



# *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*

## Derecho del trabajo

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE TRABAJO, MIGRACIONES  
Y SEGURIDAD SOCIAL

# 138

2018

# Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

## Derecho del Trabajo

---

### CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Yolanda Valdeolivas García**, Secretaria de Estado de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **José M<sup>a</sup> Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Borja Suárez Corujo**, Director General de Ordenación de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Marcos Fraile Pastor**, Subdirector General de Relaciones Internacionales Sociolaborales.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor de Derecho de la UE. **Pilar González Puente**, Directora del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

### COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

**Maximino Carpio García**, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

**María Antonia Castro Arguelles**, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

**Ángel Antonio Blasco Pellicer**, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

**Cristina Gortazar Rotaeché**, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

**Nuria Paulina García Piñeiro**, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

### DIRECTOR

**Gonzalo Giménez Coloma**  
Secretario General Técnico

### SUBDIRECTOR

**Francisco Javier Andrés González**  
Subdirector General de Información  
Administrativa y Publicaciones

### SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones  
del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: [proproeditorial@mitramiss.es](mailto:proproeditorial@mitramiss.es)

Internet: <http://www.mitramiss.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

**RET:** 18-2.364

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado  
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



**Edita y distribuye:**

**Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social**

**Subdirección General de Información**

**Administrativa y Publicaciones**

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

**NIPO Papel:** 270-16-002-5

**NIPO Internet:** 270-15-069-X

**ISSN Papel:** 2254-3295

**ISSN Electrónico:** 2254-3511

**Depósito legal:** M-12.168-1998

**Diseño cubierta:** CSP

**Diseño interior:** C & G

**Imprime:** Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

# Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho del Trabajo

PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS PROFESIONALES

## SUMARIO

**EDITORIAL**, *Joaquín García Murcia*, 9

### I. ESTUDIOS

Marco estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud: retos y repercusión en el ordenamiento español. *M<sup>a</sup> de los Reyes Martínez Barroso*, 19

La intervención normativa de la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales. *Iciar Alzaga Ruiz*, 59

Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT. *Margarita Isabel Ramos Quintana*, 91

Beneficios de la promoción de la salud en las organizaciones productivas. *María Gea Brugada*, 115

De la prevención de riesgos a la promoción de la salud en el trabajo: avances en la negociación colectiva. *Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo*, 139

Vigilancia de la salud laboral y protección de datos. *Sonia Isabel Pedrosa Alquézar*, 163

La prevención laboral efectiva frente al riesgo durante la lactancia: historia, estado de la cuestión y expectativas. *María Amparo Ballester Pastor*, 187

Sostenibilidad ambiental y prevención de riesgos laborales: reflexiones sobre el sector de la construcción ecológica. *Susana Rodríguez Escanciano*, 219

Riesgos laborales en carretera. *Beatriz Agra Viforcós*, 271

Prevención de riesgos y actividad laboral de estiba y desestiba. *María Teresa Igartua Miró*, 307

Prevención laboral y protección social de los trabajadores expatriados. *Lourdes López Cumbre*, 335

Prevención y protección de los riesgos profesionales en el trabajo autónomo. *Sira Pérez Agulla*, 365

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la política institucional en prevención de riesgos laborales. *José Ignacio Sacristán Enciso*, 397

La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo. *Juan Gil Plana*, 435

El recargo de prestaciones y su compleja convivencia procesal con las responsabilidades penales y administrativas derivadas de accidente de trabajo. *Paz Menéndez Sebastián*, 483

La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 517

El deber de seguridad del empleador y el principio protector en Latinoamérica. *María Cristina Gajardo Harboe*, 547

## II. DOCUMENTOS

Conclusiones generales del XXVIII Congreso de la AEDTSS, celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela. *Marta Fernández Prieto*, 565

# Journal of the Ministry of Labour, Migration and Social Security

Labour Law

PREVENTION AND PROTECTION AGAINST OCCUPATIONAL HAZARDS

## CONTENTS

**EDITORIAL**, *Joaquín García Murcia*, 9

### I. STUDIES

European Union occupational safety and health strategic framework: challenges and repercussion in the spanish legislation.

*M<sup>a</sup> de los Reyes Martínez Barroso*, 19

The intervention of the European Union Law on occupational hazard prevention. *Iciar Alzaga Ruiz*, 59

Confront violence and harassment in the world of work: ILO's normative discussion. *Margarita Isabel Ramos Quintana*, 91

Benefits of health promotion in companies. *María Gea Brugada*, 115

From prevention of occupational risk to workplace health promotion: progress in collective bargaining. *Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo*, 139

Health surveillance in workplace and data protection.

*Sonia Isabel Pedrosa Alquézar*, 163

Effective prevention against the risk at the workplace during breast feeding: historic development, state of the question and expectations.

*María Amparo Ballester Pastor*, 187

Environmental sustainability and hazard prevention: reflections on the green building sector. *Susana Rodríguez Escanciano*, 219

Road Occupational Hazards. *Beatriz Agra Viforcos*, 271

Occupational hazard prevention and labour activities of stowage and unloading. *María Teresa Igartua Miró*, 307

Social protection and labour risks prevention of expatriate workers. *Lourdes López Cumbre*, 335

Prevention and protection of professional risks in self-employment. *Sira Pérez Agulla*, 365

Labour and Social Security Inspectorate and the institutional policy on Occupational Health and Safety. *José Ignacio Sacristán Enciso*, 397

Criminal responsibility on health and safety at work. *Juan Gil Plana*, 435

The benefit surcharge and its complex procedural coexistence with the criminal and administrative responsibilities derived from work accidents. *Paz Menéndez Sebastián*, 483

Social jurisdiction in safety and health issues. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 517

Employers' Liability for Health and Safety and the Protective Principle in Latin America. *María Cristina Gajardo Harboe*, 547

## II. DOCUMENTS

General Conclusions of the 28<sup>th</sup> Conference of the Spanish Association of Labour Law and Social Security (AEDTSS), held at the University of Santiago de Compostela. *Marta Fernández Prieto*, 565

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**Editorial**



Por estas fechas se cumple el vigésimo tercer aniversario de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Pocas veces, probablemente, esté más justificada la celebración del acto de entrada en vigor de un texto legal, aunque tan sólo se trate, en este caso, de festejar un año más de vigencia. Pocas veces, en efecto, una ley ha provocado un cambio tan notable y de efectos tan considerables en la realidad social de referencia. No era la primera vez, como es perfectamente sabido, que se aprobaban en España normas sobre seguridad y salud en el trabajo (o sobre «seguridad e higiene», como solía decirse en nuestra tradición legislativa y como aún se dice en determinados contextos normativos). Pero es evidente, a la vista de la experiencia en estos últimos lustros, que la puesta en marcha de esa disposición legal en el año 1995 supuso una especie de revolución respecto de la situación normativa preexistente. Con la LPRL no sólo se proporcionó una regulación más completa y actualizada en el terreno de la prevención de riesgos laborales (y, dicho sea de paso, más acorde en su rango normativo con la trascendencia de la materia), sino que se inculcó en la población española una cultura de la prevención que, de forma discreta pero sin descanso, ha logrado transformar la actitud –no sólo de las empresas o de los sectores mayormente implicados, sino de todos los ciudadanos– ante los riesgos que para las personas genera el trabajo. Con la Ley 31/1995, en definitiva, no sólo se pudo tomar conciencia de la necesidad de evaluar y prevenir con mayor decisión y conocimiento de causa los peligros que conlleva la actividad laboral; también pudo llegarse a la convicción moral de que, más allá de las puras exigencias legales, es necesario brindar el mayor grado de protección posible a quienes, a causa de su trabajo, o como consecuencia del mismo, se ven inmersos en esa clase de amenazas para su salud, su integridad física o incluso su propia vida.

Naturalmente, el refuerzo de las medidas de prevención de riesgos laborales en España, como en tantos otros países, debe mucho a la incesante actividad de la Organización Internacional del Trabajo, que desde sus orígenes no ha dejado de aprobar directrices al respecto, unas veces mediante sus típicos instrumentos normativos (generales o sectoriales) y otras muchas veces mediante su no menos importante labor de información, recomendación, asistencia técnica o persuasión, como ha hecho últimamente a propósito del acoso y la violencia en el trabajo. Pero nuestra actual legislación sobre prevención de riesgos laborales es producto en última instancia de la acción normativa de la Comunidad/Unión Europea, que desde sus primeros

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.

pasos dejó patente su interés en esta materia y que con la revitalización de su dimensión social durante la década de los años '80 del siglo pasado y, en particular, con la asunción expresa de los derechos sociales a través de la conocida Carta de 1989, incluyó la seguridad y salud en el trabajo (y, en general, la «mejora del entorno de trabajo») no sólo en su elenco de competencias (véase el artículo 153.1 del Tratado de Funcionamiento), sino, más aún, entre sus prioridades políticas y legislativas. Lo cierto es que en ese mismo año fue aprobada en sede comunitaria la Directiva 89/391/CE de 12 de junio, llamada a tener una influencia monumental tanto en la acción normativa de los países miembros (conforme a lo previsible en toda directiva) como en la actividad legislativa de la propia Unión (algo que sólo cabe esperar de aquellas directivas que junto a su función reguladora encierran un declarado propósito de programación u ordenación general de una determinada parcela de la acción comunitaria). La Directiva de 1989, concebida precisamente como «directiva marco», sería el germen en efecto de una innumerable cadena de directivas comunitarias, de carácter sectorial o más específico, destinadas a procurar una efectiva prevención de riesgos laborales en todos y cada uno de los rincones del sistema productivo. Más aún: la Directiva de 1989 iba a ser el detonante de toda una estrategia política de la Unión Europea respecto de la seguridad y salud en el trabajo que ha dado lugar, entre otros frutos igualmente tangibles, a la revisión constante de los correspondientes instrumentos normativos, a la transformación en algunos casos de lo que inicialmente fueron directrices en normas de efecto directo (con vistas a una mayor homogeneidad en el escenario de la regulación europea), y a la aprobación sucesiva de nuevos planes y programas de seguridad y salud en el trabajo, como es el caso de la Estrategia Europea para 2014-2020. Todo ello ha conducido, como era de esperar, a una entera renovación del instrumental normativo de los Estados miembros en esta importante materia, como ha sucedido en España.

Conviene recordar, por otra parte, que la Directiva comunitaria de 1989, como también es sabido, no sólo limitó sus efectos al ámbito estricto de la seguridad y salud en el trabajo, sino que quiso actuar también como factor de impulso, más o menos directo, de nuevas actuaciones normativas en terrenos próximos o complementarios, con el fin de atender, con la mayor amplitud posible, todo lo relativo a la organización y el entorno del trabajo. Una de esas iniciativas complementarias, tal vez de las más peculiares, tuvo que ver como se sabe con la ordenación del tiempo de trabajo y los descansos, por su potencial contribución a la mejora de las condiciones de empleo y de trabajo y, a la postre, por su indiscutible influencia en el nivel de bienestar y satisfacción en el medio del trabajo. Un segundo ejemplo de esa expansión funcional y material, tal vez más representativo aún de la especial ambición de aquel texto crucial de 1989, lo proporcionaron a su vez las previsiones relativas a la tutela especial de la mujer trabajadora frente a los riesgos del trabajo. Con la intervención de la Unión Europea en este particular ámbito del mercado de trabajo (muy ligada por lo demás al proceso de afirmación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo), quedó claro que hoy en día no hay sitio ya para la rancia protección de la mujer por motivos ligados en exclusiva a la clase de trabajo (con su conocida traducción en la prohibición, entre otros, del trabajo nocturno o el trabajo en el interior de la mina), pero también se hizo evidente, más aún que en épocas anteriores, que la condición de mujer requiere un especial cuidado por parte de la legislación de trabajo en todas aquellas situaciones que tengan relación con la reproducción o la maternidad biológica (embarazo, parto y lactancia natural). Esa fue la razón de ser de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, con la que, pese a sus eventuales insuficiencias o sus ocasionales dificultades de aplicación, se inaugura una nueva etapa en la manera de afrontar los riesgos propios de la mujer en relación con su trabajo, particularmente desde la perspectiva de su evaluación, prevención y toma en consideración, como en más de una ocasión ha destacado la jurisprudencia comunitaria.

Con algo de retraso (y en algún aspecto con alguna insuficiencia, como posteriormente puso de relieve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), la Ley 31/1995 fue la disposición legal encargada de incorporar a nuestro sistema normativo interno todas esas directrices de seguridad y salud en el trabajo, incluidas las que se refieren específicamente a la protección de la mujer trabajadora, o, por cierto, a la protección de otros grupos de población «especialmente sensibles» a los riesgos del trabajo. Su regulación –que más tarde quedó completada, en el apartado correspondiente, por la Ley de infracciones y sanciones en el orden social y por algún otro texto de rango legal– es clara y sistemática, poco reprochable en verdad desde el punto de vista de su composición material y de su técnica normativa. Pero es claro que una disposición legal es insuficiente por sí sola para abordar todas las necesidades de regulación y previsión normativa que reviste una materia como la prevención de riesgos laborales, aun con aquellos complementos legislativos. La propia LPRL fue consciente de ello, y esa fue la razón de que proporcionara –cosa poco habitual en las leyes laborales «periféricas» o de materia especial– un particular sistema de fuentes y de que hiciera frecuentes remisiones a otras fuentes de regulación. Como es natural, muchas de estas llamadas tienen como destino la norma reglamentaria, que ha jugado aquí un curioso papel no sólo de complemento y desarrollo de la ley sino también de transposición de directivas sectoriales y específicas, es decir, de colaboración con el legislador propiamente dicho en la conformación de nuestro actual sistema normativo. Pero también es muy relevante en este sentido la llamada a la negociación colectiva, bajo el razonable presupuesto de que la prevención de riesgos laborales requiere una particular consideración en cada sector o ámbito de actividad, por la clase de trabajo o por las condiciones en que se desarrolla el trabajo. Sin perjuicio del detalle o la precisión normativa que en hipótesis puedan aportar las correspondientes normas reglamentarias, es claro que son los convenios y acuerdos colectivos los instrumentos mejor preparados para identificar y determinar con verdadero conocimiento de causa tanto las características del riesgo como los procedimientos más apropiados para su evaluación y las medidas más acertadas para su evitación o su cobertura, en cada empresa, en cada profesión o en cada rama de actividad.

Todo ello quiere decir, al mismo tiempo, que el espacio o lugar de trabajo es determinante para el adecuado tratamiento del riesgo laboral. Y así sucede, particularmente, con la empresa, como organización receptora de la prestación de servicios. Cuando se habla del ámbito empresarial desde esta perspectiva preventiva se está haciendo referencia sin duda alguna al titular de la empresa y a quienes ejercen en su nombre los correspondientes poderes de organización y dirección del trabajo, por su inexcusable protagonismo en la tarea de prevención de riesgos laborales. Lógicamente, se tiene que hacer referencia, asimismo, a los procedimientos existentes en la empresa para la adopción de reglas y la toma de decisiones, que remiten en primer término a los preceptivos canales de representación y participación de los trabajadores, ya sean de carácter general, ya sean de carácter especializado para esta concreta materia (como es el caso de los delegados de prevención), y que pueden conectar igualmente, a veces en una medida muy apreciable, con la actividad de negociación colectiva. Pero también se está haciendo referencia, en términos más generales, a la «cultura» de la empresa, esto es, a las pautas de actuación de la organización empresarial en relación con la plantilla de trabajadores, con vistas no sólo a un cumplimiento efectivo y escrupuloso de las exigencias legales y convencionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino también a la consecución de un ambiente de trabajo apropiado y satisfactorio para el trabajador. Un ambiente de trabajo en el que no sólo se actúe conforme a los principios legales de evitación de los riesgos del trabajo y de «adaptación del trabajo a la persona» (enunciados como se sabe por la propia LPRL), sino también conforme a criterios de buena gestión y de responsabilidad social, para lograr el mayor grado posible de seguridad y tranquilidad en la realización del trabajo. Qué duda cabe que ello puede redundar

asimismo en un mayor grado de colaboración y disposición por parte del trabajador hacia la producción y el trabajo, por no dejar de lado otras posibles dimensiones o aplicaciones de esos criterios de organización de la empresa.

Cuidado por el entorno o medio ambiente del trabajo puede significar muchas cosas, pero es evidente que implica una especial atención por los riesgos que puede generar el medio de trabajo más allá de la estricta actividad productiva. Nos referimos, obviamente, a los riesgos de impacto o experimentación psíquica y a los riesgos que pueden derivar no tanto del trabajo como de las personas que participan en el trabajo, principalmente de aquellas que toman decisiones sobre el trabajo o que tienen poderes de organización del trabajo, pero también, en general, de quienes, sencillamente, están presentes en el círculo de ejecución o desarrollo del trabajo. Es, señaladamente, el riesgo de acoso o de violencia en el trabajo, en sus distintas manifestaciones. Su importancia intrínseca y su creciente toma en consideración por parte de los reglamentos internos de las empresas, por los protocolos de actuación en la empresa (por ejemplo, los protocolos sobre igualdad o responsabilidad social), o por la propia negociación colectiva, no deben enturbiar, sin embargo, la relevancia de otros ingredientes más clásicos y tangibles de la prevención de riesgos laborales, que en todo caso hay que cuidar. En realidad, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo que reconocen los textos normativos modernos se descompone en una amplia serie de compartimentos o elementos internos, de los que depende en definitiva la protección «efectiva» que constituye el objetivo de la ley. Esos ingredientes discurren desde el derecho a la información al derecho de abandono del trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente, pasando por el derecho a recibir formación y los adecuados medios de protección, o, en un plano más general, por los derechos a una evaluación efectiva de los riesgos, a la preparación de los adecuados planes de prevención y a la implantación de los reglamentarios servicios de prevención. Dentro de este complejo escenario hay que reservar un lugar protagonista, en todo caso, al derecho/deber de vigilancia de la salud, no sólo porque requiere una acción continuada y periódica de examen y observación a cargo de los correspondientes especialistas, sino también por su evidente afectación al derecho a la intimidad del trabajador y por sus particulares riesgos para la debida salvaguarda de sus datos personales.

Con la apelación a la norma de carácter sectorial, que en nuestro actual sistema de fuentes es sobre todo la norma pactada o de origen profesional, hemos querido resaltar, naturalmente, la trascendencia del sector de actividad en la compleja tarea de prevención de riesgos laborales. No es difícil percibir que junto a los peligros que en general ofrece todo trabajo, cada sector e incluso cada tipo de trabajo tienen sus propias amenazas para la salud o la integridad física del trabajador, por lo que cada uno de esos ámbitos merecería, en verdad, un estudio monográfico desde ese punto de vista. No cabe duda de que el trabajo en el mar, el trabajo en el sector de la construcción, el trabajo en las minas de interior, el trabajo en el transporte terrestre, el trabajo en la industria química o el trabajo en laboratorios radiológicos, por citar tan sólo algunos casos más o menos paradigmáticos, requieren una particular evaluación de sus riesgos y un particular arsenal de medidas para evitarlos o combatirlos. Pero también hay que tener en cuenta que la noción de riesgo no es estática ni inamovible, como no puede serlo la manera de tratarlo o afrontarlo: del mismo modo que trabajos clásicos pueden ofrecer riesgos nuevos en virtud de los nuevos métodos o los nuevos instrumentos de trabajo, riesgos inexistentes o prácticamente inexistentes en otros momentos históricos pueden pasar a una posición de mayor protagonismo en un momento determinado. Eso quiere decir que además de atender a la clase de trabajo y a los riesgos intrínsecos a cada trabajo, conviene no perder de vista el entorno en el que se desarrolla la correspondiente actividad productiva. Por citar tan sólo un par de ejemplos: el cuidado por el medio ambiente en general y la preocupación específica por la seguridad vial con toda probabilidad

reverten en una mejora de las condiciones en las que se realiza el trabajo. A la altura de nuestros días, un mejor ambiente natural y un tráfico rodado más seguro son ingredientes ineludibles en una política moderna de seguridad y salud en el trabajo.

El ámbito típico –o cuando menos el más tradicional– de las normas de prevención de riesgos laborales es desde luego el ámbito del trabajo asalariado, en el que la moderna legislación en la materia ha incluido, con buen sentido, el trabajo propio de todos los empleados públicos, incluidos los que prestan servicios para la Administración en régimen funcional o administrativo. Pero las normas sobre prevención de riesgos laborales han querido ampliar su punto de mira en los últimos tiempos. Esa es la razón de que pretendan llegar también al trabajo autónomo. Se trata, en verdad, de un ámbito de trabajo que en principio parece bastante refractario a la aplicación de este tipo de reglas, como lo es, en general, a la aplicación de normas típicamente laborales. A la postre, no existe aquí un sujeto obligado a cuidar y responder de lo que le ocurra a otro, a diferencia del trabajo que se presta mediante contrato de trabajo. Formalmente pueden preverse medidas de seguridad y salud para el trabajador autónomo, fundadas, razonablemente, en los riesgos que su actividad profesional (como cualquier otra) puede generar para la persona que trabaja. Pero, ¿quién resulta obligado por esas reglas? Y, sobre todo, ¿quién responde y ante quién se responde por su incumplimiento? Si bien se mira, esa expansión funcional y subjetiva de las normas de prevención de riesgos laborales tiene sentido sobre todo cuando el trabajador autónomo trabaja en contacto con otros, o en un ámbito en el que también concurren otras prestaciones de trabajo, con las pertinentes necesidades de colaboración y cuidado mutuo. En tales casos, el trabajador autónomo debe respetar también las reglas generales de prevención y debe cuidar tanto de la prevención de quienes le rodean como de su propia seguridad, por las consecuencias que todo ello tiene para la protección global en el correspondiente ámbito de actividad. De ahí que las previsiones de nuestra legislación preventiva sobre el trabajador autónomo se refieran sobre todo al que actúa en contacto con otros y, en especial, al trabajador autónomo económicamente dependiente, que mantiene una vinculación nada desdeñable con aquel para el que realiza la pertinente prestación profesional.

