

CONSTRUCCIÓN INDUSTRIALIZADA DE EDIFICIOS EN EL SIGLO XXI. EN TORNO A LAS RESPONSABILIDADES

LUIS JAVIER CUENCA LÓPEZ

*Dr. en Ciencias Jurídicas por la Univ. de Granada
Máster Universitario en Seguridad Integral
en la Edificación y Arquitecto Técnico*

Fecha de recepción: 18 de octubre de 2014

Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2014

RESUMEN: *Se ha venido manteniendo que la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) ha supuesto la derogación tácita del artículo 1.591 del Código Civil, en virtud del cual, durante muchos años hasta 1999 –fecha en que se promulgó la LOE –, se creó un abultado cuerpo de doctrina jurisprudencial del que se infirió hasta una amplia teoría de la ruina de los edificios.*

La LOE, a pesar de su denominación, no ordena el sector de la edificación, ni siquiera pone un poco de orden en él, lo que sí hace es definir las responsabilidades en que incurren los que denomina agentes intervinientes en el proceso edificatorio y determina las garantías que deben constituirse para salvaguardar los derechos de los usuarios, compradores y arrendatarios de las viviendas, aunque solo para el supuesto de defectos o vicios de la construcción, no para otro tipo de daños que pudieran afectar a estos últimos. Por esta última circunstancia es por la que no se encuentra derogado el referido artículo 1.591 del CC que, en el caso de que los afectados pudieran pedir el resarcimiento de esos otros daños, habría de echarse mano de él.

Esta situación no es satisfactoria ni obedece al sentido común, dentro de un sector económico cada vez más inmerso dentro de las nuevas tecnologías de la construcción y de la prefabricación de elementos. Si el sector llegara a industrializarse integralmente, el sistema de responsabilidades que sería necesario aplicar es el que se aplica para los productos de otros sectores industriales, es decir, el fabricante es el único responsable ante terceros compradores o usuarios. En el caso de la edificación, el fabricante se corresponde con el que la LOE llama promotor profesional y a él es al que esos terceros compradores o usuarios deberían pedirle la asunción de las responsabilidades pertinentes sobre el producto edificatorio.

Si los vicios o defectos de la construcción se debieran a los fallos en la actuación profesional de cualquier otro agente interviniente, será el promotor profesional quien tenga el derecho a pedir la asunción de responsabilidades. De esa forma el comprador o usuario de una vivienda se vería liberado de recorrer el laberinto judicial que ahora tiene que recorrer para conseguir la salvaguarda de sus derechos. En definitiva, se trata de facilitar el camino a aquellos a quienes va dirigida la promoción de viviendas, dejando las complicaciones que se resuelvan dentro del propio sector industrial, como ocurre en otros como el de la automoción, por ejemplo.

ABSTRACT: *It's been lately said that the Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) – Building Standards Law– has lead to the tacit repeal of the Spanish Civil Code 1591 article, by virtue of which, a large case-law doctrine corpus was created during many years until 1999 – when LOE was enacted – of which a wide theory of the buildings in ruin was inferred.*

Despite its name, the BSL (LOE) does not arrange the construction industry, not even it put some order into it, what it does is to define the responsibilities in which the so-called agents who participate in the construction process incur, as well as it determines the guarantees that should be established in order to safeguard the rights of users, purchasers and home tenants, though just in case of defects or vices of construction, and not for other types of damages that could affect the latter. This last circumstance is the reason for the referred article (1591 of the Civil Code) to not be repealed, which, in the event that those affected could ask the compensation of those other damages, should be drawn on.

That situation is not satisfactory nor obeys the common sense, within an economic sector increasingly immersed in the new technologies of construction and pre-manufacture of elements. If the industry were to become integrally industrialized, the responsibilities system that should be applied is that one applied for the products of other industrial sectors, that is, the manufacturer is the sole responsible to third-party purchasers and users. In the case of the construction, the manufacturer corresponds to what LOE calls 'property developer', and that is to whom those third-party purchasers or users should ask for the acceptance of the relevant responsibilities on the building product.

If the construction vices or defects were due to the errors in the professional action of any other participant agent, the property developer will be the person who has the right to ask for the responsibilities acceptance. In that way, the dwelling purchasers or users would see themselves relieved of going over the legal maze that they now have to go over in order to get the safeguard of their rights. In short, the objective is to facilitate the way to those who the housing promotion is aimed at, leaving the complications to be solved within the own industrial sector, as it happens in others like, for instance, the car industry.

PALABRAS CLAVE: Industrialización, responsabilidades, vicios ocultos, defectos de construcción, agentes intervinientes, promotor.

KEY WORDS: Industrialization, responsibilities, hidden vices, construction defects, participant agents, property developer.

SUMARIO: 1. Antecedentes históricos.- 2. Responsabilidades por vicios de la construcción.- 3. El sistema de responsabilidades que proponemos.- 4. La creciente criminalización del derecho: las responsabilidades penales en el sector de la edificación.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Discurrir sobre las responsabilidades en que incurren los técnicos titulados a los que los promotores profesionales¹ de obras de edificación encargan la redacción de proyectos y la dirección facultativa de las obras, u otros agentes intervinientes en el proceso edificatorio, no es nada nuevo ni original. Existe una muy abundante literatura jurídica que ha tratado este asunto durante el último siglo y medio.

¹ Promotores profesionales definidos en el apartado 1 del artículo 9 de la LOE que señala literalmente: «Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título».

Es especialmente abundante la publicada antes de 1999 cuando se promulgó la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación² y enorme la publicada después de esa fecha, especialmente la que trata sobre la permanencia o derogación del artículo 1.591 del CC. También es muy abundante la doctrina jurisprudencial emanada de diversos Tribunales y, sobre todo, del Tribunal Supremo, a partir de cuya creativa³ interpretación, excediendo lo que le autoriza el apartado sexto del artículo primero del CC, hasta conformar un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial que ha dado muchísimo juego, durante demasiado tiempo.

El mencionado artículo 1.591 CC, en definitiva, viene a ser, en realidad, *mutatis mutandis*, la aplicación de una norma jurídica cuyos antecedentes remotos se elevan a las leyes 228, 229, 230, 231, 232 y 233 del Código de Hammurabi del año 1753 a.C., normas subjetivas que, sin el menor género de duda, influyeron en todos los derechos de la antigüedad clásica, entre otros en el Derecho Romano, siendo éste el que, por su finura y portentosa altura intelectual dentro de la Civilización clásica, depuró, perfeccionó y lo extendió por todos los pueblos del orbe conocido en aquel tiempo, hasta hacerlo llegar a nuestro Derecho Civil en vigor en la forma que la Comisión General de Codificación lo plasmó, en 1899, en el artículo 1.591, y que hoy día permanece utilizándose sin haberse derogado, según las progresivas interpretaciones dadas durante los últimos veinticinco siglos.

