarzo, 2008. ISBN 978-84-96721-45-6.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, ÁNGEL. *Manual de la Administración local*. 5ª ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2006. ISBN 978-84-7052-386-1.

Centro de Documentación judicial del Consejo General del Poder Judicial [en línea] [fecha de consulta marzo y abril 2021]. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

ESCUADERO PRIETO, A. *Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva* [en línea]. Madrid, 2009 [fecha de consulta marzo 2021]. Disponible en: https://books.google.es/books?id=9MynBQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.

Estadística de Accidentes de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social [en línea] [fecha de consulta abril 2021].

Disponible en <https://www.mites.gob.es/estadisticas/eat/welcome.htm>.

Estadística de Empresas de Trabajo Temporal del Ministerio de Trabajo y Economía Social [en línea] [fecha de consulta abril 2021].

Disponible en <https://www.mites.gob.es/estadisticas/Ett/welcome.htm>

FABREGAT MONFORT, G. La responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de propia actividad. *Revista de Treball, economia i societat*. 2000, 17. 23-35 [Fecha de consulta abril 2021]. ISSN 1137-0874. Disponible en: http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_17/art2-rev17.pdf.

FAÍLDE FERNÁNDEZ, M. S. Pluralidad empresarial y coordinación de actividades en materia de prevención de riesgos laborales. Conceptualización y análisis cualitativo. *Revista IUSLabor* [en línea]. 2016, 3 [fecha de consulta abril 2021]. Disponible en:

<https://www.upf.edu/documents/3885005/8336987/Falde.pdf/7bc55796-1aa6-3b9f-82df-df734a70a11c>.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. *La temporalidad como factor de riesgo laboral*. Madrid: CEOE, 2016. ISBN 978-84-617-7788-4.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas. En: *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*. Santiago de Compostela: Cinca, 2018, pp. 105-120. ISBN 978-84-16668-55-7.

GARCÍA MAINAR, M. I. y MONTUENGA GÓMEZ, V. M. Causas de los accidentes de trabajo en España. Análisis longitudinal con datos de panel. *Gaceta Sanitaria* [en línea]. 2009, 23, pp. 174-178 [Fecha de consulta abril 2021]. ISSN 0213-9111.

Disponible en: <https://www.gacetasanitaria.org/es-pdf-S0213911108000113>.

GÓMEZ ARBÓS, J. Análisis de las contratas y subcontratas como reflejo de la descentralización productiva. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* [en línea]. 1999, 1. 149-180. Disponible en: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/3021>.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*. 1ª ed. Madrid: Trotta, 1996. ISBN 978-84-8164-109-7.

La protección de la Salud de los trabajadores de contratas y subcontratas [en línea]. Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS), 2004 [fecha de consulta abril 2021].

Disponible en: <http://ccoo.eus/2235ab9a10d5883b1d406bcfeba74f10000056.pdf>.

LLORENS ESPADA, Julen. Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva. *Revista de dirección y administración de empresas* [en línea]. 2012, 19. 63-94. Disponible en: <https://addi.ehu.es/handle/10810/9993>.

MARTÍN TOVAL, E. La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales. *Temas Laborales* [en línea]. 2003, 71. 91-108. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=802029>.

MERCADER UGUINA, R. et al. *Contratas y subcontratas en el sector de la construcción*. 1º ed. Valladolid: Lex Nova, 2008. ISBN 978-84-8406-860-0.

NORES TORRES, L. E. El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 ET. *Lex Social* [en línea]. 2020, 1. 343-363 [fecha de consulta abril 2021]. Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/4548/3944.

Notas Técnicas de Prevención del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo [en línea] [fecha de consulta marzo y abril 2021]. Disponible en <https://www.insst.es/ntp-notas-tecnicas-de-prevencion>.

PÉREZ CAPITÁN, L. La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho Sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo (un análisis del artículo 42.3 de la LISOS). *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2002, 12. 13-35 [Fecha de consulta abril 2020]. ISSN 1576-169X. Disponible en: <https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/C9D787F1-58F3-46E9-BB11-96BC71258BBA/146229/JusticiaLaboral2012.pdf>.

Propuestas de futuro de la CEC-UGT para disminuir la siniestralidad. *Prevención y Salud Laboral. Revista del Gabinete de Salud Laboral de FeS-UGT* [en línea]. 2014, 102 [fecha de consulta abril de 2021]. Disponible en https://issuu.com/fesugt/docs/psl_102.

RAYÓN BALLESTEROS, M. C. Responsabilidades por incumplimiento de la regulación sobre prevención de riesgos laborales. *Anuario jurídico y económico escurialense* [en línea]. 2020, 53. 109-138. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7450111>.

RIFÉ Y FERNÁNDEZ-RAMOS, J. A. *La responsabilidad del empresario aparente y de la pseudocontrata. Resumen Jurisprudencial* [en línea]. LegalToday [fecha de consulta marzo 2021]. Disponible en <https://www.legaltoday.com/files/File/pdfs/la-cesion-ilegal-de-trabajadores-articulo-completo.pdf>

SICRE GILABERT, F. Cuestiones de “lege ferenda”: el recargo de las prestaciones y su aseguramiento. *Colegio Oficial de Graduados Sociales de Cádiz* [en línea]. 2018. [fecha de consulta abril 2021]. Disponible en <http://www.graduadosocialcadiz.net/blog/wp-content/uploads/2018/09/n%C2%BA-21.pdf>.