Ni que decir tiene que las normas sobre prevención de riesgos laborales han de ser por definición efectivas. Para ello, además de una buena formulación y un contenido apropiado, se requieren los pertinentes instrumentos de exigencia y aplicación. Como es fácil de comprender, dentro de esa necesidad general ocupa un lugar preferente la labor de supervisión y vigilancia, que puede y suele ser asumida por los órganos de participación y representación de los trabajadores en la empresa (generales o especializados), pero que también es asunto que concierne a los poderes públicos con responsabilidad en el ámbito de las relaciones de trabajo. La vigilancia y el control de las normas preventivas es por ello tarea tradicional e inexcusable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como recuerda a los efectos oportunos la propia LPRL, como se ha contemplado habitualmente en las sucesivas normas reguladoras de esa venerable institución española y como se prevé hoy en día en la Ley 23/2015. También es indispensable un buen sistema de responsabilidades y sanciones, que en nuestro caso se construye, como es sabido, a través de la conjunción de responsabilidades de distinto orden y diferente naturaleza. Por un lado, responsabilidades de naturaleza pública, que a su vez se desdoblan en responsabilidades de naturaleza administrativa (previstas y reguladas en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social) y responsabilidades de naturaleza penal (derivadas principalmente de los delitos tipificados en los artículos 316 y 317 del Código Penal). Por otra parte, responsabilidades de seguridad social, que se activan sobre todo por la falta de cumplimiento de los deberes generales de encuadramiento y cotización o de las obligaciones específicas de reconocimiento periódico. Y, en fin, responsabilidades de naturaleza patrimonial o civil, que pueden tener origen contractual o

extracontractual, que pueden exigirse conforme a las cláusulas correspondientes del Código Civil, y que suelen ponerse en marcha por lo general en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional. En todo caso, nadie discute el particular relieve que reviste en este sistema de responsabilidades el denominado recargo de prestaciones, no sólo por su discutida naturaleza jurídica y sus propias dificultades interpretativas (referidas por ejemplo a su aplicabilidad en los supuestos de contrata o subcontrata de obras o servicios), sino también por sus exigencias de coherencia y homogeneidad con el resto de responsabilidades no ya en su declaración sino también en su tratamiento procesal.

Como es de rigor, las normas de seguridad y salud en el trabajo han de estar acompañadas también de las pertinentes vías jurisdiccionales para dirimir eventuales conflictos, para exigir el cumplimiento contencioso de la norma, o, en su caso, para depurar las correspondientes responsabilidades. Una vez resuelta la conocida discusión jurisdiccional acerca del orden competente para entender de las reclamaciones de indemnización patrimonial por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la actual legislación del proceso laboral contiene en principio dos reglas sobre asignación de competencias al orden social en materia de prevención de riesgos laborales. En un primer momento se atribuye competencia a la jurisdicción social respecto de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, y mediante una segunda regla se hace lo propio respecto de las acciones «para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales», incluida la exigencia de responsabilidad por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento, regla ésta que, por cierto, extiende su ámbito de aplicación al trabajo de los funcionarios públicos y del personal que presta servicios para la Administración pública en régimen administrativo. Son reglas muy ambiciosas en su concepción y singularmente detalladas en su formulación, que en una primera aproximación parecen actuar de modo complementario pero que también pueden generar algún punto de fricción y algún riesgo de solapamiento, por lo que demandan una cuidadosa labor de interpretación y aclaración que, entre otras cosas, permita una delimitación suficientemente precisa de su respectivo radio de acción. A ellas hay que añadir, por otro lado, una regla de exclusión de competencia relativa a «las cuestiones litigiosas en materia de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas de riesgos laborales y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención», regla que con toda seguridad encierra una llamada al orden jurisdiccional civil pero que tampoco está exenta por completo de dudas acerca de su verdadero alcance funcional e incluso acerca de su sentido.

De todas estas cuestiones se ha querido tomar nota en este nuevo número de la serie de «Derecho del Trabajo» de la Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Su recorrido material no abarca, desde luego, todos los aspectos merecedores de estudio y consideración en un repaso exhaustivo y pormenorizado de nuestra legislación sobre prevención de riesgos laborales. Pero probablemente ofrezca un buen muestrario tanto de los problemas clásicos de este sector especializado de la legislación laboral como de los nuevos frentes y retos que en los tiempos actuales plantea el derecho a una protección efectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo. A la pura perspectiva nacional han querido unirse, además, dos pequeñas miradas al exterior. Por un lado, una consideración específica de los desplazamientos temporales de trabajadores desde nuestro país a otros espacios geográficos, que junto a los típicos problemas de determinación de la ley aplicable o de vinculación a nuestros sistemas de protección social, suscitan también algunas cuestiones de interés en lo que se refiere a la adopción de medidas con

fines de prevención de riesgos laborales. Por otro, una mirada a la realidad latinoamericana, que puede ofrecer contrastes interesantes con la tradición española, e incluso con las pautas europeas, y que en todo caso nos permite descubrir una experiencia en la que se conjugan intervenciones normativas de muy diverso tenor y muy distinto alcance, desde las que han dado lugar a un escenario bien poblado de reglas a las que se limitan a la declaración del tradicional principio de tutela o protección del trabajador, o desde las que reposan directamente en el ordenamiento estrictamente laboral a las que remiten preferentemente a la cobertura prestada por los sistemas de seguridad social.

En esta breve presentación sólo queda espacio ya para dejar constancia expresa y nominativa de quienes tan amablemente han participado en esta nueva aportación colectiva sobre seguridad y salud en el trabajo. Afortunadamente, hoy en día contamos en nuestra doctrina laboralista con muchos especialistas en este exigente terreno de la prevención de riesgos laborales, y a todos ellos debe dirigirse nuestro reconocimiento. Por razones fáciles de comprender, no todos han podido estar presentes en esta iniciativa, pero quienes lo han hecho finalmente han podido demostrar una vez más su ilusión y su profesionalidad. Las colaboraciones doctrinales proceden mayoritariamente de la Universidad española, como es el caso de Martínez Barroso (León), Alzaga Ruíz (Nacional de Educación a Distancia), Ramos Quintana (La Laguna), Gutiérrez-Solar Calvo (Complutense de Madrid), Pedrosa Alquézar (Zaragoza), Ballester Pastor (Valencia), Rodríguez Escanciano (León), Agra Viforcós (León), Igartua Miró (Sevilla), López Cumbre (Cantabria), Pérez Agulla (Complutense de Madrid), Gil Plana (Complutense de Madrid), Menéndez Sebastián (Oviedo) y Maneiro Vázquez (Santiago de Compostela). También han colaborado personas procedentes del mundo empresarial (Gea Brugada) o de la Administración laboral (Sacristán Enciso). Por su parte, la profesora y magistrada Gajardo Harboe (de la Universidad de Santiago de Chile) ha asumido la complicada pero atractiva tarea de ofrecernos una panorámica general de la regulación de la prevención de riesgos laborales en Latinoamérica. Para todas esas aportaciones nuestro mayor agradecimiento y nuestra mejor felicitación.



REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

## I. Estudios



# Marco estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud: retos y repercusión en el ordenamiento español

## European Union occupational safety and health strategic framework: challenges and repercussion in the spanish legislation

M<sup>a</sup> DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO\*

### 1. INTRODUCCIÓN

**H**an pasado ya casi cuatro años desde que, en junio de 2014, la Comisión Europea anunciara la adopción de un nuevo marco estratégico en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020<sup>1</sup>. Este marco provisional<sup>2</sup> viene a determinar los principales retos y objetivos estratégicos en el ámbito de la salud<sup>3</sup> y la seguridad en el

trabajo, presentando las acciones clave y los instrumentos para alcanzarlos con la pretensión última de que la Unión Europea continúe desempeñando un papel de liderazgo en el fomento de unos estándares elevados en las condiciones de trabajo, tanto en Europa como a nivel internacional, en consonancia con la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

Este nuevo marco estratégico tiene por objeto contribuir a la mejora de la calidad del trabajo y la satisfacción laboral, al tiempo que pretende aumentar la competitividad y la productividad de las empresas europeas, en particular de las pequeñas, y disminuir el gasto de los sistemas de Seguridad Social. Dicha renovación de votos o del compromiso de mejorar las condiciones de trabajo se ha realizado, en palabras del Comisario europeo de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, László Andor, a partir del reconocimiento de una evidencia: pese a que las personas tienen derecho a tra-

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

<sup>1</sup> A través de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020. COM (2014) 332 final.

<sup>2</sup> En cuanto debía revisarse en 2016, con el fin de hacer balance de su aplicación y poder tener en cuenta los resultados de la evaluación global de la legislación de la Unión Europea sobre salud y seguridad profesionales que se estaba llevando a cabo en ese momento y que estaría disponible a finales de 2015. En cualquier caso, el incumplimiento del operativo presente en el propio documento no invita al optimismo.

<sup>3</sup> Entendida no solo como recuperación del «equilibrio» que el propio sujeto considera perdido, sino como desarrollo de los atributos vitales que permiten el desarrollo de la capacidad para asumir riesgos. En tal sentido, APARICIO TOVAR, J.: «Derecho

a la asistencia sanitaria», en AA.VV. (AESSS): «Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea», Murcia (Laborum), 2016, pág. 39.

bajar sin arriesgar su salud y seguridad en el lugar de trabajo, sin embargo, cada año, más de tres millones de trabajadores son víctimas de accidentes laborales graves en la Unión Europea, y cuatro mil mueren en accidentes en el lugar de trabajo. Y no solo causan sufrimiento personal, sino que suponen, además, un coste elevado para las empresas y para la sociedad en su conjunto.

El principal problema de la seguridad y salud en el trabajo no es, por tanto, la ausencia de regulación legal sino su patente falta de aplicación y de cumplimiento real y eficiente, como se ha denunciado reiteradamente, en especial desde la OIT. En esta misma línea se mueve la Unión Europea, en tanto su interés principal no es seguir aumentando el ingente acervo comunitario sino actualizarlo, refundirlo e, incluso, simplificarlo<sup>4</sup>.

Las sucesivas Estrategias han constituido el instrumento principal para establecer el marco general de las políticas de prevención de riesgos laborales a corto y, sobre todo, medio y largo plazo (suelen abarcar períodos quinquenales), estableciendo los marcos generales de actuación, a expensas de que los Estados Miembros las adapten a sus peculiares idiosincrasias y realidades<sup>5</sup>. Lo novedoso de estos instrumentos no reside únicamente en que deben servir para guiar y orientar las políticas públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo sino, sobre todo, en que incorporan mecanismos de evaluación y control de los objetivos inicialmente propuestos, al objeto de corregir las posibles desviaciones exis-

tentes y, a partir de los resultados obtenidos, planificar nuevos objetivos.

El renovado marco estratégico determina tres grandes retos en la materia:

1. Mejorar la aplicación de las normas vigentes en materia de salud y seguridad, en particular mediante el refuerzo de la capacidad de las microempresas y las pequeñas empresas para poner en marcha estrategias eficaces y eficientes de prevención del riesgo.
2. Mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo, haciendo frente a los riesgos nuevos y emergentes, sin descuidar los ya existentes.
3. Tener en cuenta el envejecimiento de la mano de obra de la Unión Europea.

Los primeros estudiosos del tema ya aluden al cambio de enfoque, hacia uno más «economicista»<sup>6</sup> y menos social, que cabe apreciar en los nuevos derroteros tomados por la política comunitaria en materia de seguridad y salud, por cuanto parte de la consideración de que la prevención del riesgo y el fomento de unas condiciones más seguras y saludables en el lugar de trabajo son factores fundamentales no solo para mejorar la calidad del empleo y las condiciones laborales, sino para promover la competitividad, la productividad y el crecimiento, insistiendo en el ahorro de costes y en la reducción del absentismo. Sin lugar a dudas, la buena salud de los trabajadores tiene un efecto positivo directo y mensurable en la productividad y contribuye a mejorar la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social. Sin embargo, aun cuando el objetivo de sostenibilidad del sistema sea crucial desde un punto de vista financiero, no puede subordinar ni condicionar las decisiones en el terreno de la segu-

<sup>4</sup> A nivel interno, propugnando la necesaria elaboración de un Código de Prevención que simplifique y sistematice la materia, para su mejor conocimiento, TUDELA CAMBRONERO, G.: «La protección de la seguridad y salud en España: balance y perspectivas», en AA.VV. (RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>.I., Dir.): «Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes», Albacete (Bomarzo), 2013, pág. 34.

<sup>5</sup> Al respecto *vid.* LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>.P.: «Las estrategias comunitaria y española de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)», *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 12, 2008, págs. 3 y ss.

<sup>6</sup> En tal sentido IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>.T.: «Hacia un enfoque más economicista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo: Reflexiones críticas a la luz del marco estratégico 2014-2020», *RTSS (CEF)*, núm. 383, 2015, págs. 13 y ss., en especial, págs. 22-23.

ridad y salud, pues la trascendencia de los bienes jurídicos en juego le hace merecedor de una tutela propia, que debe mantenerse al margen de intereses ajenos y de decisiones propias de otros campos de actuación.

## 2. ACCIONES E INSTRUMENTOS ENCAMINADOS A LA CONSECUCCIÓN DE LOS OBJETIVOS ESTRATÉGICOS

El nuevo marco estratégico parte de un amplio corpus legislativo aprobado ya por la Unión Europea, junto con las Estrategias propias de los Estados Miembros (en un total de 27), habiendo sido precedido de distintos procedimientos de consulta entre las partes interesadas y de diversas contribuciones del Parlamento Europeo, del Comité Consultivo para la Seguridad y la Salud en el Trabajo y del Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo, todos ellos favorables a poner en marcha una nueva iniciativa de actuación.

Además, la mayoría de las iniciativas, legislativas y no legislativas, planteadas en la Estrategia anterior (2007-2012) se han llevado a la práctica con unos resultados notables que han contribuido a consolidar una cultura de la prevención del riesgo, unas bases políticas claras y un marco consolidado para la coordinación. No obstante, pese a esta perspectiva especialmente autocomplaciente de la Comisión, exhibida en el Informe de evaluación final sobre la aplicación de la misma, todavía queda un importante campo para la mejora, en especial, en el ámbito de la coordinación con la política medioambiental y en lo que atañe a las sustancias químicas. Es más, el Informe plantea serias dudas sobre el alcance del papel de la Estrategia ya culminada en la mejora apreciada en los datos sobre accidentes y enfermedades, pues en ella influyen variados factores ajenos, en particular, la crisis económica. Por tanto, pese a concluir que la mayoría de las acciones se han llevado a cabo, todavía existen importantes lagunas en el terreno de la implicación de los interlocutores sociales o en el campo de los datos estadísti-

cos. De ahí la necesidad de un enfoque más preocupado por el efecto de algunas medidas preventivas en determinadas empresas (especialmente PYMES), la interacción de la salud y la seguridad en trabajo con el entorno y las sustancias químicas y la prevención eficaz de las enfermedades profesionales y las relacionadas con el trabajo.

No obstante, el aspecto en que la Estrategia precedente ha cumplido de manera menos eficiente sus objetivos, ha sido en relación con la necesidad de adaptar, mejorar y simplificar el marco jurídico existente, donde los avances brillan por su ausencia<sup>7</sup>. Aunque se han llevado a efecto intercambios de buenas prácticas o preparativos para la revisión de la legislación, en la práctica, la actualización y simplificación del marco legal ha experimentado pocos progresos significativos, existiendo lagunas considerables en relación con la subcontratación y los servicios de prevención.

En este nuevo marco estratégico, caracterizado por un claro retroceso de los aspectos sociales y por una visión de la prevención como vehículo de satisfacción de exigencias de tipo económico, los nuevos retos pretenden conseguirse por medio de una serie de acciones ligadas a siete objetivos básicos<sup>8</sup>:

1. Proseguir la consolidación de las estrategias nacionales en materia de salud y seguridad a través de la coordinación de políticas y el aprendizaje mutuo. Desde la Comisión Europea se hace un llamamiento a los Estados Miembros para que desarrollen estrategias nacionales de seguridad y salud ocupacional bien definidas, transparentes y plenamente

<sup>7</sup> IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>.T.: «Hacia un enfoque más economista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo: Reflexiones críticas a la luz del marco estratégico 2014-2020», cit., pág. 20.

<sup>8</sup> Analizados por SEGADO RODRÍGUEZ, P.: «El Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 a los dos años de su aprobación», *Trabajo y Derecho*, núm. 18, 2016, págs. 72 y ss.

accesibles, con objetivos claramente definidos y fácilmente medibles y verificables.

2. Proporcionar ayuda práctica a las pequeñas empresas y a las microempresas, para que puedan mejorar el cumplimiento de las normas sobre salud y seguridad. A tal efecto, dichas empresas podrán recibir asistencia técnica a través de herramientas prácticas, como la *Evaluación en Línea de Riesgos Interactivos (OiRA)*, una plataforma web que proporciona instrumentos para la evaluación de riesgos sectoriales.

3. Mejorar la garantía del cumplimiento de la normativa por parte de los Estados miembros, por ejemplo, mediante la evaluación<sup>9</sup> de los resultados de los organismos de inspección nacionales. Se hace hincapié en la necesidad de erradicar el empleo irregular y no declarado y en la importancia de fortalecer los vínculos entre dichos organismos a nivel europeo, a través de un intercambio de información que permita un nivel de cooperación adecuado.

4. Simplificar, en la medida de lo posible, la legislación vigente a nivel europeo, para eliminar las cargas administrativas innecesarias, manteniendo, al mismo tiempo, un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. Se pretenden evitar trabas burocráticas que obstaculicen el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas de menor tamaño, cuyo margen financiero es menor y no siempre pueden hacer frente a sus obligaciones con un nivel óptimo de cumplimiento.

5. Abordar el envejecimiento de la mano de obra europea promoviendo hábitos laborales saludables y mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo para hacer frente a los riesgos emergentes<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Evaluación del desempeño puesta de manifiesto por VEGA RUIZ, M.L.: «Los sistemas de Inspección de Trabajo en el mundo», Informe OIT, Madrid, 2013, pág. 17.

<sup>10</sup> En consonancia con la prioridad de sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social, en lo que se refiere a los riesgos

(junto con los ya existentes), como los nanomateriales, las tecnologías verdes o la biotecnología.

6. Mejorar la recogida de datos estadísticos (principalmente en cuanto a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, enfermedades relacionadas con el trabajo, factores de riesgo y exposición en todos los sectores) para disponer de mejores pruebas y desarrollar herramientas de seguimiento. El objetivo no es otro que disponer de una representación de la realidad palpable con la que poder medir el impacto de las políticas y estrategias implementadas, a fin de identificar y promover buenas prácticas.

7. Reforzar la coordinación y colaboración con organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y con los socios europeos, para contribuir a reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y a mejorar las condiciones laborales en todo el mundo.

Apuntados los retos del marco estratégico y sus objetivos, conviene también mencionar los mecanismos e instrumentos necesarios para su ejecución, partiendo de la base de que la coordinación entre las Estrategias nacionales y la de la Unión Europea puede desempeñar un papel aún más importante y sistemático en su implementación, por medio de la coordina-

---

emergentes, se dota de especial protagonismo a los trastornos musculoesqueléticos (TME), al constituir la fuente de absentismo predominante en la UE, planteando como propuesta la creación de una norma a nivel europeo para la prevención y control de los TME en el trabajo. Vid. el Informe BenOSH: «Socioeconomic costs of accidents at work and work-related ill health» (Coste económico de los accidentes y de la mala salud relacionada con el trabajo). <http://ec.europa.eu/social>, así como el de la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS): «The return on prevention: Calculating the costs and benefits of investments in occupational safety and health in companies» (El rendimiento de la prevención: cálculo de los costes y beneficios de las inversiones en salud y seguridad en el trabajo en las empresas). <http://www.issa.int>

ción de las políticas, el aprendizaje mutuo y la utilización de sus fondos.

Para llevar a cabo estas acciones, el marco estratégico establece como principales instrumentos el diálogo social, la sensibilización, el reforzamiento de las garantías de cumplimiento de la legislación de la Unión Europea y las necesarias sinergias con otras políticas, en especial, salud pública, educación, investigación o igualdad, sin olvidar que diversos recursos de la Unión, como el Fondo Social Europeo (FSE) o el Programa Europeo de Empleo e Innovación Social (EaSI), están disponibles para apoyar la aplicación de las normas sobre salud y seguridad. También resulta fundamental que se perciba a los órganos de inspección como un factor que facilita el cumplimiento de la legislación y no como obstáculo a la actividad empresarial, para lo cual se propone también formar a los Inspectores en seguridad y salud, en particular en relación con los riesgos emergentes y las nuevas tecnologías.

El nuevo marco ya tiene en cuenta las opiniones manifestadas por las instituciones de la Unión Europea y los representantes de las organizaciones patronales y sindicales, los resultados de una consulta pública realizada en 2013 con el fin de recabar ideas sobre los retos actuales y futuros en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo y las opiniones manifestadas en la Conferencia sobre las condiciones laborales el 28 de abril de 2014, que puso fin al ciclo de consultas.

En consonancia con lo anterior, a lo largo de todo el documento se realza la vinculación intrínseca entre la política de empleo y la política económica, de manera que las orientaciones generales para el empleo de la *Estrategia europea de Empleo* y las orientaciones generales de las políticas económicas se deben adoptar, necesariamente, como un «paquete integrado». Este nuevo enfoque ha condicionado, en buena medida, la reorganización de los objetivos y las acciones concretas en cumplimiento de los mismos; lo que, en definitiva, ha supuesto una reestructuración de las prioridades de las acciones comunitarias en materia

de seguridad y salud en el trabajo, primando aquellas en las que se puede intuir una suerte de retorno económico en la gestión o incidencia en la sostenibilidad de los sistemas de protección social<sup>11</sup>.