Es posible que los civilistas y los historiadores de Derecho se estén rasgando las togas al leer semejantes asertos, pero no me cabe la más mínima duda de que la legislación babilónica —como la Sumerio/Acadia—, tuvo que influir en todo el Derecho antiguo. Sabemos que la Ley del Talión se trasladó a la *Lex duodecim Tabularum* para algunos casos que no estuvieran legislados⁴ expresamente. En la misma *Tabulae VIII* se establece el principio de la culpa *Aquilianae* que sigue vigente en nuestro CC (artículo 1.902 CC) casi con el mismo texto⁵ con que se escribieron el año 451 a. C.

Con los antecedentes anteriores y otros muchos, se puede decir lo que vengo manteniendo sin que pueda, en ningún caso, reputarse solamente como una extravagancia mía. He sostenido que en España, en realidad, no puede imputarse a ningún hecho concreto el que constituya la recepción del Derecho romano, ya que éste ha estado vigente desde la romanización de Hispania, dos siglos antes de nuestra era, hasta hoy día, sin solución de continuidad, a través de toda la legislación histórica y, finalmente, como inspiración del CC, que permanece aún en vigor.

Pero no quiero convertir éste en un artículo histórico. Las pinceladas anteriores son suficientes para situarnos históricamente. De lo que ahora quiero ocuparme es del estudio de la complicadísima forma en que pueden exigirse responsabilidades civiles —y otras— por

² La LOE es una ley que no ordena el sector de la edificación, pero sí establece quienes son los agentes intervinientes en el proceso edificatorio, las responsabilidades que cada uno de ellos tiene que asumir y las garantías que hay que establecer para el caso de que haya problemas.

³ Cfr. L. J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación. Una aproximación histórica a sus responsabilidades*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013., S. L. y COAAT de Granada, pp. 270, donde se menciona un párrafo de J.A. SEIJÁS QUINTANA, quien señala que: "... la Jurisprudencia resolviera sobre la base de unos criterios que hicieron «servible» la única norma disponible —artículo 1.591 del CC—, con una voluntad y juicio más creativa que interpretativa de la Ley, más allá incluso de lo que al Tribunal Supremo autoriza el artículo 1º del Código Civil y de su ordinal sexto en particular, al establecer la doctrina legal como fuente simplemente complementaria del Ordenamiento Jurídico". El enfatizado («...») es mío.

⁴ Cfr. L. J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación...* cit. pp. 187: *Tabulae VIII*: "Si un miembro fuera arrancado y no se pactó sobre ello, se aplicará el Talión".

⁵ Cfr. L. J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores...* cit. pp. 188.

defectos o daños de la construcción. Desconozco el motivo por el cual las cosas más simples, en este país nos empeñamos en que resulten extremadamente complejas. Algo que en otros sectores industriales está relativamente bien resuelto, por tratarse de la construcción de viviendas, lo hemos tenido que complicar hasta extremos incomprensibles y, a veces, literalmente absurdos⁶.

En otros sectores económicos industriales, el fabricante es el responsable de la calidad del producto que fabrica, de sus defectos aparentes y de sus vicios ocultos, así como de los daños que dichos defectos pueden ocasionar al comprador o al usuario.

Usuarios, compradores o arrendatarios, si tienen alguna queja que presentar, reclaman al fabricante, incluso ante los Tribunales de Justicia, llegado el caso. En el sector de la construcción, los mismos problemas se complican ya que, antes de 1999 tenían que reclamar de acuerdo con las disposiciones del artículo 1.591 CC y su extensísima jurisprudencia, después de esa fecha, si se trata de reclamaciones por daños en la construcción, deberán atenerse a las determinaciones de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (desde ahora LOE), pero si, además, se quieren reclamar daños añadidos distintos de los de la construcción, como *lucrum cessans*, u otros, tendrán que seguir acudiendo a las determinaciones del repetido artículo 1.591 CC, sobre el que la Jurisprudencia elaboró una verdadera doctrina jurídica de la ruina, incluso con instituciones sumamente pintorescas —ruina funcional, ruina económica, ruina urbanística y otras—, que no tienen relación con la capacidad del inmueble para sostenerse erguido.

Los pleitos sobre estas materias se eternizan en los Juzgados españoles, aunque el Letrado que lleve el caso no sea dado a emplear las armas dilatorias que pone en sus manos la LPC, que alargan los procesos judiciales hasta el aburrimento. Si la construcción se industrializara, no podría sostenerse un sistema de responsabilidades como el hasta ahora empleado, porque no habría forma humana de que las muchas ventajas que ofrece la industrialización, pudieran consolidarse en beneficio de la sociedad.

2. LAS RESPONSABILIDADES POR VICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN

El motivo de por qué el comprador de una vivienda que tuviera algún defecto importante que impidiera usarla para el fin que se construyó, de forma parcial o total, si no puede arreglárselas personalmente con la empresa o promotor profesional que se la vendió y tiene que acudir a los Tribunales para conseguir ser resarcido del daño, tiene que atender al reparto de responsabilidades que, determinado en la LOE, le obliga a reclamarle a una serie de personas con las que él no ha tenido nunca la más mínima relación: los diferentes agentes intervinientes en el proceso edificatorio definidos por la LOE, según los casos, además del promotor profesional de la obra, vería totalmente frustradas sus expectativas.

El hecho de que aquel que se sienta dañado, por la compra de una vivienda defectuosa, deba reclamarle a unos desconocidos para él, en lugar de reclamarle solo y exclusivamente a aquel que la fabricó (en calidad de promotor profesional) y se la vendió, es para mí un arcano

⁶ Como cuando se le han imputado responsabilidades al Arquitecto Técnico por defectos en el proyecto de obra, sabiendo, como todos sabemos, que no este profesional no tiene competencias en esta materia y habiendo sido ampliamente debatido a lo largo del tiempo. Cfr. L. J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación...* cit. pp. 274 y ss. Y, más concretamente, STS 448/2005, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 10 de junio (RJ 2005,5836) en la pág. 278.

inescrutable y absurdo. En buena lógica, lo sensato e intuitivo sería que el comprador reclamara directamente a aquel que le vendió la vivienda y que éste respondiera de lo que, en su momento, había puesto en venta. Si el conflicto no se pudiera resolver de una forma amigable, tendría que interponer la consiguiente demanda contra el promotor profesional que le vendió el inmueble horizontal defectuoso ante los Tribunales de Justicia. Una vez solucionado el conflicto, si el promotor profesional de la obra se hubiese visto perjudicado, al haber sido declarado responsable y haberse visto obligado a resarcir al comprador de una vivienda por daños o defectos que pudrían ser imputables a alguno de los demás agentes intervinientes por él contratados, sería este promotor profesional quien tendría que reclamarle al agente o agentes supuestamente negligentes o incumplidores. Al comprador de una vivienda no tendría que preocuparle en absoluto la persona concreta que hubiese cometido el fallo o la negligencia. Es éste un asunto a resolver por el promotor profesional, que es quien contrató a la empresa, agente o agentes incumplidores o negligentes. Parece, que así explicado, es lo que dicta el sentido común más elemental.

Sin embargo, en España no ha sido así nunca, todo se ha producido siempre de manera mucho más complicada, lenta y difícil de dirimir. El repetido artículo 1.591 del CC y la actualmente en vigor LOE —cuyo contenido viene a ser la consagración legal de la Jurisprudencia creada a partir de la creativa interpretación del repetido artículo 1.591—, tienen su base en las prácticas tradicionales en el sector de la edificación, donde un promotor profesional, a título individual o constituido en empresa, encargaba⁷ un proyecto a un técnico a título individual o personal y, una vez redactado, encargaba a dos técnicos —el director de obra, que generalmente era el mismo proyectista, y el director de la ejecución material de la obra— la dirección facultativa de la misma y, una vez obtenidas las licencias y permisos municipales preceptivos, contrataba la ejecución material a un contratista, o contrata: generalmente una empresa constructora que se encargaría de la ejecución de la obra, bajo las órdenes del director de obra, la supervisión del director de su ejecución material y los términos mutuamente acordados en el correspondiente «*locatio conductio operarum*».

Ese es el esquema que se trasluce de la lectura de la LOE, que hace una escueta mención del caso de que los agentes técnicos pudieran actuar dentro de una Sociedad Profesional, o que el promotor fuese la Administración Pública —que haría que nos encontráramos en el ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público—, o que todos los agentes intervinientes fuesen personas jurídicas y otros casos singulares. Lo de que los técnicos titulados actuaran desde el seno de una Sociedad Profesional, en España no ha sido aún demasiado frecuente, quizás porque la Ley 2/2007 es demasiado reciente y parece redactada más pensando en sociedades profesionales jurídicas, que en cualquier otras. Pero cada día ese esquema va cambiando lentamente por la complejidad de la que se va rodeando el sector de la construcción, con la obligación de cumplimiento del CTE⁸, la intervención de técnicos cuyo servicio se presta desde el régimen previsto en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, las exigencias en materia de Seguridad y Salud Laboral, entre las que destaca la contratación (en los casos previstos en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 1627/1997) de los Coordinadores en esta materia, correspondientes, así como la creciente superabundancia de normativa a cumplir y los controles de calidad preceptivos, hacen que el esquema clásico, antes descrito brevemente, sea cada vez menos eficaz al no dejar demasiado tiempo para ejercer las funciones técnicas típicas, teniendo obligación de documentar amplia y cumplidamente todos y cada uno de los procesos constructivos y de control.

⁷ En este contexto, la palabra encargar es sinónimo de contratar.

⁸ CTE: Código Técnico de la Edificación.

En el caso de una industrialización integral de la construcción de viviendas, el esquema se parecería mucho más al de un fabricante de maquinaria pesada o vehículos automóviles, salvo en la localización del producto edificatorio y su fundación sobre un solar situado en un punto determinado y concreto del territorio, que al esquema clásico supra descrito, por consiguiente, las garantías para el comprador del producto edificatorio, siendo medianamente congruentes, tendrían que parecerse más a las que se aplican a los sectores industriales o a la automoción. En definitiva, en mi opinión, las responsabilidades derivadas de posibles defectos o vicios ocultos en la construcción deberían ser objetivas y residenciadas en el promotor profesional de la obra.

3. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES QUE PROPONEMOS

«Ὁ βίος βραχύς, ἡ δὲ τέχνη μακρὴ, ὁ δὲ καιρὸς ὀξύς, ἡ δὲ πείρα σφαλερή, ἡ δὲ κρίσις χαλεπή». Hipócrates, «Argorismos (I,1)». Séneca, en «De brevitae vitae (I,1)», transcribió el aforismo hipocrático de la siguiente forma: «Vita brevis, ars longa, occasio praeceps, experimentum periculosum, iudicium difficile».

Por estas frases transpuestas, lo ideal sería que intervinieran los civilistas, a los que, desde aquí y desde ahora, invito a abrir un debate jurídico, lo suficientemente profundo como para extraer las oportunas consecuencias y enriquecer la propuesta que ahora inicio. Este debate debería partir de la concordancia con algunas premisas, como que el sector de la edificación debe modernizarse necesariamente, aunque siempre nos mantengamos conscientes del peso de toda su historia y sus tradiciones por exigencias funcionales y sociales. Deberíamos entender al sector de la edificación industrializada como si de una gran orquesta sinfónica se tratara, en la que tienen que intervenir coordinadamente un elevado número de músicos distintos y ser dirigidos por un agente del que se ha olvidado la LOE, el Project Manager que, sin embargo, viene actuando de manera habitual en la mayoría de los países de nuestro entorno occidental, haciendo que cada uno de los músicos intervenga, con su instrumento bien afinado, en un momento muy preciso, realizando su trabajo tal como está planificado en la correspondiente partitura, sin salirse del proyecto ni un milímetro y de acuerdo con las instrucciones recibidas de los directores de la obra y del director del conjunto de la promoción, a fin de que el complejo producto edificatorio resulte total y absolutamente armonioso.

Se trata de un debate cultural entre el ideario conservador del sector de la edificación tradicional, que prefiere mantener la ejecución artesanal de los trabajos, y un ideario más progresista, el de los que entendemos que hoy se necesita socialmente un sector edificatorio-industrializado, que, de forma armoniosa y predecible, garantice una alta calidad del producto edificatorio, manufacturado, en unas condiciones de seguridad e higiene acordes con las exigencias sociales de la segunda década del siglo XXI y que mantenga controlados unos precios cuya relación con el nivel de vida de la sociedad española sea la mejor y más adecuada para hacerlo sostenible.

En cualquier caso, las normas jurídicas que rigen las relaciones entre los miembros que interactúan en el sector deben modernizarse y cargarse de sentido común para permitir una seguridad integral que nos lleve hacia la excelencia. Esta seguridad integral la entendemos como aquella suerte de múltiples relaciones que sean absolutamente previsibles, desde un punto de vista jurídico y que permitan a los que podríamos denominar consumidores y usuarios a que sus controversias puedan resolverse de un modo rápido y satisfactorio para todas las partes y lo más justo y eficaz posible.

De cara a una construcción absolutamente industrializada, en la que lo único que se construya de forma artesanal⁹ sea la cimentación de los edificios en cada solar singularmente determinado, sin duda, se necesita una modificación de la LOE que establezca la responsabilidad positiva del promotor/vendedor de la obra ejecutada de cara al comprador o usuario del inmueble horizontal y, al mismo tiempo, el sistema de responsabilidades en que pueden incurrir el resto de los agentes intervinientes en el proceso edificatorio que, generalmente, tendrán una relación contractual directa con el promotor profesional del edificio ejecutado o en vías de ejecución.