### 3. LA CONSOLIDACIÓN DE LA «ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO 2015-2020» EN EL MARCO DEL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA LPRL

La Estrategia interna es fruto de un largo proceso de negociación que tiene su origen en la Comisión Nacional a finales de 2012, una vez finalizada la *«Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012»* y constatada la necesidad de seguir avanzando en la mejora de las condiciones de trabajo y en la reducción constante, y sostenida de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

#### 3.1. Principales líneas de actuación

Dicha Estrategia, acordada por las Administraciones Públicas estatal y autonómica y los interlocutores sociales, se asienta en dos principios fundamentales: la prevención y la colaboración. La prevención, en cuanto resulta ser el medio más eficaz para reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, y la colaboración de los poderes públicos, empresarios y trabajadores, en cuanto promueve e impulsa la mejora efectiva de las condiciones de trabajo. Como marco de referencia de las políticas públicas en esta materia, la *Estrategia Española 2015-2020* alude a la necesidad de fortalecer la participación de los interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y trabajadores en la mejora de la

<sup>11</sup> SEGADO RODRÍGUEZ, P.: «El Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 a los dos años de su aprobación», cit., pág. 76.

seguridad y salud en el trabajo, incorporando también referencias a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social por su contribución al impulso y la ejecución de las políticas preventivas y a la reducción de la siniestralidad laboral. Y sobre todo, conviene no olvidar sus objetivos específicos 1 (mejorar la eficacia de las instituciones dedicadas a la prevención de riesgos laborales) y 2 (potenciar actuaciones de las Administraciones públicas en materia de vigilancia y control de la prevención de riesgos laborales).

La premisa que en todo momento ha marcado el enfoque estratégico ha sido la de crear un marco de referencia de las políticas públicas preventivas que sea dinámico y que permita adaptarse con naturalidad a los cambios que se produzcan en un entorno en permanente evolución como es el de la prevención de riesgos laborales. Para ello se ha evitado *ab initio* prefijar de antemano medidas concretas en cada uno de los objetivos específicos, optando por que aquellas se vayan acordando y planificando, en función de las necesidades, prioridades y recursos disponibles, en tres Planes de Acción consecutivos en el tiempo que comprenden los siguientes períodos: 2015-2016, 2017-2018, 2019-2020. Dicho diseño abierto permite dar cabida a medidas no contempladas inicialmente pero que en los años venideros puedan resultar imprescindibles por su relevancia o urgencia.

Los Planes de Acción deben especificar las entidades responsables del desarrollo de cada medida, el plazo de ejecución y, adoptando inevitables estándares de calidad, los indicadores de realización con la finalidad de evaluar el grado de avance de las medidas y, en su caso, de impacto, para evaluar su efectividad.

### 3.2. Balance de la LPRL tras más de dos décadas de vigencia

La nueva Estrategia ha venido a coincidir con el vigésimo aniversario de la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que

nació con la voluntad de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y establecer las responsabilidades del empresario en la gestión de la prevención. Dicho aniversario se ha celebrado en el marco de un escenario bien distinto al que la vio nacer, con una estructura productiva en la que ha ganado peso el sector servicios, en detrimento del sector primario, industrial y de la construcción, así como en un contexto aplicativo en profunda transformación, con mercados de trabajo muy fragmentados, caracterizados por la temporalidad y la precariedad laboral. Tal evento, además, ha sido lo suficientemente importante como para justificar la conveniencia de una reflexión sobre cuáles han sido y son los principales aspectos técnicos y jurídicos que plantea este marco normativo con el objetivo de profundizar en los principales aspectos críticos de esta regulación y subrayar la necesidad de posibles evoluciones normativas, en el marco del diseño abierto de la nueva Estrategia, pues si de alguna materia puede predicarse su carácter dinámico esta es, sin duda, la prevención de riesgos laborales<sup>12</sup>.

Con carácter general, los primeros balances hechos públicos por los interlocutores sociales<sup>13</sup>, ponen de manifiesto cómo se ha pasado de un enfoque reactivo (reparar el daño una vez producido) a otro más pro-activo o preventivo cuyo objetivo es conseguir el bienestar integral del trabajador, contemplándose no sólo los riesgos físicos, sino también los de carácter psicosocial, las nuevas sustancias químicas, la nanotecnología, los cánceres de etiología laboral o los

<sup>12</sup> Cosa distinta es que el marco normativo responda de forma adecuada a esa «dinamicidad» propia de la materia. En tal sentido MIÑARRO YANINI, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La LPRL desde una perspectiva jurídica», en AA.VV.: «20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Análisis multidisciplinar de la implantación de la LPRL a lo largo de estos 20 años», UGT-CEC, 2015, págs. 519 y ss. o GARCÍA GONZÁLEZ, G.: «El marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo: lagunas, imperfecciones y propuestas de reforma (I) y (II)», *Trabajo y Derecho*, núms. 29 y 30, 2017, págs. 109 y ss. y 99 y ss., respectivamente.

<sup>13</sup> <http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=1622>. Consultado el 15 de febrero de 2016.

riesgos ergonómicos, poniendo de manifiesto, además, cómo esta Ley ha conllevado cambios positivos en la gestión de los riesgos laborales, tanto en los agentes implicados como en la sociedad en general, si bien no se pueden dejar de lado los denominados riesgos emergentes.

En efecto, el vínculo físico entre el lugar de trabajo y las labores que deben realizarse cada vez resulta más tenue gracias a la expansión de las tecnologías de la información. Los principales cambios no afectan a la relación laboral en sí misma, aunque pueden difuminar las diferencias entre trabajadores asalariados y autónomos, si bien plantean problemas específicos, por ejemplo, en el caso de los teletrabajadores, pues el empresario es responsable de su salud y su seguridad, independientemente del lugar donde se realiza el trabajo. Se hace necesario, por tanto, adoptar medidas para prevenir los riesgos y realizar controles en el caso de trabajadores móviles o que trabajan en sus domicilios. La aparición de nuevos materiales, como es el caso de las nanopartículas, supone también un reto a la hora de realizar las evaluaciones de riesgos y aplicar medidas de prevención y control, dadas las lagunas de conocimiento aún existentes frente a elementos con un grado potencialmente elevado de toxicidad. Estos nuevos retos, junto con otros que todavía siguen pendientes, como el polvo de silicio o el amianto, requieren de una reflexión y análisis permanente<sup>14</sup>.

No obstante, en el «debe» cabe hacer referencia a que el nivel de aplicación de la Ley es parcial e insuficiente, que su desarrollo reglamentario resulta claramente mejorable, en especial en lo relativo a la definición de requisitos mínimos de condiciones de seguridad y salud o en las limitaciones o prohibiciones sobre operaciones, o que existen todavía ciertas carencias en la auténtica cultura de la prevención, porque falta concienciación tanto en las Administraciones y empresas, como entre

los propios trabajadores. Además, se observa que la aplicación de la ley no es uniforme, ni entre las distintas empresas, ni entre el sector público y privado, ni entre los distintos niveles de calidad en el empleo; que no hay promoción ni coordinación entre las Administraciones en materia de prevención; y que es necesaria una mayor estandarización de la actuación de la Inspección de Trabajo y una mayor independencia de las Administraciones frente a las influencias de las empresas<sup>15</sup>. Y lo que es más importante, aún muchos empresarios creen que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se cumple documentalmente, aunque no se garantice la seguridad y salud de los trabajadores, lo cual da lugar a una «falsa prevención» o «prevención de papel» que hace que las empresas se consideren seguras por el mero hecho de mantener «los papeles en orden», si bien la burocratización del sistema preventivo va en detrimento de una eficiente implantación del mismo, pues la constancia documental no garantiza su eficacia<sup>16</sup>.

Desde otro punto de vista, aunque ahora hay menos trabajadores expuestos a los riesgos tradicionales, han surgido otros nuevos derivados de las nuevas formas de organizar el trabajo: subcontratas, externalización, empresas de trabajo temporal<sup>17</sup>, incremento del autoempleo, mayor precariedad laboral, nuevas tecnologías y un mayor número de microempresas y de pequeñas empresas, en las cuales se producen más accidentes y donde se impone un refuerzo de la capacidad de poner en marcha medidas eficaces para la prevención de los riesgos laborales. Sin

<sup>15</sup> AA.W.: «Guía 20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a Examen: Valoración de los Delegados de Prevención de Riesgos Laborales de UGT»

<http://portal.ugt.org/saludlaboral/publicaciones/20Anyos/publicaciones/revistas/001/descargas/GuiaDelegado.pdf>

<sup>16</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después», *Información Laboral*, núm. 8, 2015 (recurso electrónico). Un balance que no deja sino una sensación de «agridulce aniversario» en MOLINA NAVARRETE, C.: «Dos décadas de Ley, ¿veinte años de prevención de riesgos laborales?», *RTSS (CEF)*, núm. 392, 2015, págs. 5 y ss.

<sup>17</sup> Un análisis exhaustivo en LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La protección de la salud laboral en el trabajo temporal y en las empresas de trabajo temporal», Albacete (Bomarzo), 2016.

<sup>14</sup> Sobre lo cual me pronuncié en la monografía, MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R.: «Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva», Albacete (Bomarzo), 2016, págs. 71 y ss.

olvidar la vinculación de la prevención de riesgos con el propio cambio demográfico y la prolongación de la vida laboral, pues evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral resulta clave para que puedan trabajar más tiempo, contribuyendo, de este modo, a combatir los efectos a largo plazo del envejecimiento de la población<sup>18</sup>.

Por todo ello, resulta imprescindible reforzar los mecanismos preventivos desde diversos frentes: haciendo aflorar las enfermedades laborales ocultas; abordando con el rigor que merecen los riesgos emergentes y psicosociales, sin olvidar, en cuanto a responsabilidad se refiere, la conveniencia de hacer públicas las sanciones en esta materia por infracciones muy graves (como la norma obliga); incrementar las actuaciones de la Inspección de Trabajo; crear juzgados con dedicación específica a la prevención, así como fiscalías específicas en todas aquellas provincias en que resulte necesario; crear unidades de Policía Local y Guardia Civil especializadas en prevención de riesgos laborales que puedan colaborar en el cumplimiento de la normativa vigente y en la investigación de accidentes, etc.; sensibilizar a la población desde la etapa de educación primaria (infantil, incluso) de la importancia de la salud laboral y lograr una mayor coordinación entre las diferentes Administraciones implicadas en la lucha contra la siniestralidad en el trabajo. A dicho objetivo pretenden contribuir, sin duda, los diversos Protocolos firmados con el propósito de establecer un marco general de colaboración entre las distintas Administraciones implicadas en la lucha contra la siniestralidad laboral y definir, potenciar y favorecer la implantación de procedimientos de actuación en la materia, que además habrá

de servir de referencia para la suscripción de convenios específicos en el ámbito de las distintas Comunidades Autónomas<sup>19</sup>.

La celebración de Protocolos a nivel estatal entre todas las Administraciones Públicas implicadas en la lucha contra la siniestralidad laboral con el objetivo de fijar un marco de actuación coordinada entre todas ellas para conseguir castigar de manera adecuada los incumplimientos más graves de la normativa preventiva en vigor no merece sino una valoración positiva, si bien resulta criticable la exclusión de las enfermedades profesionales; la falta de una constatación expresa de asumir un compromiso firme por parte de las distintas Administraciones firmantes de aportar los medios materiales y humanos suficientes (mayor dotación de efectivos) para que cada una de ellas pueda cumplir las funciones que, respectivamente, le son asignadas o, en fin, la ausencia de previsiones relativas a proporcionar una formación específica en materia de seguridad y salud en el trabajo a la Policía Judicial, a los Fiscales y a los Jueces de lo Penal, pues, como ha destacado con acierto la doctrina, sólo si disponen de la misma podrán estar en condiciones de ejercer adecuadamente las funciones encomendadas en este específico ámbito de la realidad social<sup>20</sup>.

También es posible apreciar en los últimos años cierta vinculación entre el descenso de la siniestralidad laboral y el reforzamiento de las exigencias de responsabilidad. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales ha cumplido ya más de 20 años, pero tanto las sucesivas reformas y los desarrollos reglamentarios como los nuevos enfoques la convierten en una norma de enorme actualidad, pues el desarrollo sostenible, económico y social depende de que

<sup>18</sup> Un estudio excelente sobre las relaciones entre la política preventiva y la de Seguridad Social en MONEREO PÉREZ, J.L.: «La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: prevención versus reparación», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015, págs. 11 y ss.

<sup>19</sup> Un exhaustivo análisis en CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.J.: «Un paso más en la lucha frente a la siniestralidad laboral: cuestiones prácticas sobre la colaboración entre las distintas Administraciones», *AS*, núm. 13, 2007, págs. 9 y ss.

<sup>20</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>.L.: «Inefectividad de la normativa de prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral en España: una relación de causa-efecto», *RDS*, núm. 40, 2007, pág. 180.

se mantenga continuamente actualizada para hacer frente a todos y cada uno de los retos que se le puedan presentar en el futuro.

Durante los últimos 20 años, la siniestralidad laboral ha experimentado variaciones dispares, con un aumento del 25% entre 1995 y 2000, para después descender hasta el año 2012. A partir de ahí, los accidentes laborales vuelven a crecer. Quizás este repunte se deba a que con la crisis, la prevención no se entienda como una inversión sino como un gasto, que está provocando de nuevo un aumento tanto de los accidentes de trabajo como de las enfermedades profesionales, por lo cual resulta imprescindible un mayor esfuerzo de concienciación, actuación y «sanción» en esta materia, ya que es un hecho constatado que en los centros de trabajo donde más se invierte en prevención hay menos siniestralidad laboral y mejores condiciones de seguridad y salud. Por el contrario, si hubiera que buscar las causas del descenso paulatino de dichas cifras entre el año 2000 y 2012, sin duda habría que aludir, entre otras muchas, al endurecimiento de la responsabilidad empresarial en la materia. En efecto, para un adecuado funcionamiento del entramado normativo tan complejo y exigente, como es el de seguridad y salud laboral, resultan imprescindibles todos aquellos instrumentos especialmente diseñados para la efectiva aplicación de la ley, para poder reprimir debidamente los comportamientos de inobservancia, incumplimiento o falta de diligencia (incluso del propio trabajador)<sup>21</sup>, a la vez que es necesaria una labor de constante ayuda y asistencia a los interesados e, incluso, una labor de reconocimiento y compensación por los buenos resultados<sup>22</sup>.

La legislación preventiva marca un estándar elevado de diligencia preventiva, no bastando los meros cumplimientos formales, pero no puede ser exigible un estándar absoluto, «porque ni es realista ni tiene los efectos benéficos que se predicen del mismo»<sup>23</sup>. Además, no debe conformarse con reseñar los principios y deberes en la materia, sino que resulta imprescindible introducir mecanismos para asegurar que aquellos sean acatados<sup>24</sup>: a) Educación y formación de los sujetos implicados en la seguridad y salud laboral; b) Creación de incentivos, premios y ayudas para una óptima aplicación de las normas; c) Reconocimiento de los derechos de participación e información de los trabajadores y sus representantes, a fin de que puedan involucrarse plenamente y colaborar en la consecución de los objetivos; d) Atribución de facultades de inspección y vigilancia a las autoridades públicas; e) Posibilidad de paralización de trabajos en supuestos de riesgo grave e inminente; f) Exigencia de responsabilidades, ya sean sanciones (administrativas y penales), ya indemnizaciones (civiles), ya posean naturaleza mixta (recargo de prestaciones). Responsabilidades, en definitiva, de muy diversa naturaleza y características que presentan un panorama complejo, no exento de judicialización y que plantea delicados problemas de concurrencia. Es más, constituye un bloque normativo que no ha llegado a ser autosuficiente, pues en la mayor parte de los casos no se trata de responsabilidades y sanciones exclusivamente diseñadas para el terreno de la seguridad y salud en el trabajo, sino más bien de mecanismos de carácter general que pueden proyectarse, desde luego,

<sup>21</sup> Sobre el particular, *Vid.* el interesante estudio de SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales», *RMTIM*, núm. 84, 2009, págs. 84 y ss.

<sup>22</sup> En la doctrina, entre muchos, ROQUETA BUJ, R.: «Prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo: conexiones y efectos de los incumplimientos en materia de seguridad y salud laborales», en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): «Accidente de trabajo y mutuas», Madrid (La Ley), 2008. Un excelente análisis en el contexto del vigésimo aniversario de la entrada en vigor

de Ley de Prevención de Riesgos Laborales en GARCÍA MURCIA, J.: «Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo», *RTSS (CEF)*, núm. 396, 2016, págs. 87 y ss.

<sup>23</sup> En la doctrina, GÓMEZ CABALLERO, P.: «La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria», *TL*, núm. 130, 2015, págs. 169-170 o MOLINA NAVARRETE, C. y MOLINA HERMOSILLA, O.: «Derechos y obligaciones del empresario derivados del contrato de trabajo», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir. y CHARRO BAENA, P., Coord.): «El contrato de trabajo», Vol. I, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2010, pág. 663.

<sup>24</sup> Siguiendo a AGRA VIFORCOS, B.: «Derecho de la seguridad y salud en el trabajo», 2ª ed., León (Eolas), 2013, pág. 197.

sobre esta específica parcela de las relaciones de trabajo pero que también se pueden usar para otros muchos ámbitos de las relaciones laborales<sup>25</sup>.

#### 4. SEGURIDAD Y SALUD EN LAS PYMES: REFUERZO DE MEDIDAS EFICACES PARA LA PREVENCIÓN DEL RIESGO

Las pequeñas organizaciones siguen teniendo a cumplir en menor medida la legislación, tanto nacional como de la UE, y notifican menos medidas para la gestión de la salud y la seguridad en el trabajo que las grandes, lo cual se debe a múltiples causas, que van desde la dificultad inherente a respetar las disposiciones reglamentarias y administrativas (a menudo por no disponer de asesoramiento directo), hasta el desconocimiento de las obligaciones, la ausencia de orientación o una insuficiente garantía del cumplimiento de la legislación. A su vez, los costes derivados del cumplimiento también son más elevados para las pymes en términos relativos.

Conscientes de dichas dificultades, en la *Estrategia 2007-2012*, la Comisión y la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA) elaboraron ya guías prácticas y otros materiales sobre buenas prácticas para ayudar a las pymes en la aplicación de las medidas en materia de salud y seguridad en el trabajo. Precisamente OiRA (la herramienta interactiva de evaluación de riesgos en línea)<sup>26</sup>, es una contribución importante para facilitar a las pymes el cumplimiento de los requisitos en materia de salud y

seguridad en el trabajo. No obstante, resulta necesaria una mayor concentración de esfuerzos a nivel nacional y de la UE, pues dicha herramienta sigue presentando carencias y una patente falta de adecuación a las necesidades y a la complejidad específica del ámbito de actuación en el que nos movemos.

La evaluación<sup>27</sup> de la *Estrategia de salud y seguridad en el trabajo de 2007-2012* confirmó que, en general, había sido eficaz y se habían alcanzado sus principales objetivos, fundamentalmente en cuanto se refiere a mejora de la aplicación de la legislación en materia de salud y seguridad y a aclarar la normativa específica. No obstante, la Comisión reconoce que la aplicación sigue planteando problemas a las pymes, que tienen dificultades para cumplir algunos requisitos reglamentarios, habiendo detectado lagunas, en particular en lo que se refiere a las repercusiones para determinadas empresas a nivel local.

Ello exige que los responsables de las políticas públicas deban tener en cuenta las circunstancias y limitaciones particulares de las microempresas y las pequeñas empresas al adoptar y aplicar medidas reglamentarias. No pueden pensar que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa preventiva va a ser el mismo por parte de las grandes empresas que de las pequeñas, ni que dicho cumplimiento va a tener el mismo coste relativo para unas y otras. De ahí la necesidad de buscar soluciones más sencillas y eficaces para tener en cuenta la situación de las microempresas y garantizar así la protección eficaz de la salud y la

<sup>25</sup> GARCÍA MURCIA, J.: «Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo», cit., pág. 91.

<sup>26</sup> Plataforma web destinada a la creación de herramientas sectoriales para la evaluación del riesgo en cualquier idioma de manera sencilla y estandarizada, capaz de ayudar a las pequeñas empresas a implementar un procedimiento de evaluación del riesgo por etapas: desde la identificación y la evaluación de riesgos laborales, hasta la supervisión y la elaboración de informes, pasando por la toma de decisiones y la adopción de medidas preventivas. <http://oiraproject.eu/>

<sup>27</sup> En 2013, la Comisión puso en marcha una consulta pública *on line* para recabar las opiniones de las partes interesadas sobre la aplicación de la estrategia anterior en materia de salud y seguridad en el trabajo y sobre el camino a seguir. Las más de quinientas respuestas confirmaron que era necesario mantener la coordinación en este ámbito a nivel de la UE, a la vez que ofrecían sugerencias útiles en cuanto al contenido de un nuevo marco estratégico. Una gran mayoría de los consultados consideraban que era necesario realizar más esfuerzos para reducir la carga administrativa y los costes de cumplimiento que soportaban las pymes si bien ello no era óbice para respetar al máximo los principios en materia de salud y seguridad en el trabajo, independientemente del tamaño de la empresa.

seguridad de los trabajadores en todos los lugares de trabajo, con independencia de su tamaño. Para ello resulta necesario simplificar la legislación cuando proceda y proporcionar orientación y apoyo personalizados a las microempresas, de manera que se les facilite la evaluación del riesgo.

En concreto, las acciones propuestas por la Comisión, para su ejecución a partir del año 2014 pasan por conceder ayuda financiera y técnica para la implantación de OiRA y otras herramientas informáticas en los Estados miembros, haciendo hincapié en los sectores prioritarios; elaborar directrices y recabar ejemplos de buenas prácticas, teniendo en cuenta la naturaleza y las condiciones específicas de las pymes y, en particular, de las microempresas; fomentar el intercambio de buenas prácticas, para lo cual las pymes recibirán la ayuda de empresas más grandes de la cadena contratista-proveedor-comprador; a fin de mejorar la salud y la seguridad en el trabajo y, por último, continuar las campañas de sensibilización.

Del mismo modo, para conseguir el objetivo de simplificación de la legislación preventiva se propone evaluar la situación de las microempresas en los sectores con bajo nivel de riesgo y reflexionar sobre la manera de simplificar la implementación de la evaluación del riesgo, incluida la documentación. Soluciones sencillas de política industrial, como puedan ser las directrices para evitar accidentes o la señalización del riesgo de exposición a vibraciones, pueden servir para aplicar las medidas de salud y seguridad en el trabajo de manera más rentable, ya que no tendrían que contratar a expertos para llevar a cabo las evaluaciones. También resulta necesario realizar esfuerzos para aumentar la coherencia y crear sinergias entre la política industrial y la política en materia de protección de los trabajadores, en particular por lo que respecta a las sustancias químicas.

Atendiendo a la diversidad de circunstancias que existen en la práctica por lo que respecta al tamaño de las empresas o a la variedad de la mano de obra, y teniendo en cuenta la necesidad de adoptar unas medidas de actuación especifi-

cas y eficaces, conviene recurrir también a herramientas no legislativas para avanzar sobre el terreno, tales como evaluaciones comparativas, intercambio de buenas prácticas, mayor concienciación, establecimiento de normas voluntarias o implantación de herramientas informáticas fáciles de utilizar. Además, en este ámbito resulta especialmente necesario el esfuerzo institucional, si se pretenden obtener resultados cualitativos que permitan la dotación de los instrumentos adecuados para la implementación del marco estratégico y de los venideros<sup>28</sup>.

En definitiva, a la vista de la Directiva Marco y del resto del marco jurídico hasta ahora aprobado, no cabe tolerar exenciones de cumplimiento ni rebajas del nivel de protección basadas exclusivamente en el elevado coste de las medidas de seguridad y salud en el trabajo. No obstante, esta afirmación no supone en modo alguno un blindaje frente a futuros cambios normativos que caminen en esta dirección, en especial en el campo de juego de las pequeñas y micro-empresas. Aun cuando el planteamiento de la Comisión resulta impecable, no debe alentar la permisividad de los incumplimientos, ni el derrotismo en cuanto a la eficacia de las políticas preventivas ni menos aún la tolerancia de una tutela de la salud y seguridad menos garantista en este tipo de empresas, pues si adecuado resulta facilitar e incentivar el cumplimiento y facilitar las herramientas y los medios adecuados, algo bien distinto supone resignarse a menores niveles de protección<sup>29</sup>.

Evidentemente, no es este un problema nuevo sino recurrente y mal gestionado tanto a nivel comunitario como interno. En el caso de España, las dificultades para el cumplimiento de las complejas y elevadas exigencias de la LPRL se ha mostrado como un escollo casi insalvable desde su aprobación, para las

<sup>28</sup> SEGADO RODRÍGUEZ, P.: «El Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 a los dos años de su aprobación», cit., pág. 77.

<sup>29</sup> IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>.T.: «Hacia un enfoque más economista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo: Reflexiones críticas a la luz del marco estratégico 2014-2020», cit., pág. 41.

múltiples empresas de reducidísimo tamaño existentes en nuestro país y agravado por la crisis económica. Sin embargo, las respuestas del ordenamiento han sido insuficientes porque el centro de atención, dejando a salvo la regulación establecida en 2009-2010 sobre el plan de prevención simplificado (art. 16.2 bis LPRL) ha girado, casi de forma exclusiva, sobre la asunción personal del empresario. No obstante, no debe olvidarse que esta modalidad de organización preventiva constituye una clara excepción a la obligación empresarial de designar trabajadores o de dotarse de servicios de prevención propios o externos.

En este ámbito, la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incluye un artículo (el número 39)<sup>30</sup> sobre prevención de riesgos laborales en las pymes, dentro del capítulo dedicado a la simplificación de cargas administrativas<sup>31</sup>, que probablemente no hace sino incrementar el riesgo de que en este tipo de empresas no haya un sujeto realmente competente y técnicamente responsable de la prevención de riesgos laborales<sup>32</sup> y, por tanto, asistamos a una nueva degradación de las condiciones de seguridad y salud en este ámbito.

Por último, se echa en falta también una atribución de un papel de asesoramiento y vigilancia específica para este tipo de empresas por parte de la Inspección de Trabajo y la dotación de efectivos especializados, en paralelo

a lo acontecido en el ámbito de la lucha contra el fraude y el empleo irregular<sup>33</sup>.

## 5. EL RETO DE MEJORAR LA PREVENCIÓN DE LAS ENFERMEDADES RELACIONADAS CON EL TRABAJO, HACIENDO FRENTE A LOS RIESGOS NUEVOS Y EMERGENTES

Los buenos resultados en la evolución de las cifras de accidentes permiten un cambio de enfoque hacia un modelo donde el centro de atención se sitúa en la mejora de la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo, combatiendo los riesgos existentes, nuevos y emergentes. De hecho, en la OIT se ha puesto de manifiesto que la prevención de enfermedades profesionales sigue sin ser una prioridad en muchos países en desarrollo y en transición, en especial por la falta de datos sobre las mismas<sup>34</sup>. En efecto, constituye este un terreno pantanoso, donde se plantean enormes dificultades por la inexistencia de datos fiables. De hecho, se han conseguido pocos progresos en el logro de métodos estadísticos comunes, lo cual dificulta la aprehensión de la dimensión del problema y la búsqueda de soluciones por parte de las políticas públicas y de las propias empresas.

El informe de evaluación de la *Estrategia comunitaria 2007-2012* terminaba aconsejando la elaboración de una nueva Estrategia,

<sup>30</sup> Añadiendo una nueva disp. ad. 7ª a la LPRL sobre asesoramiento técnico a empresas de menos de 25 trabajadores.

<sup>31</sup> Un análisis en detalle puede verse en LÓPEZ RUBIA, M.E.: «La aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en las pymes: últimas modificaciones normativas», *Lan Harremanak*, núm. 28, 2013, págs. 252 y ss. o SALAS PORRAS, M.: «Retos y propuestas para implementar la seguridad y salud laboral en las empresas de tamaño micro, pequeño y mediano. Análisis desde la perspectiva jurídica europea y española», *RTSS (CEF)*, núm. 407, 2017, págs. 57 y ss.

<sup>32</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «La dimensión socio-laboral del pretendido -¿o pretencioso?- nuevo 'estatuto promocional del emprendedor'», en AA.VV.: «Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Análisis de los ámbitos educativo, mercantil, tributario y laboral», Madrid (CEF), 2013, pág. 242.

<sup>33</sup> GUNDÍN SANCENA, F.A.: «Economía irregular y trabajo no declarado: impacto sobre la salud y condiciones de trabajo», en AA.VV (RAMOS QUINTANA, M.I., Dir. y GRAU PINEDA, C., Coord.): «Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes», Albacete (Bomarzo), 2014, págs. 145 y ss.

<sup>34</sup> OIT: «Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación». Ginebra, Día mundial de la Seguridad y Salud, 28 de abril de 2010, pág. 11. Más específicamente, SANZ ALBERT, F.: «Estudio sobre riesgos laborales emergentes en el sector de la Construcción», Madrid (INSHT), Madrid, 2013, donde se abordan desde riesgos específicos centrados en la gestión de residuos o la utilización de productos químicos pasando por el vejeamiento de la población activa, la combinación de riesgos físicos y psicosociales o peligros naturales como las radiaciones solares.

coordinada con las políticas medioambientales y encaminada claramente hacia las dolencias músculo-esqueléticas, el estrés y los fallecimientos ligados a cánceres de tipo profesional, así como un papel más activo en la «investigación» de los nuevos riesgos, no limitándose a una tarea de control.

Esto es, el nuevo modelo estratégico centra la atención en la lucha contra el cáncer, principal causa de enfermedad y mortalidad ligada con el trabajo, pese a las actuaciones legislativas tendentes a garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana y del medio ambiente y en la exposición a los campos electromagnéticos, pues quedan ámbitos ligados a los nuevos riesgos huérfanos de regulación, como pueden ser la nanotecnología o los nanomateriales, que han de ser objeto de la oportuna investigación. Los riesgos nuevos están relacionados, en su mayor parte, con aplicaciones tecnológicas en el campo de las tecnologías verdes<sup>35</sup> (reciclado de basuras, construcciones verdes, bioenergías, aplicaciones energéticas de las biotecnologías o energía eólica, entre otras).

### 5.1. Antecedentes normativos y objetivos estratégicos en la Unión Europea

Las nefastas consecuencias que pueden generar en la salud laboral de los trabajadores han llevado a que los problemas de acoso y violencia –al igual que anteriormente lo fue el estrés– sean tenidos en cuenta en las últimas Estrategias comunitarias sobre seguridad y salud en el trabajo. Sin repasar todos los antecedentes, sí conviene mencionar al menos cómo la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo ya promovió al comienzo

del milenio una puesta en común de buenas prácticas de prevención de riesgos psicosociales y estrés de origen laboral –algunas dirigidas, precisamente, a la prevención del hostigamiento psicológico<sup>36</sup>– procedentes de 13 países miembros de la Unión Europea, con el objetivo de facilitar información para fomentar la prevención de tales riesgos<sup>37</sup>. Por otro lado, el documento de la Comisión Europea sobre una *Estrategia Comunitaria en Seguridad y Salud, para los años 2002 a 2006*, ya menciona en esos momentos como uno de los llamados riesgos emergentes al acoso moral, anunciando el propósito de examinar la conveniencia y el ámbito de un instrumento comunitario sobre intimidación y violencia en el trabajo<sup>38</sup>. En relación con ello tomaba en cuenta la Resolución 2001/2339 del Parlamento Europeo, sobre el acoso en el lugar de trabajo, subrayando la importancia de investigar con mayor detalle el acoso moral en relación, no sólo con aspectos de la organización del trabajo, sino con factores como el sexo, la edad, el sector y la profesión. Además, proponía un análisis de la situación particular de las mujeres víctimas de acoso, dado que estas pueden ser más propensas al mismo por la mayor precariedad de sus empleos<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Sobre el particular, CES GARCÍA, E.M.: «El mobbing, un nuevo riesgo laboral a prevenir en la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2002», RMTAS, núm. 37, 2002, págs. 205 y ss.

<sup>37</sup> AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: Prevención de riesgos psicosociales y estrés laboral en la práctica. <http://www.osha.eu.int>, 2003.

<sup>38</sup> Fenómeno ya denunciado por la doctrina. Entre otros, ROGERS, K.A. y CHAPPELL, D.: «Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo», Madrid (MTAS), 2004.

<sup>39</sup> Pues no se olvide que muchas féminas desarrollan lo que se denomina «doble presencia», es decir, son trabajadoras y cuidadoras de familia, con lo que sus jornadas se alargan y se plantea un conflicto de roles que traen como consecuencia un incremento de los riesgos en el ámbito laboral ligados a la sobrecarga y al estrés que las hace más vulnerables, también, a conductas de acoso moral. En tal sentido, entre muchos, PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «Acoso moral en el trabajo, tutela procesal y reparación de daños», Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2006, pág. 114.

<sup>35</sup> Con mayor detalle, AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: «Green Jobs and occupational safety and health: Foresight on new and emerging risk associated with new technologies by 2020», Luxemburgo, 2013. En la doctrina, por todos, AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Empleos verdes y Prevención de riesgos laborales», Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

Con vistas a lograr estos objetivos aconseja poner en práctica políticas de prevención eficaces, a partir de un sistema de intercambio de experiencias, definiendo procedimientos adecuados para solucionar el problema de las víctimas de acoso y evitar su repetición a la vez que recomienda, con esta misma finalidad, el desarrollo de la información y la formación de los trabajadores en todos los niveles, de los interlocutores sociales y de los médicos especialistas en Medicina del Trabajo.

En este contexto, una de las finalidades del *Acuerdo Marco europeo sobre acoso y violencia en el trabajo* de 26 de abril de 2007 estriba, precisamente, en proporcionar a los empresarios, los trabajadores y sus representantes un marco orientado a la acción para prevenir, identificar y tratar estos problemas<sup>40</sup>, aludiendo a medidas de alcance general que pueden reducir la probabilidad de que se produzcan situaciones de acoso y de violencia, tales como elevar la concienciación sobre estas y una formación adecuada de directivos y de trabajadores junto a la necesidad de que las empresas manifiesten una voluntad clara de no tolerar dichas situaciones.

Desde otro punto de vista, dejando de lado los riesgos de carácter psicosocial y la enfermedad mental, se calcula que entre el 4 y el 8,5 % del total de los casos de cáncer resultan atribuibles a la exposición profesional. Las muertes asociadas a sustancias químicas suponen prácticamente la mitad de los fallecimientos relacionados con el trabajo. Y aunque se han realizado grandes esfuerzos para prevenir las enfermedades profesionales, así como los riesgos nuevos o emergentes y se han aprobado normas específicas a nivel comunitario para regular las sustancias químicas, con el objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana y el medio ambiente y abordar la exposición a los campos electromagnéticos, las mismas resultan

insuficientes. Dada la gravedad del problema, la Comisión considera que las enfermedades profesionales como el cáncer, y aquellas otras causadas por el amianto, las que afectan al pulmón o a la piel, así como el asma y otras enfermedades crónicas requieren una atención específica continuada.

Y aunque el bienestar en el trabajo y las condiciones laborales han mejorado sustancialmente gracias a las nuevas tecnologías y a las numerosas innovaciones en la organización del trabajo, la prevención eficaz de las enfermedades relacionadas con el trabajo requiere anticiparse a los posibles efectos negativos de esas nuevas tecnologías en la salud y la seguridad de los trabajadores. Sin duda, la aplicación industrial de nuevas tecnologías da lugar a nuevos productos y procesos, que deben ser sometidos a ensayo y verificados en la medida suficiente como para garantizar que son seguros y que no presentan riesgos graves para los consumidores ni para los trabajadores. Los nanomateriales son un ejemplo de ello<sup>41</sup>, ya que pueden tener propiedades únicas que pueden requerir nuevos métodos de ensayo de la toxicidad y herramientas para la predicción del riesgo desde la fase de desarrollo del producto, a fin de tener debidamente en cuenta todo lo relacionado con la seguridad. También resulta necesario abordar otros riesgos emergentes relacionados con el desarrollo de las biotecnologías y las tecnologías verdes.

Los cambios en la organización del trabajo derivados de la evolución de las TIC, en particular los que permiten la conectividad constante<sup>42</sup>, abren unas posibilidades enormes a los procesos de trabajo flexibles e interactivos<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> RODRÍGUEZ CASÁIS, R.: «Incapacidades laborales y nuevas tecnologías», en AA.VV. (AESSS): «Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación», Murcia (Laborum), 2017, págs. 783 y ss.

<sup>42</sup> Una primera aproximación al derecho de desconexión digital en ALEMÁN PÁEZ, F.: «El derecho de desconexión digital», *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017, págs. 12 y ss.

<sup>43</sup> Prestando especial atención al lado oscuro de la innovación técnica desde el punto de vista de la salud laboral, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La falta de adaptación al puesto de

<sup>40</sup> Ampliamente sobre el particular me pronuncié en MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup>R.: «Reflexiones en torno al Acuerdo marco europeo sobre el estrés en el trabajo», *AS*, núm. 22, 2005, págs. 71 y ss.

Se ha producido, asimismo, un aumento de la diversidad de la mano de obra, como reflejan las nuevas disposiciones contractuales y los nuevos patrones de trabajo atípicos, generando una rotación del personal mayor, debido al acortamiento de las tareas, especialmente en el caso de los trabajadores más jóvenes. Conectando con esta preocupación, seguramente en este terreno es donde cabe apreciar con mayor claridad la absoluta desconexión entre las medidas emprendidas en orden a la flexibilización de los ordenamientos laborales y su creciente precarización consentida y promovida también desde las propias instancias comunitarias, con una preocupación real y efectiva acerca de la necesidad de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, como forma de asegurar un trabajo decente y un empleo de calidad. Este último elemento cualitativo de la calidad del trabajo, aun cuando es destacado por el marco estratégico, en la práctica queda algo descuidado en su contenido y desarrollo<sup>44</sup>. De hecho, las encuestas siguen poniendo de manifiesto que el estrés es uno de los principales riesgos profesionales (53 %), seguido de los riesgos ergonómicos (movimientos repetitivos o posturas agotadoras o dolorosas) (28 %) y el levantamiento, transporte o desplazamiento diarios de cargas (24 %). En esta línea, la preocupación a escala mundial por el problema se refleja en la OMS que ya publicó en el año 2010 el Informe *Salud Mental y Bienestar en el Trabajo*, donde se centra la atención en la relevancia del cuidado de los aspectos psicológicos en los lugares de trabajo y se proponen buenas prácticas y actuaciones en orden a la promoción de la salud mental y el bienestar psicológico en el trabajo<sup>45</sup>.

trabajo como factor de riesgo: incidencia de las nuevas tecnologías», en AA.VV. (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., Coord.): «Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León», Madrid (Reus/Eolas), 2016, págs. 33 y ss.

<sup>44</sup> VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y VALLECILLO GÁMEZ, O.: «La promoción de la salud y el bienestar en los ambientes de trabajo: a propósito del 'Pacto europeo por la salud mental y el bienestar'», *Revista de Prevención de Riesgos Psicosociales y Bienestar en el Trabajo*, núm. 2, 2010, págs. 111 y ss.

<sup>45</sup> La preocupación de la OMS por este problema que no para de crecer se refleja también con carácter general en el

También merecen especial atención las repercusiones que tienen en la salud física y mental los cambios en la organización del trabajo, sin olvidar, por último, la necesaria lectura de género, pues las mujeres, en particular, pueden afrontar riesgos específicos, como son los trastornos musculoesqueléticos o determinados tipos de cáncer, debido a la naturaleza de algunos trabajos en los que su presencia es mayor<sup>46</sup>.

## 5.2. Los riesgos emergentes y su afrontamiento en el ordenamiento español

La reducción de las cifras de accidentes de trabajo en nuestro país, reflejo natural de las abultadas cifras de desempleo, del frenazo del sector de la construcción y de la desaparición de determinadas prácticas laborales y salariales ha ido parejo al simultáneo incremento de las enfermedades relacionadas con el trabajo, en especial de tipo psicológico o psicosomático con causa, al menos en parte, en el desempleo o el temor al mismo, en los cambios a la baja operados en las condiciones de trabajo y en las dificultades económicas que atraviesan muchos trabajadores, unidos a las mayores exigencias en materia de jornada, el incremento de la carga de trabajo y las responsabilidades, así como la importancia de la competitividad y el control de resultados.

### 5.2.1. Consideraciones generales a propósito de la noción de riesgo psicosocial en el ordenamiento interno

La prevención del riesgo psicosocial – junto a las cuestiones sobre tutela sustan-

«Plan de acción sobre salud mental 2013-2020».

<sup>46</sup> EU-OSHA, 2013. «New risks and trends in the safety and health of women at work» (Nuevos riesgos y tendencias en la salud y la seguridad de las mujeres en el trabajo).

<https://osha.europa.eu/en/publications/reports/new-risks-and-trends-in-the-safety-and-health-of-women-atwork/>

tiva, reparadora y sancionadora<sup>47</sup>— constituye un punto de partida crucial en orden a la posible erradicación de conductas que vician los ambientes laborales de modo alarmante, pues siendo factores en expansión y emergencia, susceptibles de lesionar la salud de los trabajadores, han de formar parte, inevitablemente, de una concepción integral de la salud laboral en las empresas<sup>48</sup>, en línea con las últimas tendencias internacionales.

Los factores de riesgo psicosocial están más vinculados al objetivo de alcanzar un «bienestar» personal y social de los trabajadores y una «calidad de vida» en el trabajo y el empleo que a la clásica perspectiva de seguridad e higiene en el trabajo de evitar accidentes y enfermedades profesionales. Emanan de la organización del trabajo, de la estructura empresarial y del entramado de relaciones dentro de la empresa, que constituye el ámbito donde el hombre desarrolla gran parte de su existencia y del que espera la satisfacción de muchas aspiraciones, lo cual incide en su salud psíquica y social e indirectamente en la física<sup>49</sup>. En consecuencia, y aunque está claro que se integran perfectamente en el concepto amplio de salud que viene acogiendo desde antaño la OMS, no puede dudarse que representan, desde hace más de una década, una auténtica innovación, cuando no revolución, en la comprensión del entero sistema español

<sup>47</sup> Con carácter general sobre tales cuestiones *vid.* ÁLVAREZ CUESTA, H.; FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.; QUIRÓS HIDALGO, J.G.; MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «La tutela reparadora de los riesgos psicosociales», Lisboa (Juruá), 2010.

<sup>48</sup> Una primera reflexión en MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R.: «Prevención del riesgo psicosocial: del contexto normativo a su eficacia en las empresas», *Gestión práctica de riesgos laborales (Especial Directivos Grupo Walters Kluwer)*, núm. 55, 2008, págs. 28 y ss.

<sup>49</sup> Paraphraseando a AGRA VIFORCOS, B.: «Derecho de la seguridad y salud en el trabajo», *cit.*, pág. 26, quien propone como factores a considerar en su valoración: jornada, horario, ritmo de trabajo, automatización de la producción, posibilidad de promoción, estabilidad, conciliación de la vida personal y laboral, estilo de mando, comunicación, autonomía, participación en la toma de decisiones, relaciones interpersonales, etc.

de la seguridad y salud en el trabajo en su vertiente preventiva<sup>50</sup>.

El inicio de la tipificación jurídica del concepto de acoso moral, como paradigma de los riesgos psicosociales, ha venido muy marcado por nociones propias de la psicología, psiquiatría y medicina del trabajo, centrándose más en los aspectos de prevención de riesgos laborales<sup>51</sup> que en la afectación de esta conducta a los derechos fundamentales y laborales del trabajador. Y ello obedece precisamente a que los primeros casos de *mobbing* que han llegado a los Tribunales han tenido como eje central el daño psicológico grave producido al trabajador afectado y ha sido esencial la prueba pericial del daño causado a la salud mental de la víctima<sup>52</sup>.