No quiere decir esto que, para determinados casos –edificios realmente singulares, públicos o privados–, en los que los destinatarios quieran y puedan pagarlo, se utilice un diseño específico para ellos y un sistema de construcción totalmente artesanal. En el sector de la automoción existen vehículos de lujo, como el Rolls Royce, por ejemplo, en que sus futuros poseedores eligen para su fabricación casi todo lo que los constituirá. También en el sector de la moda hay distinciones entre el prêt a porter y la alta costura, y es elegida una u otra, según la capacidad económica de sus consumidores y usuarios.

Sin embargo para la inmensa mayoría de los destinatarios, los procesos creativos y de ejecución de las obras deben ser abordados en forma parecida a como se realiza la producción en serie con la utilización del sistema de cadena de montaje, que garantiza una alta calidad, una ejecución liberada de la mayoría de los riesgos laborales, llevada a cabo por especialistas bien formados, y con un precio relativamente asequible para la mayoría de sus destinatarios finales. Los diferentes productos, servicios, tecnología o procesos constructivos que se describan en los contratos entre el promotor profesional de obra industrializada y sus futuros compradores o usuarios deberán estar sujetos a los derechos de propiedad intelectual y nadie debe creerse autorizado de antemano para utilizarlos sin los correspondientes permisos y licencias oportunos.

Dentro de este esquema productivo, lo que en otros sectores se denomina postventa o atención al cliente, debe ser también en este sector mucho más fácil de abordar, sin dejar al criterio de los diferentes operadores jurídicos, más o menos acertados, la solución de los conflictos que puedan presentarse, una vez puesta en el uso previsto la obra ejecutada. Aunque, como dice nuestro Refranero «Pleitos tengas y los ganes»¹⁰.

Este nuevo sistema de responsabilidades objetivas en la construcción de edificios se diferencia del determinado en la Leyes españolas derivadas de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, en que no contendría una disposición que elimine de su ámbito de aplicación los daños o defectos que se hayan podido descubrir en el propio edificio o producto edificatorio, al contrario de lo determinado en el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, o en el apartado b) del artículo 9 de la mencionada Directiva 85/374/CEE, que excluye los daños del propio producto.

⁹ Ello si no es posible desarrollar un sistema de construcción de cimentaciones también industrializadas.

¹⁰ El Instituto Cervantes recoge este refrán español y lo define del modo siguiente: **Significado:** *Se refiere a las cuantiosas pérdidas que puede acarrear un pleito tanto si se gana como si no, pues, aunque resulte favorable la sentencia, lo habitual es que no se quede en uno solo, con el consiguiente gasto, que en ocasiones acarrea la ruina. (En desuso).* Además propone dos refranes sinónimos: 1) «Justicia, mas no por mi casa». 2) «El vencido, vencido, y el vencedor, perdido».

Aunque, hay autores que consideran que, “en muchas ocasiones, la construcción de un inmueble es, esencialmente, la incorporación progresiva de bienes muebles”¹¹ sobre el inmueble que, en este caso sería el solar de fundación del mismo y, posiblemente, su cimentación, en cuyo caso, los defectos de obra sí estarían incursos en el ámbito de aplicación de la Directiva aludida y en el de la Ley cuyo texto refundido hemos referenciado.

Ya que el artículo 6 del TRLGDC define el concepto de producto a los efectos de esa norma como «todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del CC», podemos considerar productos naturales a los áridos, yesos, etc., ya que son producciones naturales de la tierra y productos industriales los que están producidos por los predios de cualquier especie a beneficio del trabajo, todo ello conforme al artículo 355 CC. De esta manera cada uno de los elementos que constituyen una obra, aunque se trate de una construcción tradicional ejecutada artesanalmente, podrían considerarse productos a efectos de la aplicación del TRLGDC. El problema que se presentaría es que al ser un número ingente de productos distintos los que intervienen hoy día en la obra, y al poder resultar casi imposible determinar en todos los casos cual es el producto defectuoso cuya presencia determinó la producción de un daño concreto, en el caso de una construcción tradicional, sería muy difícil, por no decir imposible, señalar inequívocamente el producto y, especialmente, la relación causal que vincula el defecto del producto y el daño causado.

El supuesto de la construcción industrializada de viviendas del que aquí estoy escribiendo, salvo los daños producidos por defectos de construcción de la cimentación del edificio que podemos considerar el inmueble al que están fijados el resto de los productos, toda vez que hasta la estructura portante podría ser una estructura prefabricada, para montar en el lugar de la obra, la edificación podría ser entendida, desde el punto de vista jurídico, como una pluralidad de productos potencialmente defectuosos a los que le es aplicable la Directiva supra señalada. Es decir que de los daños que pudiera producir el defecto de uno de los productos que forma parte del edificio, se derivaría una responsabilidad objetiva del fabricante o importador¹² de cada producto defectuoso y, de no conocerse quiénes éste, le correspondería asumir dicha responsabilidad objetiva al proveedor o distribuidor¹³ local que hubiese vendido el producto al adquirente de la obra, salvo que, dentro del plazo de tres meses, indicara al perjudicado la identidad del productor o la de quien le hubiera suministrado el producto. El perjudicado que pretenda la reparación de los daños causados, tendría que probar que existe el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos. Es decir, entendido tal como se ha relatado, un edificio industrializado, o más precisamente, cada uno de los sistemas, subsistemas y elementos que constituyen el edificio industrializado, entrarían dentro del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley señalada.

No obstante ello, lo que realmente proponemos, porque nos parece más ajustado, es que se modifique la LOE y que se redacte de nuevo con el espíritu del Texto Refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, lo que quiere decir que apelamos a que de los daños o defectos del edificio se deriven responsabilidades objetivas para el productor o fabricante (promotor profesional), importador, en su caso, o proveedor o distribuidor, si lo hubiere, ante el usuario o comprador.

¹¹ P. GARCÍA RUBIO, “La adaptación en España de la Directiva sobre Responsabilidad por Daños causados por los Productos Defectuosos. La Ley 22/1994, de 6 de julio”, *Dereito*, Vol. 5, 1: 211-230, 1996. Nota al pie nº 12, pág. 215.

¹² Apartado 1 del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

¹³ Apartado 2 del artículo 138 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

El régimen de responsabilidades de los demás agentes intervinientes en el proceso edificatorio debería determinar que éstos responderán en aquello que dependa de su ámbito de actuación profesional, ante el promotor profesional que fue el que contrató a cada uno de ellos, y que dichas responsabilidades sean, en todos los casos, rigurosamente proporcionales a sus competencias profesionales, por lo que asumirá más responsabilidades quien más competencias tenga en la obra. Particularmente a mí esta postura me suena muy sensata y lo que pienso es que nunca debió apartarse de este planteamiento, al menos en los tiempos modernos. Nos habríamos podido ahorrar muchas controversias, muchos pleitos y mucho tiempo perdido y recursos gastados para, absurdamente, tener que defender las distintas interpretaciones de los Tribunales de Justicia que han desplegado, a lo largo del tiempo, una capacidad creativa desconcertante.