Los recientes estudios sobre violencia en el trabajo emplean diferentes términos («*bullying*», como sinónimo de violencia física y «*mobbing*», que literalmente significa atacar o atropellar, y cabe traducir por psicoterror

<sup>50</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevas dimensiones de la 'prevención' y el 'aseguramiento' de riesgos profesionales: 'enfermedades del trabajo' y 'riesgos emergentes'», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N., Dirs.): «Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», Granada (Comares), 2005, pág. 95.

<sup>51</sup> Sobre el particular, AA.VV.: «Prevención del acoso moral y de la violencia sobre el lugar de trabajo», Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, 2003; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales», AS, 2005, T. V, págs. 547 y ss.; CUATRECASAS ABOGADOS, S.A.: «Código de buenas prácticas en prevención del acoso laboral en el trabajo», Madrid, julio, 2006; MONCADA Y LLUIS, S. y LLORENS SERRANO, C.: «Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico, Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y Seguridad Social, núm. 12, 2004, págs. 15 y ss.; RODRÍGUEZ COPÉ, M<sup>a</sup>.L.: «Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «Acoso moral en el trabajo, tutela procesal y reparación de daños», *cit.*, págs. 121 y ss.; ROJAS RIVERO, G.P.: «Delimitación, prevención y tutela del acoso moral», Albacete (Bomarzo), 2005, págs. 28 y ss. o VALLEJO DACOSTA, R.: «Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora», Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2005, págs. 64 y ss.

<sup>52</sup> Entre muchos, ALTÉS TÁRREGA, J.A.: «El acoso del trabajador en la empresa», Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.

laboral u hostigamiento psicológico) para referirse a aquella situación en la cual una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles, que provocan como síntomas más característicos ansiedad, pérdida de autoestima, úlcera gastrointestinal y depresión.

El acoso moral en el trabajo o *mobbing*, caracterizado por la concurrencia de un elemento intencional lesivo y por conductas hostigadoras sistemáticas malintencionadas y perversas ejercidas sobre el trabajador, bien por parte del empleador o superiores jerárquicos o por compañeros de igual nivel, con el propósito de socavar su voluntad y forzar su salida de la organización se ha consolidado –al igual que el *burn out*<sup>53</sup>– como figura causante de graves alteraciones de salud laboral en los países de la Unión Europea. Tales comportamientos hostiles pueden no ser muy significativos; es su repetición y su intencionalidad más o menos consciente de hacer daño a una persona en concreto, lo que constituye el acoso moral. Esto es, la diferencia entre el *mobbing* y cualquier otro conflicto interpersonal en el medio laboral presenta tres rasgos diferenciales principales: la duración, la repetición y la relación asimétrica o desigual entre las dos partes en conflicto<sup>54</sup>. Dicho acoso psicológico, por tanto, no es una enfermedad, sino una serie de conductas –inaceptables en una sociedad respetuosa con los derechos humanos– ejercidas generalmente por quien ocupa un puesto de superioridad sobre la persona elegida como víctima en lo referente a la organización del trabajo, prepotencia económica, ejecutiva, etc. y cuyas consecuencias se amplifican cuando hay más miembros de la familia trabajando en la misma empresa<sup>55</sup>. La superioridad

suele ser ejercida por medio de diversas conductas, tales como tomar decisiones que afectan al trabajador víctima del acoso en aspectos muy diversos de su trabajo (lugar, horario, actividad concreta, modo de realización, medios a emplear, personas con las que colaborar, etc.)<sup>56</sup>; cortar o limitar iniciativas manifestadas por el trabajador; llevar a cabo medidas de control, vigilancia o denuncia sobre las tareas realizadas por el mismo, de forma que éste se sienta amenazado ante cualquier incidencia; limitar malintencionadamente el acceso de la persona a cursos, promociones, ascensos o, en fin, adoptar decisiones más graves –por la influencia que puedan tener en la vida familiar de la persona acosada– relativas a su disponi-

aún más traumático para el trabajador que si el daño se dirigiera contra sí mismo, ya que el sentido de lo injusto y de la indefensión son más graves. CASTELLANO ARROYO, M.: «Descripción, análisis, diagnóstico y tratamiento de las patologías psiquiátricas de etiología socio-laboral», *Alcor de mgo*, núm. 0, 2004, pág. 33.

<sup>56</sup> Sin ánimo de exhaustividad, tales conductas podrían consistir en asignar trabajos sin valor o utilidad alguna; dejar a la persona sin ninguna actividad que hacer, ni siquiera a iniciativa propia; rebajarla asignándole trabajos por debajo de su capacidad profesional o sus competencias habituales; ejercer contra la misma una presión indebida o arbitraria para realizar su trabajo; desvalorar sistemáticamente su esfuerzo o éxito profesional o atribuirlo a otros factores o a terceros; evaluar su trabajo de manera inequitativa o de forma sesgada; amplificar y dramatizar de manera injustificada errores pequeños o intrascendentes; menospreciar o menoscarar personal o profesionalmente a la persona; asignar plazos de ejecución o cargas de trabajo irrazonables; restringir las posibilidades de comunicarse, hablar o reunirse con el superior; ningunear, ignorar, excluir o hacer el vacío, fingir no verle o hacerle «invisible»; interrumpir continuamente impidiendo expresarse y avasallando a la persona; intentar desmoralizar o desanimar; abrumar con una carga de trabajo insostenible; desestabilizarla emocionalmente para hacerla explotar; realizar críticas o reproches por cualquier cosa que hace o decisión que toma en su trabajo; controlar aspectos laborales de forma malintencionada; acusar, sin base o fundamento, por incumplimiento, errores o fallos inconcretos y difusos; modificar el trabajo a realizar o sus responsabilidades sin informar; minusvalorar su trabajo; humillar y despreciar a la persona en público o ante colegas; chillar, gritar o elevar la voz con vistas a intimidar; privar de información imprescindible y necesaria para hacer el trabajo; prohibir a otros trabajadores hablar con la persona; forzarla a realizar trabajos que van contra la ética o la legalidad; o, en fin, amenazar con usar instrumentos disciplinarios contra ella (traslados forzosos, despidos, etc.), CASTELLANO ARROYO, M.: «Descripción, análisis, diagnóstico y tratamiento de las patologías psiquiátricas de etiología socio-laboral», cit., págs. 38-39.

<sup>53</sup> Sobre el fenómeno ya me pronuncié en MARTÍNEZ BARROSO, M.<sup>a</sup>R.: «Sobre las enfermedades profesionales no listadas. A propósito de un supuesto de 'síndrome de desgaste personal' o de 'burn-out'», *RDS*, núm. 10, 2000, págs. 187 y ss.

<sup>54</sup> RUIZ CASTILLO, M.<sup>a</sup>M.: «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», *RL*, núm. 10, 2004, pág. 38.

<sup>55</sup> Pues en tal caso puede suceder que las decisiones empresariales negativas recaigan sobre estos familiares, lo cual es

bilidad laboral, traslados forzosos, despidos..., en cuyo caso suelen conducir inevitablemente a la judicialización del caso<sup>57</sup>. Tales comportamientos pueden causar graves daños psicológicos, físicos o profesionales. A pesar del cúmulo de pronunciamientos judiciales sobre acoso moral en el trabajo recopilados en los anales forenses, lo cierto es que tras más de una década de bagaje en el tratamiento jurídico de esta patología laboral, aún se ofrecen por parte de la jurisdicción aportaciones necesarias para continuar avanzando en su tutela efectiva<sup>58</sup>.

### 5.2.2. *Medidas legislativas orientadas a la prevención del riesgo psicosocial a nivel nacional, a partir del deber de protección empresarial*

Los más solventes estudios sobre el tratamiento de las distintas formas de violencia en el trabajo han ido haciendo énfasis en la necesaria prevención de la misma orientada a la eliminación de sus causas, más que a la priorización de los mecanismos reactivos de signo paliativo<sup>59</sup>, llegando a ser considerada tal

actividad preventiva como un elemento básico para mejorar la vida laboral y evitar la exclusión social, dentro de un contexto más amplio que postula la mejora continua del «bienestar» en el trabajo.

En la *Estrategia española sobre seguridad y salud 2007-2012*, se aludía ya al «desarrollo de nuevos factores de riesgo» como la «violencia en el trabajo, incluido el acoso moral y sexual»<sup>60</sup> y el INSHT los ha incluido dentro de sus Notas Técnicas de Prevención, pues para evitar la excesiva judicialización de las relaciones laborales y el impresionante número de víctimas resulta necesario implantar medidas preventivas<sup>61</sup>. No obstante, como se ha destacado, en tono crítico<sup>62</sup>, más allá de las medidas de concienciación, formación y afirmación de tolerancia cero contra el acoso y la violencia<sup>63</sup> a que alude el *Acuerdo marco europeo*, como herramienta de prevención, no queda recogida una eventual aplicación a estos casos de los instrumentos preventivos en materia de salud y seguridad laboral que es-

<sup>57</sup> Una excelente aportación jurídica en AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «Reflexiones al hilo de la jurisprudencia sobre el hostigamiento psicológico en el trabajo (mobbing)», *REDT*, núm. 115, 2003, págs. 111-144 y «La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo», Murcia (Laborum), 2004, págs. 66 y ss., analizando cada uno de los comportamientos o ROMERO RÓDENAS, M<sup>a</sup>.J.: «Protección frente al acoso en el trabajo», Albacete (Bomarzo), 2005.

<sup>58</sup> Lo cual desvela la labor trascendental y compleja que tienen encomendada los Juzgados y Tribunales en la sustanciación de este tipo de ilícitos. Interesantes análisis al respecto en CONDE COLMENERO, P.: «Tutela judicial y administrativa de los supuestos de acoso moral en el trabajo. La actuación de la Inspección de trabajo y la singularidad del procedimiento de oficio regulado en el art. 149.2 LPL», *AS*, núm. 9, 2007, págs. 54 y ss. o DE SOTO RIOJA, S.: «Un fallido caso de mobbing, por razón de la exigibilidad del litisconsorcio pasivo necesario de empresario y autor o responsable directo de la conducta ofensiva: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2008», *RL*, núm. 141, 2009, págs. 181 y ss.

<sup>59</sup> DI MARTINO, V. y MUSRI, M.: «Guidance for the prevention of the stress and the violence on the workplace», Department of Occupational Safety and Health, Malaysia (Kuala Lumpur), 2008, pág. 8.

<sup>60</sup> COMISIÓN EUROPEA: Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), COM (2007), 62 final.

<sup>61</sup> Los servicios de prevención, ayudados por los sindicatos e Inspección de Trabajo, deberían ser los actores principales de la prevención del acoso. NÚÑEZ, M<sup>a</sup>.R.: «Los servicios de prevención ante el acoso moral en el trabajo: diagnóstico y prevención», *Lan Harremanak*, núm. 7, 2002, pág. 219.

<sup>62</sup> OBSERVATORIO DE RELACIONES LABORALES: «Acuerdos europeos sobre el acoso laboral», *Cauces (Cuadernos del Consejo Económico y Social)*, núm. 1, 2007, pág. 26.

<sup>63</sup> Dichas declaraciones de «no tolerancia del acoso y la violencia», deberán especificar los procedimientos a seguir cuando se produzcan manifestaciones violentas, estableciendo ya la norma convencional algunos aspectos orientativos al respecto, tales como la discreción y confidencialidad, la diligencia en la investigación de las quejas, principios procedimentales de audiencia, imparcialidad y trato correcto hacia las personas involucradas, así como la necesidad de que dichas quejas deban ir respaldadas por información detallada, sin que puedan ser toleradas falsas acusaciones que puedan llevar aparejada una acción disciplinaria. Asimismo, tales procedimientos podrán incluir una etapa informal en la cual una persona de confianza de la dirección y los trabajadores esté disponible para proporcionar asistencia y asesoramiento y, por último, de confirmarse que se ha producido una situación de acoso o violencia, se establecerán medidas disciplinarias contra el autor así como el apoyo preciso para lograr la reincorporación de la víctima.

tén previstos normativa o convencionalmente en cada ámbito –con ánimo no exhaustivo, las Directivas comunitarias sobre aplicación del principio de igualdad y la Directiva 89/391 sobre medidas para fomentar la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo–.

Si tales riesgos psicosociales representan un grave riesgo para la salud cuyo origen se encuentra en los lugares de trabajo, el empresario, por aplicación de la normativa preventcionista de riesgos laborales, debe evitar encarecidamente su aparición, ya que dichas conductas pueden ocasionar serios daños a la salud física y mental de los trabajadores. En concreto, y en cumplimiento del deber de prevención, *ex art. 14.2 LPRL*, el empleador deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, lo cual supone no sólo un intento de que no se produzca ningún riesgo, sino la obligación de garantizar que tal daño no va a producirse, considerándose, desde luego, incluida la salud psíquica dentro del global concepto de salud a proteger. Es más, cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando, con ocasión de la vigilancia de la salud prevista en el art. 22 LPRL, aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario deberá llevar a cabo una investigación al respecto, «a fin de detectar las causas de estos hechos», previsión llamada a tener un importante juego en los casos de daño o lesión psíquica derivada de acoso moral en el trabajo<sup>64</sup>. A partir de lo anterior, la empresa debe realizar una evaluación en la que habrá de incluir el análisis de los riesgos psicosocia-

les<sup>65</sup>, especialmente de determinados aspectos o factores (sobrecarga en el trabajo, aspectos organizativos, distribución de responsabilidades, toma de decisiones, relaciones personales...) así como las características personales<sup>66</sup> de los trabajadores, tal y como contempla el art. 25 de la misma Ley; evaluación que habrá de ser revisada y actualizada cuando cambie cualquier factor o condición de los analizados (cambios organizativos, nuevas tecnologías, reestructuración de personal, falta de recursos, carga de trabajo, situaciones en las condiciones personales o biológicas de algún trabajador...), a lo que habrá que añadir algún daño para la salud de los trabajadores.

El siguiente paso será el establecimiento de un plan de prevención en el cual se integren las medias preventivas tendentes a evitar los conflictos de relaciones y el acoso o, si este surge, destinado a evitar las repercusiones en la salud de los trabajadores, sin descuidar el deber de formación e información recogido en el art. 19 LPRL y de la vigilancia periódica de la salud. El carácter voluntario que, como regla general, tienen para el trabajador los reconocimientos médicos destinados al cumplimiento de la obligación empresarial de vigilancia de la salud de sus trabajadores puede suponer una dificultad añadida en el supuesto del acoso, pues uno de los efectos típicos provocados en la víctima por la conducta acosadora consiste en su temor ante las posibles reacciones negativas por parte de terceros ante el conocimiento de esta situación, lo que puede propiciar que la víctima adopte, en estos casos,

<sup>64</sup> Considerando que los exámenes médicos de salud deben efectuarse en función, tanto de las tareas que habitualmente desempeñe el trabajador, como de las que eventualmente pudiera llegar a desempeñar, ya sea por resultarle exigibles por el propio pacto de determinación de la prestación de trabajo, ya por constituir funciones propias de su grupo profesional, MONTOYA MEDINA, D.: «En torno al alcance de ciertos condicionantes legales de la vigilancia de la salud de los trabajadores», *Trabajo y Derecho*, núm. 29, 2017, pág. 49.

<sup>65</sup> Sobre el escaso número de empresarios que en nuestro país evalúan este tipo de riesgos, sobre las dificultades que plantea, las carencias del método planteado y las desventajas de centrar el análisis únicamente en los cuestionarios, entre otros, MOLINA NAVARRETE, C. y GARCÍA GIMÉNEZ, M.: «Más allá de un 'cuestionario': De la 'evaluación de riesgos' a la 'intervención psicosocial'», *Revista de Prevención de Riesgos Psicosociales y Bienestar en el Trabajo*, núm. 2, 2010, págs. 7 y ss.

<sup>66</sup> Ampliamente sobre las características y circunstancias personales con relieve específico en la salud laboral, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Características personales», en AA.VV. (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., Coord.): «Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León», cit., págs. 65 y ss.

actitudes de aislamiento o retraimiento, favorecedoras de su negativa a realizar aquellos reconocimientos. Ello no obstante, el incumplimiento de la obligación de vigilancia de la salud del trabajador víctima de acoso a través de los correspondientes reconocimientos médicos constituye una infracción grave del art. 12.2 LISOS, así como la inobservancia del deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores objeto de acoso (art. 13.5 LISOS). Sólo en casos muy excepcionales y en función de la gravedad de la conducta podrían ser aplicables los arts. 12.7 y 13.4 LISOS, cuando el empresario adscribiera deliberadamente a trabajadores objeto de este acoso «a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o con sus condiciones psico-físicas, o a tareas peligrosas o nocivas para su salud, sin tomar en consideración su capacidad profesional en materia de seguridad y salud en el trabajo»<sup>67</sup>.

La clave fundamental para eliminar esta lacra del mundo laboral reside, por tanto, en la participación activa de los diversos agentes implicados (Administración, servicios de prevención, empresas, interlocutores sociales), sin olvidar que la formación en aspectos psicosociales resulta fundamental. Ampliación formativa, conviene subrayarlo, que reviste una especial importancia respecto de los trabajadores que tienen asignadas funciones directivas, pues desde tal posición pueden contribuir de modo significativo a detectar y prevenir los riesgos susceptibles de forjar situaciones de acoso moral<sup>68</sup>.

En definitiva, la existencia de riesgos psicosociales derivados de una situación de acoso puede y deber ser prevista y evitada dentro de los mecanismos legales, sin perjuicio de la

necesaria profundización en la prevención del mismo a través de otras vías alternativas, como la implicación de las partes sociales para hacer frente a los ataques contra la dignidad de los trabajadores a través de la negociación colectiva y la implantación de códigos de conducta en las empresas.

### 5.2.3. Instrumentos específicos de lucha contra los riesgos emergentes

Es frecuente en la actualidad, que estando la prevención de riesgos enfocada básicamente a la protección de la salud física del trabajador, la planificación de las medidas preventivas deje de lado las patologías psicológicas derivadas del trabajo. Su importancia creciente y el carácter pluriofensivo de sus efectos exigen, sin embargo, una respuesta normativa con la virtualidad suficiente para impulsar una política integral de prevención de riesgos laborales<sup>69</sup>. Y en este ámbito, el papel del Estado debe ser completado necesariamente por otras vías, siendo la negociación colectiva la que mejor permite llevar a efecto el necesario proceso de adecuación de las medidas preventivas a las particularidades organizativas del sector o empresa donde vayan a ser aplicadas.

#### A. Negociación colectiva, códigos de conducta y protocolos de actuación

La generación de un ambiente laboral libre de cualquier tipo de violencia está pasando a ser un objetivo empresarial de primer orden, articulándose en la negociación colectiva diversos procedimientos para detectar y erradicar conductas generadoras de acoso moral<sup>70</sup>. Los estudios convencionales realizados hasta el

<sup>67</sup> Punto 2.a) del Criterio Técnico sobre *mobbing* (acoso psicológico o moral), núm. 34/2003, adoptado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 14 de marzo de 2003.

<sup>68</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «El acoso moral en el trabajo: claves para su protección extrajudicial», Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, pág. 66.

<sup>69</sup> CORREA CARRASCO, M.: «Presentación», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «El acoso moral en el trabajo...», cit., pág. 11.

<sup>70</sup> COLLADO GARCÍA, L.: «Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (-mobbing-). Diferencias con otras figuras», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 2004, monográfico: *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y Seguridad Social*, pág. 57.

momento muestran que la atención dedicada al tema sigue siendo insuficiente<sup>71</sup>, en tanto la mayoría de los convenios se centran en el aspecto disciplinario del problema, caracterizando las conductas acosadoras como falta grave o muy grave. Sin embargo, el daño a la salud por conductas de acoso en una empresa es evitable, en la medida en que estén previstos instrumentos que permitan que el trabajador quede alejado de la situación tóxica que lo provoca, sea esta un determinado grupo humano o una concreta persona, estableciendo reglas para que los trabajadores que se consideran objeto de esas conductas tengan cauces que les permitan denunciarlas con una cierta garantía, regulando el procedimiento a seguir en esos casos a fin de que su análisis no quede contaminado por la persona o grupo al cual resulta imputable la conducta acosadora.

Los convenios no deben limitarse a establecer mecanismos de denuncia y punición de las situaciones de acoso que se activan una vez que tales situaciones ya se han producido, dando por hecho que no puede evitarse su aparición<sup>72</sup>. Por el contrario, tal instrumento normativo puede asumir un importante papel a la hora de concretar, como factores determinantes para una eficaz evaluación de riesgos, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos, teniendo en cuenta si hay puestos o trabajadores más vulnerables a que se materialicen dichas conductas. Además, puede coadyuvar en la elección de un método adecuado de evaluación en función de las características de la empresa<sup>73</sup>. El propio convenio puede definir también las normas éticas

y de buena conducta que han de informar las relaciones laborales y puede servir de freno a la materialización o el avance del *mobbing* en la empresa, prohibiendo e incluso sancionando todo tipo de conductas que impliquen violencia, coacción, chantaje, intimidación verbal, etc<sup>74</sup>.

La incipiente existencia de prácticas de empresa donde se establecen códigos de conducta y protocolos de actuación<sup>75</sup> dirigidos a atajar este tipo de comportamientos<sup>76</sup> constituye, sin duda, un primer paso en un camino —el del establecimiento de soluciones negociadas— que necesariamente debe ser transitado por los interlocutores sociales a través de procedimientos establecidos, revisados y supervisados por los empleadores, en consultas con los trabajadores y/o sus representantes, a fin de asegurar que resultan efectivos tanto en la prevención como en el tratamiento de los problemas cuando estos aparezcan. A tal objeto, resulta oportuno el establecimiento de un procedimiento de quejas *ad hoc*, articulado a través de los delegados de prevención, del Comité de Seguridad y Salud o de los propios representantes unitarios o sindicales, para que sean estos quienes trasladen las quejas a la empresa, denuncien los hechos ante la

---

moral por razón de género en la negociación colectiva», Madrid (Dirección General de la Mujer/Comunidad de Madrid), 2003.