Lo más importante es que, ni en el caso de que consideremos una obra edificada como un conjunto de bienes muebles ligados a un inmueble, realizamos ningún artificio jurídico, ni forzamos la Ley. Simplemente nos apartaríamos de la forma tradicional de entender toda la obra como un inmueble, lo cual, de acuerdo con el nivel tecnológico que hoy día se emplea en las obras de edificación, no sería ningún disparate. Stricto sensu mantener la interpretación jurídica tradicional proveniente del *locatio conductio operarum*, no deja de ser un anacronismo conceptual inquietante. La Justicia también debe actualizarse de forma razonable a la mayor brevedad posible para evitarnos, cuanto antes, costosos e inútiles litigios.

4. LA CRECIENTE CRIMINALIZACIÓN DEL DERECHO: LAS RESPONSABILIDADES PENALES EN EL SECTOR DE LA EDIFICACIÓN

Soy consciente de la tendencia actual en los países occidentales –no solo España– de que estamos padeciendo un proceso de paulatino aumento de la criminalización de determinadas conductas que, hasta hace relativamente poco tiempo, no estaban incluidas en el CP. La reforma de nuestro CP de 2010, en su exposición de motivos justifica la inclusión de nuevos tipos penales con el fin de que converjamos con la UE, pero como señala COBO DEL ROSAL¹⁴, refiriéndose a la inclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal de 2010¹⁵ que, en su opinión, es “una especie de pegote sobre la responsabilidad de las personas jurídicas” y que, a pesar de ello, “esto no significa que dichas personas, por el simple hecho de incorporarlas al Código Penal, cometan delitos” porque no han sido incluidas en los artículos 28 y 29 CP, ni como autores de los delitos, ni como cómplices respectivamente y, por consiguiente, no pueden ser responsables, tal como determina el artículo 27 del mismo cuerpo legal, a pesar de lo que se establezca en el artículo 31 bis del mismo. No entraremos a discutir ahora la inclusión de la responsabilidad penal de las perso-

¹⁴ M. COBO DEL ROSAL, Cuatro artículos consecutivos con el título genérico de “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes (I)”, 16 de octubre de 2013; “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes (II)”, 21 de octubre de 2013; “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes (III)”, 28 de octubre de 2013; “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes (IV)”, 31 de octubre de 2013; “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Las sociedades no pueden delinquir”; 18-08-2012. Los cuatro primeros publicados en el BLOG del autor y el último en Redacción – *diariojuridico.com* – Derecho y Noticias Jurídicas. <http://www.diariojuridico.com>.

¹⁵ Reforma aprobada mediante la puesta en vigor el 23 de diciembre de 2010 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y, en concreto, refiriéndose a su artículo 31 bis que ha supuesto la derogación del art. 31.22 y del art. 369.3, aunque no ha afectado al art. 262.2 CP.

nas jurídicas por no ser este un objetivo de este artículo, solo diremos que presenta una gran complejidad en el Derecho penal y, prueba de ello, nos la da la extensa Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, con sus luces y sus sombras. En España, el motivo de algunos de estos casos de criminalización de conductas anteriormente no penales provienen de la complicidad que algunos políticos tienen con personas inculpadas endelitos económicos, cuando no están directamente implicados ellos. Como medio de defensa, esos políticos clamaron hasta desgarrarse las vestiduras con el fin de que dichas conductas fueran tipificadas como delito en el CP, siendo, curiosamente, algunos de ellos los que ven como algo normal que el quitarle la vida a una persona no cueste ni siquiera un año al declarado culpable de asesinato, como desgraciadamente estamos viendo.

Esta situación demuestra el poquísimo respeto que muchos políticos tienen del pueblo español y hacia la vida de las personas que, según el apartado 2 del artículo 1º de nuestra Constitución de 1978, es donde reside la soberanía de la nación española y, por consiguiente, si tienen más o menos poder, al pueblo español se lo deben, además de al cacique de su partido que les permitió estar incluido en la lista electoral y que le hizo salir elegido, es decir, ese poder no le viene de Dios, sino de sus paisanos.

Sírvanos esto de introducción para denunciar aquí el aumento de la criminalización que paulatinamente están sufriendo conductas que ahora se tipifican sin demasiado rigor, u otras con muchos problemas para una tener justa interpretación, por el simple hecho de que su inclusión en el CP provoca que, ante la opinión pública, parezca que sus impulsores tiene la firme voluntad de acabar con los problemas provocados por ellos mismos y que habían producido cierta alarma social.

El motivo de preocupación que nos mueve y venimos describiendo es el de las consecuencias de las responsabilidades que contraemos algunos agentes intervinientes en el proceso edificatorio y, por consiguiente, la preocupación es mayor cuando de responsabilidades penales se trata.

Incluso sin haber estado nunca incurso en ningún proceso incoado por responsabilidades en obra alguna, cuya ejecución material dirigí cuando ejercía la profesión liberal, desde el mismo momento de mi colegiación en Granada en 1974, tuve presente el cúmulo de responsabilidades que recaerían sobre mí, si tuviera la desgracia de que, llegado el caso, fuera denunciado por daños en alguna obra en las que después intervine, o si se produjera algún accidente laboral, con daños al trabajador siniestrado. Durante toda mi vida profesional he trabajado para poder influir, de algún modo, sobre este asunto, para mí muy grave, que en el mejor de los casos, me ha traído el encarecimiento, hasta extremos extravagantes, de las Pólizas de Seguro de Responsabilidad Civil que tuve que suscribir y mantener durante muchos años después de haber acabado las obras. Pero las responsabilidades de naturaleza penal no se pueden asegurar.

En un país como el nuestro, del que, siendo sinceros, tenemos que darnos cuenta que es bastante pobre, la alegría económica de los últimos años del siglo pasado y los primeros siete años del siglo XXI, era una alegría artificialmente inculcada, que estoy seguro que nos hizo aparecer ante nuestros socios europeos y aliados americanos ridículos, como unos «nuevos ricos». Por ese motivo, tenemos que solucionar, de una vez por todas, con sentido común y la medida propia de seres inteligentes, este tipo de problemas y que cada uno asumamos las responsabilidades que, como profesionales liberales, corresponden al nivel de competencias que nos reconocen las Leyes y la gravedad de las consecuencias que nuestras acciones provocan sobre la sociedad para la que trabajamos.