<sup>74</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica», cit., pág. 117.

<sup>75</sup> Sobre los protocolos antiacoso, entre otros, GIMENO NAVARRO, M.A., et alii.: «Protocolos sobre acoso laboral. Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia general», Valencia (Tirant lo Blanch), 2009 o MANEIRO VÁZQUEZ, Y. y MIRANDA BOTO, J.M<sup>a</sup>.: «Las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo: los protocolos antiacoso», en AA.VV. (VELASCO PORTERO, M<sup>a</sup>T., Dir.): «Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras», Madrid (Tecnos), 2010, págs. 61 y ss.

<sup>76</sup> Ampliamente sobre el particular RODRÍGUEZ COPÉ, M<sup>a</sup>.L.: «Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «Acoso moral en el trabajo...», cit., págs. 121 y ss.; LANDA ZAPIRAÍN, J.P.: «Ética empresarial y responsabilidad social corporativa», en AA.VV. (GOÑI SEIN, J.L., Dir.): «Ética empresarial y códigos de conducta», Madrid (La Ley), 2011, págs. 145 y ss., en un contexto de responsabilidad social corporativa.

<sup>71</sup> TRUJILLO VILLANUEVA, F.: «*In memoriam*: poderes empresariales y acoso en la negociación colectiva», en AA.VV. (ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., Dir.): «La negociación colectiva en España: una mirada crítica», Valencia (CC-OO-Tirant lo Blanch), 2006, págs. 44 y ss.

<sup>72</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo», AS, núm. 11, 2007, pág. 21.

<sup>73</sup> Un análisis del tratamiento del acoso moral y sexual, desde la perspectiva de género, en la negociación colectiva en VILCHES ARRIBAS, M.J.; PÉREZ DEL RÍO, T. y HERNÁNDEZ CANOSA, M.: «Guía de criterios y cláusulas para el tratamiento del acoso sexual y

Inspección de Trabajo o actúen como coadyuvante en el correspondiente proceso judicial<sup>77</sup>, evitando al trabajador víctima de acoso un enfrentamiento directo con la empresa que puede suponer otro motivo más de preocupación que acreciente los efectos del *mobbing*, sin olvidar que puede darse cierta resistencia de la víctima a solicitar el amparo judicial, para salvaguardar su autoestima, imagen y prestigio social.

Por último, la negociación colectiva puede también crear «órganos propios de tutela» —especialmente importantes en las pequeñas empresas sin representación— competentes para tramitar las reclamaciones y orientar sobre formas más adecuadas de tutela en función del tipo de reclamación o incluso crear «comisiones para la investigación del acoso moral en la empresa» u «observatorios de género por sector productivo» que tengan en cuenta la

<sup>77</sup> Se da en relación con el acoso moral en el trabajo una circunstancia singular y característica de este tipo de conductas, y es que en muchas ocasiones la tramitación sucesiva de procedimientos judiciales deja en evidencia la secuencia de hechos o actuaciones que es propia del fenómeno, y que exige contemplar globalmente un conjunto de actos que aisladamente examinados pudieran parecer incluso intrascendentes. GARCÍA RODRÍGUEZ, B. y MARTÍNEZ MORENO, C.: «La tutela jurisdiccional frente al acoso laboral. Una aproximación al estado de la cuestión», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños», cit., pág. 219. La experiencia demuestra que la utilización del proceso especial de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales plantea frecuentes problemas a la hora de canalizar las demandas por acoso debido a que este, en la mayoría de los casos, se manifiesta en comportamientos complejos, integrados por múltiples actos aislados, a menudo difícilmente aprehensibles o identificables y producidos a lo largo de un período de tiempo más o menos prolongado. Insiste en ello ROJAS RIVERO, G.P.: «Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral», cit., pág. 173. Por tanto, y teniendo presente el carácter postestativo de dicha modalidad, no debe desdeñarse la posible ventaja de instar un procedimiento ordinario, que permite además alegar la infracción de legalidad ordinaria, incluso cuando el hostigamiento hubiera cesado. RÓMERO RÓDENAS, M.ª.J.: «Protección frente al acoso en el trabajo», cit., pág. 86. Sobre las peculiaridades jurisdiccionales, entre otros, GARCÍA CALLEJO, J.M.: «Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador», Madrid (FSP-UGT), 2003, especialmente págs. 114 y ss. o RIVAS VALLEJO, M.ª.P.: «Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia», Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2005, págs. 67 y ss.

vulnerabilidad de la mujer ante este tipo de fenómenos<sup>78</sup>.

## B. La Inspección de Trabajo, las auditorías de empresa, la concienciación social y otras propuestas de *lege ferenda*

La Inspección de Trabajo tiene una importante función en la tutela de derechos que pueden verse vulnerados por el acoso moral, en la medida en que su cometido fundamental reside en la vigilancia y control del cumplimiento de las normas laborales, incluidas las preventivas. Así, *ex arts.* 40 LPRL y 13 LOITSS, el trabajador y sus representantes pueden dirigirse ante este organismo denunciando anomalías en la práctica preventiva que pudieran desencadenar o implementar una situación de acoso o la falta de adopción de medidas frente a tales conductas<sup>79</sup>. Dicho órgano consigue, con su labor inspectora, no sólo reunir hechos y testimonios determinantes en el enjuiciamiento del acoso y que sirven, de modo definitivo, de prueba de la situación que sufre el trabajador, verificando la existencia del comportamiento ilícito<sup>80</sup> sino que, a la par, constituye instrumento clave en la sanción de este tipo de ilícitos. Resulta vital, por tanto, a efectos de prueba, la actuación que realiza dicho Cuerpo funcional<sup>81</sup>, en parale-

<sup>78</sup> Medidas propuestas, entre otros, por PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica», cit., pág. 117 o ROMERO RÓDENAS, M.ª.J.: «Protección frente al acoso en el trabajo», cit., págs. 60 y ss.

<sup>79</sup> Un dura crítica del Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (34/2003), sobre *Mobbing* (Acoso psicológico o moral) rechazando la consideración de la problemática del acoso como una cuestión de prevención de riesgos y reconduciéndola a un plano estrictamente laboral, a partir de las infracciones de carácter laboral del TRLISOS en MOLINA NAVARRERE, C.: «Del silencio de la Ley a la Ley del Silencio: ¿quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso moral en las Administraciones Públicas? Argumentos normativos para la ilegalidad y no vinculatoriedad del pretendido criterio técnico sobre *mobbing* de la DG de ITSS-CT 34/2003», *RTSS/CEF*, núm. 242, 2003, págs. 3 y ss.

<sup>80</sup> PINEDA SEGURA, C.: «El hostigamiento psicológico en el trabajo: el *mobbing*», *RTSS (CEF)*, núm. 215, 2001, pág. 193.

<sup>81</sup> Exquisitamente analizado, desde una utilísima vertiente de Derecho Comparado en ARUFE VARELA, A.: «Estudio compara-

lo al elevado número de actuaciones judiciales que ha de iniciar el trabajador –pues una conducta tan compleja y secuencial, difícilmente resulta incardinable en un único procedimiento judicial– y del proceder, incluso, del Comité de Empresa que coadyuva recabando pruebas y haciendo un seguimiento de la situación laboral de la víctima. En todo caso, el inspector tendrá que buscar una solución equitativa al conflicto si existiera una adecuada disposición de las partes a través de las medidas de requerimiento, recomendación o advertencia que co-respondan<sup>82</sup>.

La propia auditoría, emitiendo informes dirigidos a poner de manifiesto una opinión técnica sobre la eficacia y legalidad de dicho sistema<sup>83</sup>, puede constituirse en un mecanismo de control eficaz para que las empresas promuevan una prevención de calidad adoptando medidas para hacer frente al acoso moral.

En definitiva, tanto o más eficaz que todo lo anterior, sería la propia toma de conciencia por parte del legislador, procediendo a la reforma del art 15 LPRL, haciendo una referencia específica a la evitación de la violencia en

el trabajo entre los principios de la acción preventiva y una reforma del art. 26.12 LISOS, para incluirlo entre los supuestos específicamente enumerados para dar mayor consistencia a la actividad sancionadora de la Administración. Además, para lograr una prevención eficiente del riesgo psicosocial, cabe proponer, *de lege ferenda*, otras medidas adicionales, como la modificación del art. 4.2 LPRL, introduciendo una enumeración de riesgos entre los que figuren los psicosociales o desarrollando el propio art. 16 LPRL, haciendo especial hincapié en la necesidad de que la evaluación registre, obligatoriamente, referencias a tales tipos de riesgo y el plan de prevención delimite, en la estructura organizativa de la empresa, las responsabilidades y funciones que deberían tener los distintos componentes de la misma en relación con los riesgos psicosociales<sup>84</sup>.

Esto es, la prevención de la violencia en el trabajo exige la adopción de decisiones gubernativas por parte del Estado y de medidas técnicas por parte de la empresa que impidan un ambiente de trabajo hostil y destructivo a partir de la postulación de una cultura organizativa con normas y valores contra el acoso moral en todos los niveles de la organización que propicie la consecución de un buen clima laboral como uno de los objetivos fundamentales de la dirección, de importancia similar o superior a otros retos de la empresa. La clave fundamental para eliminar esta lacra del mundo laboral es la participación activa de los diversos agentes implicados<sup>85</sup>: Administración –haciendo cumplir la legislación vigente–; servicios de prevención –identificando, evaluando y evitando los riesgos–; empresas –implicando tanto a la dirección como a los mandos intermedios en la resolución de los conflictos–, y, por supuesto, los propios interlocutores so-

---

do de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa», Madrid (MTAS), 2007.

<sup>82</sup> No es fácil (o el éxito es incierto) que prosperen las demandas por *mobbing*; y, en todo caso, resulta nefasta para el trabajador una respuesta judicial negativa que le deja frente a frente de un acosador victorioso y crecido, por lo que es aconsejable siempre intentar la vía conciliadora ante la Inspección de Trabajo. RUIZ CASTILLO, M<sup>a</sup>.M.: «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», cit., pág. 55. Igualmente, defendiendo que la actividad de mediación y arbitraje de la ITSS puede adquirir singular importancia en los supuestos de acoso moral, VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: «La respuesta jurídico legal ante el acoso moral en el trabajo o *mobbing*», *Jornadas sobre mobbing organizadas por UGT*, Madrid, septiembre, 2001, pág. 4 o «Las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo frente al acoso moral o *mobbing*», *Lan Harremanak*, núm. 7, 2002, pág. 161 o AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «La respuesta jurídico laboral frente al acoso moral en el trabajo», cit., págs. 186-187.

<sup>83</sup> Sobre su funcionalidad en el marco de una prevención integrada en la gestión empresarial, MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R. y AGRA VIFORCOS, B.: «La auditoría en la prevención de riesgos laborales», Granada (Comares), 2010.

---

<sup>84</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica», cit., pág. 120.

<sup>85</sup> RODRÍGUEZ COPÉ, M<sup>a</sup>.L.: «Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso», en AA. VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «Acoso moral en el trabajo...», cit., pág. 153.

ciales –propiciando soluciones negociadas–, sin olvidar que la «formación» en aspectos psicosociales resulta fundamental, sobre todo para delegados de prevención, miembros de comités de empresa, equipos de intervención en emergencias<sup>86</sup>, etc.

## 6. ACTUACIONES PROGRAMÁTICAS PARA COMBATIR EL CAMBIO DEMOGRÁFICO

Si se compara el planteamiento y el contenido del *Marco Estratégico 2014-2020* con las dos Estrategias anteriores cabe apreciar un retroceso de los aspectos sociales, un menor reflejo de la preocupación por la mejora del bienestar en el trabajo y una acusada tendencia a un incremento del desvelo por el problema de los costes económicos, la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y por los posibles problemas de seguridad y salud derivados de la prolongación de la vida activa. Obviamente, la mejora de las condiciones de seguridad y salud puede repercutir positivamente y suponer un ahorro de costes, relevante en el terreno de la Seguridad Social, pero aun cuando el objetivo de «sostenibilidad» del sistema sea crucial desde un punto de vista financiero, no debe subordinar ni condicionar las decisiones en el terreno de la seguridad y salud, pues la trascendencia de los bienes jurídicos en juego le hace merecedor de una tutela propia, que debe mantenerse al margen de intereses ajenos y de decisiones propias de otros campos de actuación<sup>87</sup>.

Como reconoce la Comisión en la Comunicación de 2014 analizada, la población activa está envejeciendo, ya que la proporción de trabajadores de más edad en activo aumenta con respecto a la de trabajadores más jóvenes.

Según las proyecciones de población de Eurostat (Europop 2010), se espera que, en la Europa de los 27, la población activa de entre 55 y 64 años aumente en torno al 16 % entre 2010 y 2030. De ahí la necesidad de proponer medidas reactivas al respecto, pues evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral, desde el primer empleo, es clave para que puedan «trabajar más tiempo».

### 6.1. Las recetas de la Unión Europea para favorecer el envejecimiento activo

En el Libro Blanco de la Comisión sobre las pensiones, elaborado en el año 2012<sup>88</sup>, ya se pide que, a fin de garantizar unos sistemas de pensiones adecuados y sostenibles, se prolongue la vida laboral, para lo cual resulta necesario que se den unas condiciones de trabajo adecuadas. Esto es, como premisa para lograr una vida laboral sostenible y un envejecimiento activo y saludable, resulta necesario que los trabajadores tengan salud y seguridad. En esta aseveración cabe apreciar cierta mutación en el objetivo primordial de la seguridad y salud en el trabajo, pues ya no se persigue solamente la tutela de los bienes jurídicos implicados o la indemnidad del trabajador, sino que se busca un fin centrado en otros intereses menos altruistas: lograr un incremento del tiempo en que el trabajador puede prestar servicios<sup>89</sup>, habida cuenta, en particular,

<sup>88</sup> Libro Blanco «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», COM (2012) 55 final.

<sup>89</sup> Planteamiento que también avala la OIT al considerar necesario adoptar políticas y prácticas sólidas en materia de seguridad y salud en el trabajo que inviertan en la seguridad, la salud y el bienestar de los trabajadores durante su vida laboral, para mantenerlos empleados más tiempo y mejorar su bienestar: *Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación*, Ginebra, Día Mundial de la Seguridad y Salud, 28 de abril de 2010, pág. 8. En la doctrina, AA.VV. (GIRÓ MIRANDA, J., Coord.): «Envejecimiento activo, envejecimiento en positivo», Universidad de La Rioja, 2006 o

<sup>86</sup> SÁNCHEZ FIERRO, J.: «Los trastornos psicosociales en el mundo del trabajo. Respuestas desde la Psicología y el Derecho», *Alcor de mgo*, núm. 0, 2004, pág. 50.

<sup>87</sup> IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>.T.: «Hacia un enfoque más economista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo: Reflexiones críticas a la luz del marco estratégico 2014-2020», cit., págs. 22-23.

del envejecimiento de la población activa y la prolongación de la vida laboral dependerá la sostenibilidad del sistema de pensiones. Para ello es necesario, a través del fomento de la cultura preventiva, crear un entorno seguro y saludable a lo largo de toda la vida activa de una mano de obra cada vez más diversificada.

Entre las medidas propuestas por la Comisión para prolongar adecuadamente una carrera profesional, figura la adaptación del lugar de trabajo y la organización de este, incluida la jornada laboral, la accesibilidad del puesto y las intervenciones específicamente dirigidas a los trabajadores de más edad<sup>90</sup>. Sin olvidar que para hacer frente a las cambiantes capacidades de los trabajadores a causa del envejecimiento, también es importante desarrollar la empleabilidad a lo largo de toda la vida. Diversos productos y servicios innovadores en el ámbito de las TIC (por ejemplo, el «trabajo» asistido por el entorno) ofrecen una amplia gama de posibilidades de mejora de la empleabilidad<sup>91</sup>.

Además, son necesarias medidas de reintegración y rehabilitación que permitan que los trabajadores vuelvan al trabajo rápidamente tras un accidente o una enfermedad, a fin de evitar su exclusión permanente del mercado de trabajo.

Por último, resulta obligado mencionar que el nuevo Programa Marco de Investiga-

ción e Innovación de la UE para 2014-2020 (Horizonte 2020) ofrece oportunidades de financiación para abordar los retos sociales de salud, cambio demográfico y bienestar, considerando como ámbitos prioritarios aquellos que abordan el envejecimiento y las enfermedades y la mejora del envejecimiento activo y saludable.

El reto perseguido se presenta sumamente ambicioso, pero no resulta fácil averiguar el tipo de medidas específicas que hayan de ponerse en marcha para un logro eficiente de la prolongación en condiciones saludables de la vida activa. Y lo que es más importante, se echan en falta aspectos más concretos y datos clarificadores en relación con la accesibilidad del puesto o con los umbrales de edad a partir de los cuales habría que incluir a los trabajadores en el colectivo de los de más edad.

## 6.2. Su recepción en el ordenamiento español

Para hacer posible y viable una auténtica «cultura de la seguridad»<sup>92</sup> en el seno de la empresa es preciso apostar por una colaboración activa en la materia, como manifestación expresa en materia de responsabilidad social, que requiere una apuesta mayor por una inversión económica en medios materiales y en procesos formativos, además de otras actuaciones concretas dirigidas a colectivos específicos. Entre estos últimos, resulta obligado parar la atención en las líneas internas de actuación relacionadas con las condiciones de trabajo de los mayores de 55 años, pues resulta habitual extraer importantes conclusiones con incidencia en el terreno de la tutela de la seguridad y salud del incremento de la edad del trabajador. A menu-

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Envejecimiento activo: política social y derecho», *REDI*, núm. 160, 2013, págs. 63 y ss.

<sup>90</sup> A través del proyecto piloto sobre la seguridad y la salud de los trabajadores de más edad se pretende buscar las vías para fomentar la salud física y psicológica de esta categoría de trabajadores, ofreciendo ejemplos de buenas prácticas y facilitando el intercambio de información. [https://osha.europa.eu/en/priority\\_groups/ageingworkers/ep-osh-project](https://osha.europa.eu/en/priority_groups/ageingworkers/ep-osh-project).

<sup>91</sup> Programa conjunto *Ambient Assisted Living* (AAL o vida cotidiana asistida por el entorno) que contribuye a resolver el problema del envejecimiento de la mano de obra. Al respecto *vid.* la Decisión núm. 554/2014/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2014 relativa a la participación de la Unión en el Programa de investigación y desarrollo «vida cotidiana asistida y activa», emprendido conjuntamente por varios Estados miembros (DOUE L 169, de 7 de junio de 2014).

<sup>92</sup> Sobre esta cuestión *vid.* PERÁN QUESADA, R.: «Responsabilidad social de las empresas en materia de prevención de riesgos laborales», Granada (Comares), 2010 o TERRES DE ERCILLA, F.: «Responsabilidad social corporativa y prevención de riesgos laborales», <http://www.mc-mutual.com/contenidos/opencms/webpublica/Publicaciones/McSaludLaboral/resources/5/responsabilidad.pdf>

do se afirma que suele propiciar una pérdida de determinadas capacidades psicofísicas, un incremento de la siniestralidad laboral, una mayor incidencia de enfermedades crónicas o la prolongación de las bajas laborales. Circunstancias todas ellas capaces de plantear la necesidad de incluir junto a otros factores como el género<sup>93</sup>, sobre el que existe un alto grado de consenso, la variable de la edad<sup>94</sup> en las políticas preventivas a fin de lograr la adaptación de las medidas preventivas y de mejora de las necesidades del colectivo.

### 6.2.1. Reducción de la jornada laboral

En España, la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo refleja una gran rigidez en los horarios del colectivo de trabajadores de entre 55 y 64 años, lo cual, unido al hecho de que la influencia del trabajo en la salud se acentúa en los mayores de 55 años, obliga a considerar que una mayor flexibilidad en la organización del trabajo permitiría a este colectivo retirarse progresivamente de la población activa reduciendo su jornada laboral y evitando su cese completo. No puede pasarse por alto que las reducciones de jornada pueden tener objetivos más amplios que los de política de reparto del empleo, concretamente la

mejora de la salud en el medio de trabajo, sirviendo así a dos objetivos no contradictorios<sup>95</sup>.

Desde una perspectiva integrada, el dilema entre cese o prolongación de la actividad admite, al menos, modulaciones en dos criterios. En primer término, la actividad puede seguir, pero con reducción del tiempo de actividad y como el tiempo de trabajo es, por naturaleza, una condición muy flexible, esa reducción admite diversas fórmulas: jornada a tiempo parcial, semana de cuatro días, aumento de los días de descanso en el ciclo anual, etc. En segundo lugar, puede cambiar la función o el contenido de la prestación, dando prioridad a la actividad de asesoría y de consejo, de formación de los jóvenes y nuevos empleados, dedicación a tareas relacionadas con la clientela o, en fin, entrando a formar parte de equipos de trabajo con distintos conocimientos y experiencias pues, como se ha afirmado con acierto, «lo que cuenta son las capacidades, no las incapacidades»<sup>96</sup>.

Es más, el reparto de trabajo puede intentarse también utilizando el tiempo de trabajo, pero no actuando sobre la jornada, sino sobre el tiempo de trabajo completo de la vida de los trabajadores. Esto se puede hacer imponiendo prohibiciones absolutas en la entrada al trabajo mediante fijación de edades mínimas que cada vez pueden ser más altas y, al mismo tiempo, provocando la salida definitiva del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad con el objeto de favorecer a los de menos. Esta es la técnica de las jubilaciones voluntarias incentivadas y de las forzosas, proscritas en el ordenamiento español por la Ley 3/2012, pero que siempre han exigido una opción a favor de algún grupo que ha derivado en los inevitables problemas de trato discriminatorio.