No soy especialista en Derecho Penal, pero he tenido la oportunidad de estudiar particularmente los problemas que genera la inclusión en el CP del artículo 31 bis tras la reforma de

2010 y, verdaderamente, me preocupa por cuanto en el sector de la edificación, no solo podemos intervenir como profesionales liberales puros, sino que, cada vez con más frecuencia, iremos interviniendo como miembros de Sociedades Profesionales, es decir, como miembros pertenecientes a personas jurídicas a las que se le puede aplicar el artículo 31 bis del CP. Por otro lado, se han endurecido las penas por los llamados delitos contra la seguridad de los trabajadores, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, delitos contra el patrimonio histórico y los delitos contra el medio ambiente que, sin ser exclusivos para los técnicos titulados en el sector de la edificación, son algunos con los que los técnicos titulados tenemos que tener sumo cuidado, ya que, en muchas ocasiones, por descuidos aparentemente insignificantes, nos pueden amargar la existencia. Estamos de acuerdo con COBO DEL ROSAL cuando, en el mismo artículo supra señalado, en otro párrafo dice: “Hay que tener en cuenta que, para que se genere y nazca alguna responsabilidad criminal, previa e inexcusablemente, se debe cometer por el presunto responsable penal, un delito, es decir, un hecho punible, [tipificado y] castigado por una Ley Orgánica de naturaleza penal”. Aunque parezca una afirmación de Perogrullo¹⁶, los técnicos titulados intervinientes en este sector económico hemos podido comprobar, en algunas ocasiones —como señalamos en este mismo artículo, en apartados anteriores, distintas Sentencias de diversos Tribunales de Justicia, incluso el Tribunal Supremo, que así lo confirman—, que no siempre los Tribunales han acertado al sentenciar, y siendo cierto el principio iuranovit curia, no deja de ser también cierto que imperitiaculpaeadnumeratur, si no conocían en profundidad el sector de la edificación y la normativa preventiva, debían haberse asesorado adecuadamente, ya que, quizás buscando la máxima ejemplaridad del caso, o simplemente buscando poder satisfacer ampliamente a los que ellos creen los más perjudicados con una indemnización más o menos importante, con falta de equidad nos han perjudicado a los técnicos titulados profundamente, mucho más allá de lo que afecta a cada caso.

Con lo anterior no quiero decir que no haya casos en que los técnicos inculcados no mereciéramos el resultado de una sentencia contraria, evidentemente los facultativos no somos santos, somos humanos y, en muchas ocasiones, nos equivocamos.

Centrándonos en el tipo de delitos supra señalados, intentaremos, dejar unas pinceladas, ya que el asunto requeriría un espacio del que no disponemos ahora, sobre los problemas que, con respecto a estos delitos podemos apreciar, fruto de la paulatina criminalización de ciertos ilícitos penales, más o menos novedosos, que se están produciendo y que en algunos casos, no son más que el fruto de la incapacidad que las Administraciones Públicas hacen ostensible penosamente, y cada vez con más frecuencia, para lograr los fines para los que existen, utilizando su propia rama del Derecho, esto es, el Derecho administrativo y, dentro de él, el sancionador.

Con respecto a los delitos contra la seguridad de los trabajadores que, aunque con una siniestralidad moderada ahora por la crisis económica, presenta unos índices absolutamente inaceptables en un país como España, reconocemos que es necesario actuar de un modo que consiga eliminar los resultados catastróficos que produce el elevado número de accidentes laborales, en el que el porcentaje de trabajadores fallecidos, es radicalmente inaceptable¹⁷.

No es nueva la inclusión en el CP de delitos de este tipo, existe desde hace muchos años:

- a) Ya en 1905 encontramos que en las Ordenanzas Municipales de Granada, redactadas por Fermín Camacho, se incluían una serie de ordenanzas en las que, como si

¹⁶ Se refiere a una cosa tan sabida o a una verdad tan evidente que es tonto decirla.

¹⁷ Cfr. datos sobre siniestralidad en España en el portal del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en la dirección <http://www.insht.es>.

de un código preventivo se tratara, se recogían una serie de medidas a aplicar en las distintas partidas de las obras de construcción de esta ciudad andaluza.

- b) En el CP de 1928 se tipificaban este tipo de conductas y en su artículo 578 se castigaba a «los que dieran lugar por su imprevisión, imprudencia o impericia a un peligro para la salud o la vida de los empleados en minas, trabajos subterráneos o en cualquier género de industrias peligrosas».
- c) El Código Penal de 1973 –Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Texto Refundido de Código Penal, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre— tipificaba estas conductas en el Título dedicado a los *delitos contra la libertad y la seguridad*, en un capítulo cuya rúbrica era: «*Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*».

Su artículo 348 bis, introducido por la Ley Orgánica 8/1983, castigaba a «los que estando legalmente obligados, no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física».

En esa época, no podemos hablar con propiedad de prevención. La seguridad e higiene que se empleaba se podría calificar de paliativa, no de preventiva. A los constructores se les exigía el cumplimiento de la OGSHT¹⁸.

Con independencia de lo anterior, la tendencia a la creación de nuevos ilícitos penales que antes denunciaba, llevó al legislador español a la inclusión en el pomposamente llamado Código Penal de la Democracia, también conocido como Código Belloch, por el ministro que impulsó esta amplia reforma, los artículos 316, 317 y 318 para resolver problemas que, en mi opinión, se podrían haber resuelto perfectamente mediante el Derecho Administrativo sancionador o, podían haberse refundido en uno solo artículo ya que se trata del mismo delito de peligro, en sus versiones, doloso, negligente o imprudente y societario o atribuible a personas jurídicas, y éstos tres artículos también constatan el abuso de la utilización de las leyes penales en blanco para especificar un delito de peligro —no de hecho—, en sus tres modalidades. Estas normas jurídicas, de acuerdo con la doctrina y la Jurisprudencia, tienen una dudosa legitimidad ya que se remiten a la llamada, con imprecisión rayana en el surrealista y profuso conglomerado de normas de variada jerarquía legal —desde Leyes, propiamente dichas, hasta recomendaciones ministeriales— conocido como normativa preventiva o de prevención de riesgos laborales, que ha dado lugar a que algunos autores consideren que su falta de taxatividad¹⁹ provoque que los tres artículos del CP señalados rocen la inconstitucionalidad, si no son expresamente inconstitucionales, ya que la evanescencia de las normas preventivas, redactadas de acuerdo con lo que la UE denominó nuevo enfoque —que viene a ser una dejación de una serie de obligaciones de las Administraciones Públicas para traspasarlas a los obligados legalmente a cumplirlas de acuerdo con su criterio técnico particular, lo cual ayuda a evitar definir y concretar las medidas preventivas en cada caso, dejando que el redactor del Estudio de Seguridad y Salud o Estudio Básico de Seguridad y Salud y los Planes de Seguridad y Salud señalados en los artículos del 3 al 8 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción, las concrete en su estudio o plan— y, en ese caso, se habrían in-

¹⁸ OGSHT: Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

¹⁹ F. GARCÍA FIGUEROA, “Problemas de constitucionalidad del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el sector de la construcción. Análisis a la luz de los derechos fundamentales de ciertas disposiciones reglamentarias que completan los artículos 316 y 317 del Código Penal en dicho sector”, *Diario LA LEY*, número 7454. Martes, 27 de julio de 2010, pp. 1 – 8.

cumplido los límites impuestos en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional para la utilización de la técnica de leyes penales en blanco por vulnerar el principio de legalidad penal, reconociendo su legitimidad siempre que se respeten una serie de exigencias respecto a la doctrina del complemento indispensable²⁰.

Al respecto resulta muy interesante leer a GARCÍA SÁNCHEZ²¹ que cita las Sentencias del Tribunal Constitucional, donde se sienta la doctrina sobre la constitucionalidad de las normas penales en blanco, que datan de finales de los años ochenta y principios de la de los noventa del siglo anterior y ha sido reiterada hasta la actualidad. Se trata de las Sentencias STC 122/1987 y la STC 127/1990 en ellas el TC reserva el empleo de normas penales en blanco a aquellos casos en los que el reenvío normativo está justificado por razón del bien jurídico salvaguardado y siempre y cuando este reenvío sea expreso, que la propia Ley señale la pena, que contenga el núcleo esencial de la prohibición y que sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley Penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de la garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada²². Pero la realidad de los artículos 316, 317 y 318 CC es que no remiten a una Ley precisa y concreta, sino a eso que se ha dado en llamar la legislación sobre prevención de riesgos laborales que, como tenemos dicho, es muy profusa y jerárquicamente dispar, hasta el punto de que las normas concretas, por imperativo reglamentario, se desarrollan en los Estudios de Seguridad y Salud Laboral o en los propios Planes de Seguridad y Salud Laboral, los primeros redactados por técnicos facultativos designados por el Promotor que forman parte de la dirección facultativa de la obra, y los segundos, por la empresa constructora adjudicataria de los trabajos de ejecución de la obra.

Entre tanto, aunque se trate de normas muy específicas para obras de edificación, como puede ser el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, las normas preventivas en él contenidas se limitan a señalar, para cada caso, medidas tan vagas como la de «poner los medios precisos» para evitar uno u otro peligro. Esta situación provoca que los únicos documentos que señalan, con cierta precisión, las medidas a adoptar sean los Estudios de Seguridad o Planes de Seguridad, supra señalados, cuya máxima jerarquía legal la obtienen del hecho de tratarse de documentos técnicos del proyecto de obra de aplicación obligatoria para todos los agentes intervinientes y para los trabajadores. En mi opinión, con este planteamiento no se cumple la reserva de Ley necesaria en las Leyes penales en blanco.

Algunos penalistas han hecho constar que lo más difícil de delimitar en la doctrina del TC señalada es que la Ley penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la función de garantía del tipo²³. El TC en Sentencias posteriores ha tratado de precisar el exacto significado y la forma en que se cumplen dichos requisitos, señalando que no cabe que una disposición extrapenal amplíe el tipo incluyendo supuestos adicionales no contenidos en el precepto penal o conductas que hasta su aprobación no fueran punibles²⁴.

²⁰ Vid. STS 127/1990 y STS 62/1994.

²¹ B. GARCÍA SÁNCHEZ, "Unidad Normativa y Derecho sustantivo. Normas Penales en Blanco: ¿Son compatibles con los principios de igualdad y legalidad?", en VV. AA., *Autonomías y Unidad del Ordenamiento Jurídico. La cuadratura del círculo*. González Hernández, E. (Directora), Rodríguez Rubio, M. C. y Roperro Carrasco, J. (Coordinadoras), Edit. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 169 y ss.

²² Esta doctrina ha sido seguida por las SSTC 118/1992, de 16 de septiembre, 111/1993, de 25 de marzo y 53/1994, de 24 de febrero.

²³ Vi. A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Edit. Tirano lo Blanch, Valencia, 1999, Pág. 161.

²⁴ Cfr. STC 119/1992, en la que se trata la modificación del CP por la vía de la Ley 39/1981, reguladora del uso de la bandera nacional, reforma por remisión.

En este sentido, cabe plantearse la pregunta de ¿Cuál es el núcleo esencial de una conducta típica que, según el TC debe estar descrito en la norma penal? DOVAL PAIS señala que pocos son los autores que han delimitado lo que debe de entenderse por el núcleo esencial del ilícito penal²⁵. Hay que destacar el desarrollo realizado por GARCÍA ARÁN²⁶ quien concluye que no se puede distinguir entre elementos esenciales y accidentales, ya que todos ellos son necesarios para delimitar lo prohibido, es decir, para respetar la reserva de Ley penal y por ello resulta artificioso distinguir entre elementos esenciales y accidentales.

Una Sentencia más reciente, la STC 34/2005, de 17 de febrero, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por Órganos Judiciales, sobre la Ley 45/1885, de 23 de diciembre, de Impuestos Especiales, a efectos de la Ley Orgánica, 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, el TC la desestima porque considera que la remisión en blanco de la Ley penal a otra Ley cumple los requisitos exigidos por la doctrina propia. La Ley 45/1985 no es orgánica y procede, según los Órganos Judiciales recurrentes, a tipificar un delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad. El TC argumenta que la Constitución Española exige que los elementos esenciales del tipo y de la pena se establezcan por Ley Orgánica. El TC señala que estamos ante un supuesto de normas penales en blanco que se remiten a normas extrapenales y añade que «la reserva de Ley que opera en materia penal no impide la existencia de posibles normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentra exhaustivamente prevista en ellas y que remiten para su integración a otras normas distintas que pueden tener incluso carácter reglamentario (como se apuntó en la STC 24/2004, de 24 de febrero). Lo que resulta exigible es la concurrencia de los tres siguientes requisitos: 1º) que el reenvío normativo sea expreso; 2º) que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; y finalmente, 3º) que la Ley, además de señalar la pena, dé certeza, es decir, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite.

En los trabajos realizados por juristas sobre este asunto, se observa un problema importante que, por suerte puedo superar por tener una formación técnica previa a la formación jurídica y conocer las obras de edificación de primera mano ya que estuve muchos años ejerciendo la profesión de Arquitecto Técnico en ejercicio liberal, dirigiendo la ejecución material de muchas obras y, en consecuencia, aprecio detalles en las explicaciones jurídicas que a los juristas puros pueden escapársele:

ARMENTEROS LEÓN²⁷, tratando de explicar la constitucionalidad del artículo 316 CP, señala que su primer requisito sería que se infrinjan las normas de prevención de riesgos laborales y, señala que «la norma fundamental en la materia es, sin duda, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales». Después acepta que, a pesar de ser la norma anterior la fundamental, «habrá que tener en cuenta también, lógicamente, el resto de la normativa legal, reglamentaria o de carácter internacional que sea vinculante...».

Desde el punto de vista de un jurista resulta una reflexión impecable, pero los que conocemos el sector de la edificación a fondo, sabemos que este planteamiento es válido para

²⁵ Cfr. A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites...cit.*, pág.166.

²⁶ Cfr. M. GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993, pp. 88-89. De la misma opinión, A. DOVAL PAIS., *Posibilidades y límites...cit.*, pág.167. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Valencia, 2010, pp. 112-115.

²⁷ M. ARMENTEROS LEÓN, “Algunas consideraciones sobre la delimitación subjetiva de la responsabilidad penal en materia de riesgos laborales”, *Artículos Doctrinales. Derecho Penal. Noticias Jurídicas*, Septiembre de 2006, pp. 3 a 24.

<http://www.noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal>.

cualquier industria en la que existe una sede, con un número de riesgos evaluable, un número de personas determinado en todo momento, que cada trabajador tiene asignado un trabajo concreto de forma estable, etc...

En el sector de la edificación también se dan estas circunstancias, pero solo para la sede de la empresa constructora que haya resultado adjudicataria que, seguramente, tendrá una sede concreta con unos riesgos laborales evaluables más o menos inmutables por el paso del tiempo, un número de empleados fijo y estable, etc...; pero, además, la constructora es la encargada de ejecutar la obra adjudicada, en un lugar distinto al de la sede de su empresa, con trabajadores distintos de los de su plantilla habitual y con un enorme número de riesgos que, durante el plazo de ejecución de obra son permanentemente cambiantes y para los que no rige el Plan de Seguridad y Salud que, mediante Servicios Preventivos propios o ajenos, tiene redactado y en permanente revisión para evitar los riesgos laborales de sus trabajadores, sino que, en la obra que debe ejecutar, deberá estar a las determinaciones del Plan de Seguridad y Salud de esa obra que habrá sido redactado por técnicos de su empresa basándose en el Estudio de Seguridad y Salud o Estudio Básico de Seguridad y Salud, elaborado por otros Técnicos especialistas a los que el promotor de obra haya encargado este trabajo y que, en los casos previstos en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1627/1997. Estos tres son los documentos que contienen las medidas de seguridad y salud que deberán disponerse en la obra que se vaya a ejecutar o que se esté ejecutando.

Por ello es por lo que mantengo que, desde el punto de vista de un jurista puro, lo habitual es que se trate de comprobar si se han dispuesto las medidas que señalan la Ley de PRL (Ley marco de la PRL en España) y en los innumerables decretos que la desarrollan y en dichos textos legales no encontrará otra cosa que principios y la expresión de buenas intenciones, pero ninguna medida concreta que pueda comprobarse si se ha dispuesto o no en la obra. Cuando estaba en vigor la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, podían aplicarse directamente algunas de las medidas que esta Ordenanza prescribía para casos concretos. Ahora no, en los textos legales que conforman eso que llamamos normativa de prevención de riesgos laborales, lo que sus textos expresan son principios y normas preventivas abstractas y su concreción deberá hacerla el técnico que redacte el Estudio o Estudio Básico de Seguridad y Salud Laboral, según su criterio técnico y la interpretación que pueda hacer de las exigencias de los textos legales.

Por eso se puede dar el caso de que en dos obras muy parecidas en las que hayan redactado el Estudio o Estudio Básico de Seguridad y Salud Laboral dos técnicos distintos, cada uno según sus propios criterios, las medidas adoptadas no tienen por qué ser las mismas, en muchos casos ni se parecen las de una obra a las de otra, pudiendo en ambos casos ser unas medidas efectivas.

Pero si, por cualquier caso, algún trabajador o recurso preventivo, u otro técnico con criterios distintos, quisiera denunciar a la empresa constructora, o a la dirección facultativa, o a algún otro responsable que tuviera obligación de proveer a la obra de los medios preventivos, puede darse el caso de que en los Tribunales de Justicia se estimara que los medios previstos en una obra no eran los adecuados, porque conocían de antemano los dispuestos en otra obra muy parecida. ¿Quién disuadiría a los Jueces y Magistrados o al Ministerio Fiscal de que los medios dispuestos en una obra son muy efectivos y los dispuestos en otra, aunque sean distintos, también pueden ser efectivos. No nos sirve que el Juez designara a otro técnico como Perito Judicial para dirimir el conflicto, porque, al fin y al cabo, se trataría de otro técnico que, con sus criterios propios, podría opinar algo distinto a lo que habían dispuesto cada uno de los Técnicos que habían redactado los Estudios o Estudios Básicos de Seguridad y Salud de cada una de las obras del ejemplo.

La falta de concreción de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la de sus Reglamentos es precisamente lo que ocurre con las normas preventivas a las que la Ley penal se remite. En todo caso la precisión sería probable hallarla en los Estudios de Seguridad y Salud o Estudios Básicos de Seguridad y Salud redactados por los técnicos que formando parte de la Dirección Facultativa, estén habilitados para ello y hayan recibido el encargo del promotor para la redacción de estos documentos, pero, en ese caso, se habría roto con esto el principio de reserva de Ley. Por todo esto estimo que los tres artículos del Código Penal que trato aquí, son inconstitucionales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- M. COBO DEL ROSAL, “Una reforma totalmente equivocada del Código Penal español, como es la relativa a sociedades delinquentes non potest (I), (II), (III) y (IV)”. También “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas: las sociedades no pueden delinquir”. Blog del autor, publicado en diariojuridico.com de fechas: 16/10/2013; 21/10/2013; 28/10/2013; 31/10/2013; y 18/08/2013, respectivamente. En Derecho y Noticias Jurídicas: <http://www.diariojuridico.com>.
- L.J. CUENCA LÓPEZ, *Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación, una aproximación histórica a sus responsabilidades*, Edit. Dykinson, Madrid, 2013.
- L.J. CUENCA LÓPEZ, “Construcción industrializada de edificios en el siglo XXI. La integración de la Seguridad y Salud en el Trabajo en el Proyecto”, *Revista R.E.D.S.*, 2013.
- A. DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Edit. Tirano lo Blanch, Valencia, 1999.
- F. GARCÍA FIGUEROA, “Problemas de constitucionalidad del delito contra el derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el sector de la construcción. Análisis a la luz de los derechos fundamentales de ciertas disposiciones reglamentarias que completan los artículos 316 y 317 del Código Penal en dicho sector”, *Diario La Ley*, número 7454, martes, 27 de julio de 2010. www.diariolaley.es.
- M. GARCÍA ARÁN, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios penales y criminológicos*, XVI, 1992-1993.
- P. GARCÍA RUBIO, “La adaptación en España de la Directiva sobre Responsabilidad por Daños causados por los Productos Defectuosos. La Ley 22/1994, de 6 de julio”, *Dereito*, Vol. 5, 1: 211-230, 1996.
- E. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ (Directora), M^a. C. RODRÍGUEZ RUBIO y J. ROPERO CARRASCO (Coords.), *La cuadratura del círculo*, Edit. Dykinson, Madrid, 2012.
- D. HUSAK, *Sobrecriminalización. Los Límites de Derecho Penal*. Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Traducción e introducción de Rocío Lorca Ferreccio, Madrid, 2013.
- J.A. SEIJÁS QUINTANA, “Aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación y jurisprudencia”, Ponencia presentada en las V Jornadas CGPJ-CSCAE, *Obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la edificación*, Logroño, 2005. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- S. DEL REY GUANTER, (Dir.), M. LUQUE PARRA (Coord.), *Responsabilidades en materia de Seguridad y Salud Laboral. Propuesta de reforma a la luz de la experiencia Comparada*, Edit. La Ley, Madrid, 2008.