Como reconocía ya la «Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Traba-

<sup>93</sup> Por todos, GARCÍA MURCIA, J.: «Mujer y salud en el trabajo: algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad», en AA.VV.: «Mujer, trabajo y Seguridad Social», Madrid (La Ley), 2010, págs. 591 y ss.

<sup>94</sup> Entre otros, CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y MORENO MÁRQUEZ, A.: «Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros», en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Dir.): «Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social», Valladolid (Lex Nova), 2009, págs. 307 y ss.; URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: «Envejecimiento y prevención de riesgos laborales», *Lan Harremanak*, núm. 24, 2011, págs. 17 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, R.: «El incremento de la edad de jubilación y la prevención de riesgos laborales», *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 98, 2012, pág. 38 y ss. o GARCÍA NINET, J.I. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad», Madrid (CEOE), 2015.

<sup>95</sup> PRADOS DE REYES, F.: «El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria», *DL*, núm. 43, 1994, págs. 131-132.

<sup>96</sup> FERNÁNDEZ CAVEDA, A.: «El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos», *RTSS (CEF)*, núm. 298, 2008, pág. 244.

*adoras de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)*»<sup>97</sup>, la jubilación parcial es la única opción que la legislación laboral contempla para que los trabajadores con menos de 65 años flexibilicen su jornada laboral y vayan abandonando de forma gradual y progresiva el mercado de trabajo. Sin embargo, dicha fórmula presenta una serie de dificultades y rigideces para su oportuna articulación jurídica (principalmente la necesaria formalización de un contrato de relevo). Por ello, con la finalidad de dar una respuesta más amplia a la diversidad de situaciones que se producen en el mercado de trabajo, la Estrategia considera pertinente estudiar la viabilidad jurídica, económica y social de establecer en la legislación laboral un derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción proporcional del salario de los trabajadores mayores a partir de una determinada edad, enmarcado en las iniciativas relacionadas con el objetivo de reforzar el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad interna en las empresas. Ese estudio se deberá acompañar también del análisis de las medidas de protección social que, en su caso, podrían acompañarla, «sin perjuicio de los pactos o acuerdos que individual o colectivamente puedan establecerse al respecto en el ámbito de cada empresa».

Por otra parte, a nivel empresarial y en el marco de las condiciones de trabajo, se pretenden impulsar medidas dirigidas al desarrollo de:

- a) Nuevas competencias<sup>98</sup> y destrezas en el trabajo, a través de la rotación de tareas o del enriquecimiento del puesto.
- b) Programas complementarios encaminados a mantener actualizados los conocimientos técnicos a nivel profesional (cualificaciones de adaptación).

- c) Estrategias organizativas que adapten los ritmos, descansos, turnos y horarios de trabajo a las condiciones físicas del trabajador mayor y medidas que aborden cambios en la actividad.

#### 6.2.2. *Evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación e información para la seguridad y salud en el trabajo de los empleados de más edad*

De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de la Salud (MSCPS), a partir de los 55 años, la población es más vulnerable a una serie de procesos patológicos directamente relacionados con el propio envejecimiento y las patologías degenerativas consustanciales a aquel y reflejo, además, del efecto acumulado a largo plazo de los estilos de vida poco saludables (alta prevalencia de artropatías degenerativas, hipertensión, etc.). Además, una persona que lleva realizando las mismas funciones durante mucho tiempo genera una monotonía en su desempeño que puede tener consecuencias negativas en su salud.

A partir de tal constatación, resulta necesario explorar vías de actuación como las siguientes:

- a) Incidir en la importancia de contemplar en las evaluaciones de riesgo los factores inherentes a la edad y a la antigüedad.
- b) Proceder (a partir de los resultados de tal evaluación) a una adecuada planificación de la actividad preventiva<sup>99</sup>, que incluya, con carácter prioritario, un programa adecuado de

<sup>97</sup> Con la pretensión de ser la «hoja de ruta» que oriente la actuación de las Administraciones Públicas respecto a las medidas dirigidas al colectivo de trabajadores de más de 55 años, cumpliendo con el compromiso alcanzado con los agentes sociales en el Acuerdo Social y Económico de febrero de 2011.

<sup>98</sup> CES: *Competencias profesionales y empleabilidad*. Informe 3, 2015, especialmente págs. 209 y ss., aludiendo a la necesidad de aumentar los niveles de formación permanente.

<sup>99</sup> Al objeto de lograr los objetivos citados, en el marco del diálogo social específico sobre prevención de riesgos laborales, el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en coordinación con el Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSSBT)– deberán elaborar un documento con recomendaciones sobre tales aspectos. Hasta la fecha puede verse la Guía para el abordaje del Envejecimiento en la Gestión de la Prevención de Riesgos Laborales, Foment de Treball Nacional y Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, 2013.

vigilancia de la salud específica en función de los riesgos y adaptada a la edad del trabajador, en la que se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes factores: movilidad limitada de las articulaciones; disminución de la fuerza; reducción de la capacidad funcional física, de la percepción y de la capacidad para tomar decisiones; reducción de la capacidad visual y auditiva o la ralentización de la capacidad de reacción. La vigilancia de la salud reviste una especial trascendencia no solo a título individual sino que también puede servir para obtener valiosa información acerca de problemas de salud colectivos ligados al envejecimiento activo y cuestiones análogas, a fin de realizar estudios epidemiológicos y extraer conclusiones sobre situaciones de mayor riesgo.

Dicho «programa de salud» debería comprender, asimismo, actividades formativas e informativas, capaces de incluir, por ejemplo, formación específica a los trabajadores mayores, sobre cómo mantener y promover su propio rendimiento físico y psicológico a través de estrategias acordes a las exigencias del trabajo (gestión del estrés, prevención del agotamiento) e información sobre cómo conseguir un buen mantenimiento físico, básicamente a través de la promoción de hábitos de vida saludable (nutrición o recomendación de prácticas deportivas)<sup>100</sup>.

Dichas evaluaciones de riesgos y la planificación y programación de la actividad preventiva consecuencia de la misma deben tener en cuenta, asimismo, los riesgos específicos que afecten a las mujeres de más edad.

En esta línea de planteamiento centrado en la adaptación y la adecuación y en medidas de organización del trabajo cabría acudir también a la aplicación de la correosa regulación contenida en el art. 25 LPRL, dedicado

<sup>100</sup> Promoción del bienestar en el trabajo o mejora permanente de la calidad del medio ambiente de trabajo, que ha quedado relegada en los retos de la Unión, frente a planteamientos de textos anteriores. Por ejemplo, en el documento de la OIT: «Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación», cit., pág. 14.

a los trabajadores especialmente sensibles, en cuya formulación genérica y referida a características personales o estado biológico conocido, podría venir incluida sin demasiadas dificultades la edad o los efectos propios del envejecimiento. Las condiciones subjetivas de cada trabajador, el tipo de trabajo y las condiciones de realización serán las variables que permitirán en cada supuesto determinar si es necesario tomar medidas de prevención específicas<sup>101</sup>.

### 6.2.3. *Movilidad funcional por razones de seguridad y salud en el trabajo*

Las capacidades cambian con la edad, en especial, en un entorno de trabajo que exija esfuerzo físico, por lo cual la concentración de la experiencia o la tendencia a la especialización en un campo abstracto hace más vulnerable al trabajador. De ahí que, desde el punto de vista de la optimización de la gestión de los recursos humanos, resulte fundamental el dominio práctico de diferentes tareas o puestos de trabajo, pues ello permitirá una rotación y adaptación interna, con el fin de conciliar las necesidades de la actividad con las posibilidades de las personas. Los jóvenes viven ya en un entorno de trabajo que cultiva la flexibilidad, por tanto, cuando sean mayores tendrán más capacidad de cambio o adaptación que los actuales, que, en un grandísimo número de casos, han basado su carrera profesional en la especialización<sup>102</sup>.

A su vez, conviene recordar que la finalidad primordial de la movilidad funcional es la búsqueda permanente de la mejor adecuación entre el puesto de trabajo y las aptitudes pro-

<sup>101</sup> Sobre el particular, por todos, GOÑI SEIN, J.L. y SANZ DE GALDEANO, B.: «Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas», Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2015, pág. 73.

<sup>102</sup> Considerando que los trabajadores de edad han vivido una cultura laboral en la que el cambio se identificaba con «nomadismo» y este con inseguridad, en parte motivado por las actitudes sindicales y por las barreras a la movilidad geográfica, FERNÁNDEZ CAVEDA, A.: «El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos», cit., pág. 253.

fesionales del trabajador. Por ello, para evitar la incapacidad o el bajo rendimiento del trabajador de edad, esta vía, que entra en el concepto más amplio de flexibilidad interna o flexibilidad organizativa, incluye no sólo las medidas de movilidad personal interna sino, en sentido amplio, el rediseño de las tareas y funciones para buscar el mejor acomodo o el puesto de trabajo más acorde con las aptitudes<sup>103</sup>. Por medio de la adaptación de las condiciones de trabajo se protege la capacidad, se previene la pérdida de salud y se facilita la autonomía personal y, en este sentido, la formación incide directamente sobre la prestación en sí, las funciones y las tareas que se desempeñan. En otros términos, el cambio de condiciones de trabajo afecta a la periferia de la prestación laboral y remite a lo que puede denominarse «calidad de vida laboral».

Si de la evaluación de riesgos se concluyera, a pesar de llevar a cabo todas las medidas reflejadas en el apartado anterior, que la edad pudiera comenzar a ser un hándicap para que el trabajador desempeñe determinados puestos de trabajo, deberán plantearse todas las opciones posibles, antes de su salida del mercado de trabajo. Entre ellas, como medida preventiva, la posibilidad de aplicar alternativas de flexibilidad interna en la empresa, incluyendo el cambio de puesto de trabajo, junto con otras estrategias que, desde un enfoque integral, estén dirigidas a la adaptación del puesto de trabajo con el fin de garantizar la seguridad y salud del empleado.

#### 6.2.4. *Medidas en el marco de la investigación encaminadas a la protección social.* *En especial, la jubilación anticipada derivada de trabajo penoso*

La norma programática dirigida a los mayores de 55 años ya ponía de manifiesto la oportunidad de que el INSHT (actual Institu-

to Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo –INSSBT–) realizase investigaciones específicas en materia de condiciones de trabajo y salud de los trabajadores mayores que permitan detectar perfiles de morbilidad asociados con la edad y ayuden al diseño de intervenciones concretas, así como la realización de estudios epidemiológicos que determinen aquellas ocupaciones potencialmente más peligrosas en función de la siniestralidad y definan el impacto que, sobre la misma, ejerce la edad. Los resultados obtenidos a partir de los citados estudios deberán servir como elemento de análisis y discusión en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, con vistas a proponer estrategias que garanticen la seguridad y salud de estos colectivos más vulnerables.

Por último, y dado el caso, será la Secretaría de Estado de la Seguridad Social quién analice y determine otras medidas que contemplan la posibilidad de que los trabajadores que realicen determinadas actividades que supongan un riesgo para su seguridad y salud, puedan acceder de forma anticipada a la jubilación, mediante la aplicación de coeficientes reductores de la edad ordinaria de jubilación.

Arraigado en la tradición histórica, el legislador contempla la posibilidad de permitir al Gobierno que, al amparo de una previsión legal (art. 206 LGSS) y con elevada discrecionalidad, rebaje la edad ordinaria para diferentes colectivos de trabajadores (ferroviarios, mineros, personal de vuelo, bomberos<sup>104</sup>, miembros del Cuerpo de la Ertzaintza...). A tales colectivos se les aplican los denominados «coeficientes reductores» sobre la edad (variables según sectores, pero

<sup>103</sup> FERNÁNDEZ CAVEDA, A.: «El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos», cit., pág. 246.

<sup>104</sup> El RD 383/2008, de 14 de marzo, establece el pertinente coeficiente reductor de la edad de jubilación a favor de los bomberos al servicio de las administraciones y organismos públicos, financiado con un tipo de cotización adicional. Sobre el particular *vid.* VALDÉS DAL RÉ, F.: «Reducciones de la edad de jubilación ordinaria (I): a propósito del establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los bomberos de las Administraciones públicas y organismos públicos», *RL*, núm. 2, 2009, págs. 43 y ss.

comprendidos siempre entre una horquilla del 0,05 y el 0,50) o directamente se fija una edad inferior –55 o 60<sup>105</sup> años–, como ocurre en el caso de artistas y profesionales taurinos<sup>106</sup>, si bien el hecho de establecerse la reducción de edad de jubilación en tales supuestos no debiera suponer necesariamente la jubilación en todos los casos, pues en gran medida el factor determinante es el nivel de deterioro de las condiciones artísticas y este no se da por igual ni en todos los profesionales ni en todas las profesiones que la contemplan<sup>107</sup>. Por su parte, el art. 26.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, también dispone que, en atención a la naturaleza tóxica, pe-

<sup>105</sup> En concreto, para aquellos encuadrados en las categorías de cantantes, bailarines y trapezistas, que podrán jubilarse a partir de los 60 años de edad sin ser penalizados por ningún coeficiente reductor, siempre y cuando cumplan el requisito de haber trabajado en alguna de estas especialidades durante un mínimo de 8 años durante los 21 anteriores al hecho causante (art. 11.2 RD 2621/1986).

<sup>106</sup> 60 años, para los puntilleros y 55 años para los demás profesionales taurinos, excepto los mozos de estoque y de rejonos y sus ayudantes, a quienes se aplica la edad ordinaria de jubilación, si bien se les permite el acceso a la jubilación anticipada con reducción de la pensión en los términos ordinarios. Sin embargo, los cánones anteriores no actúan de manera automática; por el contrario, existe un requisito adicional a cumplir. Y es que, a efectos de poder acceder a la situación de jubilación con carácter previo a la edad ordinaria «será necesario que los profesionales taurinos acrediten haber actuado en los siguientes espectáculos taurinos de acuerdo a su categoría profesional: a) matadores de toros, rejoneadores y novilleros, 150 festejos [...] b) banderilleros, picadores y toreros cómicos, 200 festejos [...] c) puntilleros, mozos de estoque y de rejonos y sus ayudantes, 250 festejos» (art. 18.3 RD 2621/1986). No obstante, como bien afirma la doctrina, lo cabal sería entender que no bastaría con justificar la participación en una cantidad mínima de espectáculos, sino que convendría también certificar haber cotizado por los mismos. MEGINO FERNÁNDEZ, D.: «Algunas incorporaciones expresas al Régimen General de la Seguridad Social. Venturas y desventuras de los deportistas por cuenta ajena, los profesionales taurinos y el personal funcional al servicio de la Administración local», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R., Dir. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Coord.): «Regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma», cit., págs. 524-525.

<sup>107</sup> TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: «Las relaciones especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 203.

ligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan<sup>108</sup>, los autónomos afectados que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada, en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena.

La justificación en el carácter penoso, difícil, peligroso e insalubre de algunas ocupaciones resulta, sin embargo, menos convincente de lo que pudiera parecer a primera vista. Las distinciones establecidas derivan de categorías amplias de cotizantes, caracterizadas más bien por la naturaleza de la actividad (trabajadores de la minería, marina mercante o industrias energéticas, etc.) que por la índole del trabajo desarrollado; y, sin duda, dentro de dichas categorías se encuentran grandes diferencias entre las condiciones de trabajo reales de los empleados (pues en la minería, por ejemplo, junto a los duros trabajos de interior, desarrollan su actividad los mecánicos de superficie y el personal administrativo, cuyas condiciones de trabajo no son claramente diferentes de las existentes en los demás sectores económicos)<sup>109</sup>. Esta incontestable realidad puede llevar a encuadrar estas excepciones no en el seguro de vejez sino en el de incapacidad para trabajar<sup>110</sup> a partir del siguiente silogis-

<sup>108</sup> Con la aprobación del RD 1698/2011, de 18 de noviembre, se viene a regular el procedimiento que debe observarse para rebajar la edad de jubilación de nuevos colectivos o en sectores o actividades (en las escalas, categorías o especialidades correspondientes) que actualmente no gozan de tal reducción de la edad de jubilación, pero sin afectar a los trabajadores que ya la tengan establecida, si bien tales colectivos también podrán solicitar la modificación de sus coeficientes reductores, a través del procedimiento general establecido en dicha norma, con el pertinente «recargo en la cotización».

<sup>109</sup> Un análisis reciente en MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R.: «El Régimen Especial de la Minería del Carbón», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dirs. y MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA, A.L., Coords.): «Tratado de Derecho de la Seguridad Social», Murcia (Laborum), 2017.

<sup>110</sup> Propuesta avalada hace más de una década por el CONSEJO DE EUROPA: «La flexibilidad de la edad de jubilación», en AA.

mo: si por la naturaleza penosa del trabajo, por la débil salud del interesado o por la combinación de ambas circunstancias, el estado físico y/o psíquico del trabajador se ha deteriorado de tal modo que no puede continuar trabajando hasta la edad normal o el número de años exigidos para la jubilación, tendrá derecho a una pensión de incapacidad permanente. Esta será, en la mayor parte de los casos, tan ventajosa –y en algunos más– que la propia pensión de jubilación, teniendo en cuenta, además, que el período indemnizado bajo este régimen será asimilado, por lo general, a un período de trabajo para el cálculo del importe de la pensión de jubilación.

Al margen de esta propuesta *de lege ferenda*, el art. 206 LGSS establece un límite de edad absoluto para el acceso a la pensión, que se sitúa en los 52 años, a la vez que establece que tales coeficientes «en ningún caso se tendrán en cuenta para el acceso a la jubilación anticipada en ninguna de sus modalidades»; medida que, en definitiva, pretende racionalizar la utilización de coeficientes en actividades especialmente penosas ante su aplicación a los nuevos colectivos de trabajadores que lo están reclamando<sup>111</sup>.

El establecimiento de nuevos coeficientes reductores o, en su caso, la anticipación de la edad para acceder a la jubilación se llevará cabo respecto a actividades que necesariamente han de hallarse comprendidas en cualquiera de las siguientes<sup>112</sup>: 1) Actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuyo ejercicio implique el sometimiento a un excepcional índice de penosidad, peligrosidad, insalubridad o toxicidad y en las que se hayan comprobado unos elevados índices de morbilidad o mortalidad o

la incidencia de enfermedades profesionales. 2) Actividades laborales en las escalas, categorías o especialidades cuya realización, en función de los requerimientos físicos o psíquicos exigidos para su desempeño, resulten de excepcional penosidad y experimenten un incremento notable del índice de siniestralidad a partir de una determinada edad, conformado por el índice de accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales. En este sentido, cabe llamar la atención sobre el hecho de que una actividad altamente feminizada y particularmente rigurosa respecto a las habilidades físicas que requiere, como es la del personal de limpieza o del especializado en cuidados a la dependencia, no tenga hasta la fecha establecida la jubilación anticipada por penosidad, que se ha centrado en sectores típicamente masculinizados, lo que tiene un efecto perpetuador de desigualdades por género particularmente peligroso en el ámbito de la protección social<sup>113</sup>.

No obstante, la jubilación a una edad ordinaria reducida no puede constituir el principal o único instrumento de adaptación de los trabajos especialmente penosos o insalubres y, menos aún, a coste cero. Como con acierto ha precisado la doctrina<sup>114</sup>, se hace necesario un replanteamiento de la figura, donde se potencie el mantenimiento de la actividad en puesto de trabajo compatible con las características y condiciones del trabajador, donde podría adquirir especial protagonismo la figura de la jubilación parcial.

<sup>113</sup> BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A.: «Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico», *TL*, núm. 112, 2011, pág. 74.

<sup>114</sup> TORTUERO PLAZA, J.L.: «La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales», en AA.VV. (CABEZA PEIREIRO, J.; BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M., Dirs.): «La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social», Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2011, pág. 164, quien considera necesaria la valoración de los costes de la anticipación de la jubilación, así como su imputación, que debe formar parte de los costes de producción y en ningún caso penalizar al trabajador.

W.: «La Seguridad Social en una sociedad cambiante», Madrid (MTSS), 1992, pág. 57.

<sup>111</sup> CC.OO: «Valoración del Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social», en [www.ccoo.es](http://www.ccoo.es)

<sup>112</sup> Un mayor desarrollo en MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R.: «Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social», Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2018 (en prensa).

## APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

- AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Empleos verdes y Prevención de riesgos laborales», Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.
- AA.VV. (GIRÓ MIRANDA, J., Coord.): «Envejecimiento activo, envejecimiento en positivo», Universidad de La Rioja, 2006.
- AA.VV.: «Guía 20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a Examen: Valoración de los Delegados de Prevención de Riesgos Laborales de UGT».
- AA.VV.: «Prevención del acoso moral y de la violencia sobre el lugar de trabajo», Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, 2003.
- AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: «Green Jobs and occupational safety and health: Foresight on new and emerging risk associated with new technologies by 2020», Luxemburgo, 2013.
- AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: «Prevención de riesgos psicosociales y estrés laboral en la práctica». <http://www.osha.eu.int>, 2003.
- AGRA VIFORCOS, B.: «Derecho de la seguridad y salud en el trabajo», 2ª ed., León (Eolas), 2013.
- AGRA VIFORCOS, B.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «Reflexiones al hilo de la jurisprudencia sobre el hostigamiento psicológico en el trabajo (mobbing)», *REDT*, núm. 115, 2003.
- *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Murcia (Laborum), 2004.
- ALEMÁN PÁEZ, F.: «El derecho de desconexión digital», *Trabajo y Derecho*, núm. 30, 2017.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A.: «El acoso del trabajador en la empresa», Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.; FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.; QUIRÓS HIDALGO, J.G.; MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: «La tutela reparadora de los riesgos psicosociales», Lisboa (Juruá), 2010.
- APARICIO TOVAR, J.: «Derecho a la asistencia sanitaria», en AA.VV. (AESSS): «Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea», Murcia (Laborum), 2016.
- ARUFE VARELA, A.: «Estudio comparado de la carrera administrativa de los funcionarios del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Europa», Madrid (MTAS), 2007.
- BALLESTER PASTOR, Mª.A.: «Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico», *Temas Laborales*, núm. 112, 2011.
- CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.J.: «Un paso más en la lucha frente a la siniestralidad laboral: cuestiones prácticas sobre la colaboración entre las distintas Administraciones», *AS*, núm. 13, 2007.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y MORENO MÁRQUEZ, A.: «Prevención de riesgos laborales y trabajadores maduros», en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Dir.): «Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social», Valladolid (Lex Nova), 2009.
- CASTELLANO ARROYO, M.: «Descripción, análisis, diagnóstico y tratamiento de las patologías psiquiátricas de etiología socio-laboral», *Alcor de mgo*, núm. 0, 2004.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales», *AS*, 2005, T. V.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo», *AS*, núm. 11, 2007.
- CC.OO: «Valoración del Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social», en [www.ccoo.es](http://www.ccoo.es)
- CES GARCÍA, E.M.: «El *mobbing*, un nuevo riesgo laboral a prevenir en la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2002», *RMTAS*, núm. 37, 2002.
- CES: «Competencias profesionales y empleabilidad». Informe 3, 2015.
- COLLADO GARCÍA, L.: «Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (–mobbing–). Diferencias con otras figuras», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 2004.
- CONDE COLMENERO, P.: «Tutela judicial y administrativa de los supuestos de acoso moral en el trabajo. La actuación de la Inspección de trabajo y la singularidad del procedimiento de oficio regulado en el art. 149.2 LPL. Comentario a la STSJ País Vasco 16 mayo 2006 (AS 2007, 1201)», *AS*, núm. 9, 2007.
- CONSEJO DE EUROPA: «La flexibilidad de la edad de jubilación», en AA.VV.: *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, Madrid (MTSS), 1992, pág. 57.
- CORREA CARRASCO, M.: «Presentación», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños», Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2006.
- CUATRECASAS ABOGADOS, S.A.: «Código de buenas prácticas en prevención del acoso laboral en el trabajo», Madrid, julio, 2006.

- DE SOTO RIOJA, S.: «Un fallido caso de mobbing, por razón de la exigibilidad del litisconsorcio pasivo necesario de empresario y autor o responsable directo de la conducta ofensiva: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2008», *RL*, núm. 141, 2009.
- DI MARTINO, V. y MUSRI, M.: «Guidance for the prevention of the stress and the violence on the workplace», Department of Occupational Safety and Health, Malaysia (Kuala Lumpur), 2008.
- FERNÁNDEZ CAVEDA, A.: «El valor de la edad. Nuevas estrategias para la dirección de recursos humanos», *RTSS (CEF)*, núm. 298, 2008.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Características personales», en AA.VV. (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., Coord.): «Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León», Madrid (Reus/Eolas), 2016.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, R.: «El incremento de la edad de jubilación y la prevención de riesgos laborales», *Revista Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 98, 2012.
- GARCÍA CALLEJO, J.M.: «Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador», Madrid (FSP-UGT), 2003.
- GARCÍA GONZÁLEZ, G.: «El marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo: lagunas, imperfecciones y propuestas de reforma (I) y (II)», *Trabajo y Derecho*, núms. 29 y 30, 2017.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Mujer y salud en el trabajo: algunas líneas de tendencia y dos notas de actualidad», en AA.VV.: «Mujer, trabajo y Seguridad Social», Madrid (La Ley), 2010.
- Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo», *RTSS (CEF)*, núm. 396, 2016.
- GARCÍA NINET, J.I. y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: «Estado de salud y factores de riesgo laboral en los trabajadores de mayor edad», Madrid (CEOE), 2015.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, B. y MARTÍNEZ MORENO, C.: «La tutela jurisdiccional frente al acoso laboral. Una aproximación al estado de la cuestión», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños», Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2006.
- GIMENO NAVARRO, M.A., et alii.: «Protocolos sobre acoso laboral. Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia general», Valencia (Tirant lo Blanch), 2009.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: «La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria», *TL*, núm. 130, 2015.
- GOÑI SEIN, J.L. y SANZ DE GALDEANO, B.: «Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas», Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2015.
- GUNDÍN SANCENA, F.A.: «Economía irregular y trabajo no declarado: impacto sobre la salud y condiciones de trabajo», en AA.VV. (RAMOS QUINTANA, M.I., Dir. y GRAU PINEDA, C., Coord.): «Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes», Albacete (Bomarzo), 2014.
- IGARTUA MIRÓ, M<sup>a</sup>.T.: «Hacia un enfoque más economicista en la política europea de seguridad y salud en el trabajo: Reflexiones críticas a la luz del marco estratégico 2014-2020», *RTSS (CEF)*, núm. 383, 2015.
- LANDA ZAPIRAÍN, J.P.: «Ética empresarial y responsabilidad social corporativa», en AA.VV. (GOÑI SEIN, J.L., Dir.): *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid (La Ley), 2011.
- LÓPEZ RUBIA, M.E.: «La aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en las pymes: últimas modificaciones normativas», *Lan Harremanak*, núm. 28, 2013.
- LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>.P.: «Las estrategias comunitaria y española de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)», *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 12, 2008.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La protección de la salud laboral en el trabajo temporal y en las empresas de trabajo temporal», Albacete (Bomarzo), 2016.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y. y MIRANDA BOTO, J.M<sup>a</sup>.: «Las obligaciones de la empresa en materia de acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo: los protocolos antiacoso», en AA.VV. (VELASCO PORTERO, M<sup>a</sup>.T., Dir.): «Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras», Madrid (Tecnos), 2010.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>.L.: «Inefectividad de la normativa de prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral en España: una relación de causa-efecto», *RDS*, núm. 40, 2007.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «El acoso moral en el trabajo: claves para su protección extrajudicial», Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.
- MARTÍNEZ Barroso, M<sup>a</sup>.R.: «Sobre las enfermedades profesionales no listadas. A propósito de un supuesto de ‘síndrome de desgaste personal’ o de ‘burn-out’», *RDS*, núm. 10, 2000.
- «Reflexiones en torno al Acuerdo marco europeo sobre el estrés en el trabajo», *AS*, núm. 22, 2005.
  - «Prevención del riesgo psicosocial: del contexto normativo a su eficacia en las empresas», *Gestión práctica de riesgos laborales (Especial Directivos Grupo Wolters Kluwer)*, núm. 55, 2008.

- *Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva*, Albacete (Bommarzo), 2016.
- «El Régimen Especial de la Minería del Carbón», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dirs. y MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA, A.L., Coords.): «Tratado de Derecho de la Seguridad Social», Murcia (Laborum), 2017.
- *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2018.
- MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R. y AGRA VIFORCOS, B.: «La auditoría en la prevención de riesgos laborales», Granada (Comares), 2010.
- MEGINO FERNÁNDEZ, D.: «Algunas incorporaciones expresadas al Régimen General de la Seguridad Social. Venturas y desventuras de los deportistas por cuenta ajena, los profesionales taurinos y el personal funcional al servicio de la Administración local», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R., Dir. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Coord.): «Regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma», Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2010.
- MERCADER UGUINA, J.R.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, veinte años después», *Información Laboral*, núm. 8, 2015.
- MIÑARRO YANINI, M. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La LPRL desde una perspectiva jurídica», en AA.VV.: «20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Análisis multidisciplinar de la implantación de la LPRL a lo largo de estos 20 años», UGT-CEC, 2015.
- MOLINA NAVARRETE, C. y GARCÍA GIMÉNEZ, M.: «Más allá de un ‘cuestionario’: De la ‘evaluación de riesgos’ a la ‘intervención psicosocial’», *Revista de Prevención de Riesgos Psicosociales y Bienestar en el Trabajo*, núm. 2, 2010.
- MOLINA NAVARRETE, C. y MOLINA HERMOSILLA, O.: «Derechos y obligaciones del empresario derivados del contrato de trabajo», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir. y CHARRO BAEÑA, P., Coord.): *El contrato de trabajo*, Vol. I, Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2010.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Del silencio de la Ley a la Ley del Silencio: ¿quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso moral en las Administraciones Públicas? Argumentos normativos para la ilegalidad y no vinculatoriedad del pretendido criterio técnico sobre *mobbing* de la DG de ITSS-CT 34/2003», *RTSS (CEF)*, núm. 242, 2003.
- «Nuevas dimensiones de la ‘prevención’ y el ‘aseguramiento’ de riesgos profesionales: ‘enfermedades del trabajo’ y ‘riesgos emergentes’», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N., Dirs.): «Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», Granada (Comares), 2005.
- «La dimensión socio-laboral del pretendido –¿o pretencioso?– nuevo ‘estatuto promocional del emprendedor’», en AA.VV.: «Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Análisis de los ámbitos educativo, mercantil, tributario y laboral», Madrid (CEF), 2013.
- «Dos décadas de Ley, ¿veinte años de prevención de riesgos laborales?», *RTSS (CEF)*, núm. 392, 2015.
- MONCADA Y LLUIS, S. y LLORENS SERRANO, C.: «Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 2004.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: prevención *versus* reparación», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015.
- MONTOYA MEDINA, D.: «En torno al alcance de ciertos condicionantes legales de la vigilancia de la salud de los trabajadores», *Trabajo y Derecho*, núm. 29, 2017.
- NÚÑEZ, M<sup>a</sup>.R.: «Los servicios de prevención ante el acoso moral en el trabajo: diagnóstico y prevención», *Lan Harremanak*, núm. 7, 2002.
- OBSERVATORIO DE RELACIONES LABORALES: «Acuerdos europeos sobre el acoso laboral», *Cauces (Cuadernos del Consejo Económico y Social)*, núm. 1, 2007.
- OIT: «*Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación*». Ginebra, 2010.
- PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños», Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2006.
- PERÁN QUESADA, R.: «Responsabilidad social de las empresas en materia de prevención de riesgos laborales», Granada (Comares), 2010.
- PINEDA SEGURA, C.: «El hostigamiento psicológico en el trabajo: el *mobbing*», *RTSS (CEF)*, núm. 215, 2001.
- PRADOS DE REYES, F.: «El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria», *DL*, núm. 43, 1994.
- RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup>.P.: «Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia», Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2005.

- RODRÍGUEZ CASÁIS, R.: «Incapacidades laborales y nuevas tecnologías», en AA.VV. (AESSS): «Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación», Murcia (Laborum), 2017.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M<sup>a</sup>.L.: «Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso», en AA.VV. (CORREA CARRASCO, M., Coord.): «Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños», Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2006.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La falta de adaptación al puesto de trabajo como factor de riesgo: incidencia de las nuevas tecnologías», en AA.VV. (ÁLVAREZ CUESTA, H., Dir. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., Coord.): «Aspectos jurídicos de la salud mental de los trabajadores en Castilla y León», Madrid (Reus/Eolas), 2016.
- ROGERS, K.A. y CHAPPELL, D.: «Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo», Madrid (MTAS), 2004.
- ROJAS RIVERO, G.P.: «Delimitación, prevención y tutela del acoso moral», Albacete (Bomarzo), 2005.
- ROMERO RÓDENAS, M<sup>a</sup>.J.: «Protección frente al acoso en el trabajo», Albacete (Bomarzo), 2005.
- ROQUETA BUJ, R.: «Prevención de riesgos laborales y accidentes de trabajo: conexiones y efectos de los incumplimientos en materia de seguridad y salud laborales», en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): «Accidente de trabajo y mutuas», Madrid (La Ley), 2008.
- RUIZ CASTILLO, M<sup>a</sup>.M.: «La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual», *RL*, núm. 10, 2004.
- SALAS PORRAS, M.: «Retos y propuestas para implementar la seguridad y salud laboral en las empresas de tamaño micro, pequeño y mediano. Análisis desde la perspectiva jurídica europea y española», *RTSS (CEF)*, núm. 407, 2017.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: «La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales», *RMTIM*, núm. 84, 2009.
- SÁNCHEZ FIERRO, J.: «Los trastornos psicosociales en el mundo del trabajo. Respuestas desde la Psicología y el Derecho», *Alcor de mgo*, núm. 0, 2004.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Envejecimiento activo: política social y derecho», *REDT*, núm. 160, 2013.
- SANZ ALBERT, F.: «Estudio sobre riesgos laborales emergentes en el sector de la Construcción», Madrid (INSHT), Madrid, 2013.
- SEGADO RODRÍGUEZ, P.: «El Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 a los dos años de su aprobación», *Trabajo y Derecho*, núm. 18, 2016.
- TERRES DE ERCILLA, F.: «Responsabilidad social corporativa y prevención de riesgos laborales», <http://www.mc-mutual.com/contenidos/opencms/webpublica/Publicaciones/McSalud-Laboral/resources/5/responsabilidad.pdf>
- TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: «Las relaciones especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos», *REDT*, núm. 100, 2000.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: «La redefinición de la edad de jubilación y sus condicionantes actuales», en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J.; BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M., Dirs.): «La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social», Cizur Menor (Thomson Reuters/Aranzadi), 2011.
- TRUJILLO VILLANUEVA, F.: «*In memoriam*: poderes empresariales y acoso en la negociación colectiva», en AA.VV. (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.): «La negociación colectiva en España: una mirada crítica», Valencia (CC-OO-Tirant lo Blanch), 2006.
- TUDELA CAMBRONERO, G.: «La protección de la seguridad y salud en España: balance y perspectivas», en AA.VV. (RAMOS QUINTANA, M<sup>a</sup>.I., Dir.): «Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes», Albacete (Bomarzo), 2013.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: «Envejecimiento y prevención de riesgos laborales», *Lan Harremanak*, núm. 24, 2011.
- VALDÉS DAL RÉ, F.: «Reducciones de la edad de jubilación ordinaria (I): a propósito del establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los bomberos de las Administraciones públicas y organismos públicos», *RL*, núm. 2, 2009.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.R. y VALLECILLO GÁMEZ, O.: «La promoción de la salud y el bienestar en los ambientes de trabajo: a propósito del 'Pacto europeo por la salud mental y el bienestar'», *Revista de Prevención de Riesgos Psicosociales y Bienestar en el Trabajo*, núm. 2, 2010.
- VALLEJO DACOSTA, R.: «Riesgos psicosociales: prevención, reparación y tutela sancionadora», Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2005.
- VEGA RUIZ, M.L.: «Los sistemas de Inspección de Trabajo en el mundo», Informe OIT, Madrid, 2013.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: «La respuesta jurídica legal ante el acoso moral en el trabajo o *mobbing*», *Jornadas sobre mobbing organizadas por UGT*, Madrid, septiembre, 2001.

- «Las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo frente al acoso moral o *mobbing*», *Lan Harremanak*, núm. 7, 2002.
- VILCHES ARRIBAS, M.J.; PÉREZ DEL RÍO, T. y HERNÁNDEZ CANOSA, M.: «Guía de criterios y cláusulas para el tratamiento del acoso sexual y moral por razón de género en la negociación colectiva», Madrid (Dirección General de la Mujer/Comunidad de Madrid), 2003.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**RESUMEN**

El presente artículo se ocupa de estudiar el nuevo marco estratégico en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, a través de los principales retos y objetivos que en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo se propone la Comisión Europea. Metodológicamente, se analizan las acciones clave y los instrumentos para alcanzarlos con la pretensión última de conocer hasta qué punto el ordenamiento interno da cumplimiento a dicho retos estratégicos: 1.- Mejorar la aplicación de las normas vigentes en materia de salud y seguridad, en particular mediante el refuerzo de la capacidad de las microempresas y las pequeñas empresas para poner en marcha estrategias eficaces y eficientes de prevención del riesgo. 2.- Mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo, haciendo frente a los riesgos nuevos y emergentes, sin descuidar los ya existentes. 3.- Tener en cuenta el envejecimiento de la mano de obra de la Unión Europea.

Las sucesivas Estrategias han constituido el instrumento principal para establecer el marco general de las políticas de prevención de riesgos laborales a corto plazo. Lo novedoso de este instrumento no reside únicamente en que debe servir para orientar las políticas públicas en materia de seguridad y salud en el trabajo sino, sobre todo, en que incorpora mecanismos de evaluación y control de los objetivos inicialmente propuestos, al objeto de corregir las posibles desviaciones existentes y, a partir de los resultados obtenidos, planificar nuevos objetivos.

Además, partiendo de la premisa de que el principal problema de la seguridad y salud en el trabajo no es la ausencia de regulación legal sino su patente falta de aplicación y de cumplimiento real y eficiente, en el estudio se hace un balance de las fortalezas y debilidades de la aplicación de la LPRL tras más de veinte años de vigencia, a la vez que se analiza la efectividad de las acciones propuestas a nivel europeo en el ordenamiento preventivo español.

De la investigación realizada se extrae la conclusión de que la mayoría de las iniciativas, legislativas y no legislativas, planteadas en la Estrategia anterior (2007-2012) se han ejecutado con unos resultados notables que han contribuido a consolidar una cultura de la prevención del riesgo y un marco consolidado para la coordinación. No obstante, todavía queda un importante campo para la mejora, en especial, en el ámbito de la coordinación con la política medioambiental y en lo que atañe a las sustancias químicas. A su vez, existen importantes lagunas en el terreno de la implicación de los interlocutores sociales o en el campo de los datos estadísticos. De ahí la necesidad de un enfoque más preocupado por el efecto de algunas medidas preventivas en determinadas empresas (especialmente pymes), la interacción de la salud y la seguridad en trabajo con el entorno y las sustancias químicas y la prevención eficaz de las enfermedades profesionales y las relacionadas con el trabajo.

En este nuevo marco estratégico, caracterizado por un claro retroceso de los aspectos sociales y por una visión de la prevención como vehículo de satisfacción de exigencias de tipo económico, los nuevos retos pretenden conseguirse por medio de una serie de acciones ligadas a siete objetivos básicos: 1.- Proseguir la consolidación de las estrategias nacionales en materia de salud y seguridad a través de la coordinación de políticas y el aprendizaje mutuo. 2.- Proporcionar ayuda práctica a las pequeñas empresas y a las microempresas, para que puedan mejorar el cumplimiento de las normas sobre salud y seguridad. A tal efecto, dichas empresas podrán recibir asistencia técnica a través de herramientas prácticas, como la *Evaluación en Línea de Riesgos Interactivos (OiRA)*, una plataforma web que proporciona instrumentos para la evaluación de riesgos sectoriales. 3.- Mejorar la garantía del cumplimiento de la normativa por parte de los Estados miembros, mediante la evaluación de los resultados de los organismos de inspección naciona-

les. 4.– Simplificar la legislación vigente a nivel europeo, para eliminar las cargas administrativas innecesarias, manteniendo, al mismo tiempo, un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores. 5.– Abordar el envejecimiento de la mano de obra europea promoviendo hábitos laborales saludables y mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo para hacer frente a los riesgos emergentes (junto con los ya existentes), como los nanomateriales, las tecnologías verdes o la biotecnología. 6.– Mejorar la recogida de datos estadísticos para disponer de mejores pruebas y desarrollar herramientas de seguimiento. 7.– Reforzar la coordinación y colaboración con organizaciones internacionales como la OIT, la OMS o la OCDE y con los socios europeos, para contribuir a reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y a mejorar las condiciones laborales en todo el mundo.

Para llevar a cabo estas acciones, el marco estratégico establece como principales instrumentos el diálogo social, la sensibilización, el reforzamiento de las garantías de cumplimiento de la legislación y las necesarias sinergias con otras políticas, en especial, salud pública, educación, investigación o igualdad. Dichos instrumentos no le resultan ajenos al legislador español en su política preventiva para hacer frente a los riesgos emergentes, fundamentalmente los de carácter psicosocial y los relacionados con la violencia en el trabajo, a partir del deber de protección empresarial, la negociación colectiva o los códigos de buena conducta.

El nuevo marco estratégico ha supuesto una reestructuración de las prioridades de las acciones comunitarias en materia de seguridad y salud en el trabajo, primando aquellas en las que se puede intuir una suerte de retorno económico en la gestión o incidencia en la sostenibilidad de los sistemas de protección social. Ello se aprecia de un modo muy acusado en el fomento del envejecimiento activo, materia en la que las normas programáticas españolas han empezado a realizar propuestas en cuanto se refiere a la reducción de la jornada laboral, evaluación de riesgos, vigilancia de la salud, formación e información para la seguridad y salud en el trabajo de los empleados de más edad, movilidad funcional o medidas en el ámbito de la investigación y de la protección social, fundamentalmente ligadas a la jubilación anticipada por trabajo penoso.

**Palabras clave:** Marco estratégico; retos; prevención de riesgos; pymes; riesgos emergentes; biotecnología; nanomateriales; cambio demográfico; envejecimiento activo.

**ABSTRACT**

The current paper examines the new Strategic Framework on Health and Safety at Work 2014-2020, through the main challenges and objectives proposed by the European Commission in the sphere of health and safety at work. Methodologically, the key actions and the instruments to achieve them are analysed with the ultimate objective of understanding the degree to which the domestic legal system implements these strategic challenges: 1.– Improve the implementation of existing health and safety standards, in particular by strengthening the capacity of micro and small enterprises to develop effective and efficient risk prevention strategies. 2.– Improve the prevention of work-related diseases by addressing new and emerging risks, without neglecting existing ones. 3.– To keep in mind the ageing of the European Union's workforce.

Successive Strategies have been the main instrument for establishing the general framework for short-term occupational hazard prevention policies. The novelty of this instrument is not simply that it should serve to guide public policies on health and safety at work but, above all, that it incorporates mechanisms for evaluating and controlling the objectives initially proposed, in order to correct any possible deviations and, on the basis of the results obtained, to plan new objectives.

Furthermore, based on the premise that the main problem of health and safety at work is not the absence of legal regulation but rather its obvious lack of implementation and of real and efficient compliance, the study takes stock of the strengths and weaknesses of the enforcement of the LPRL after more than twenty years of validity, while at the same time analysing the effectiveness of the actions proposed at European level in the Spanish preventive legislation.

Research has shown that most of the initiatives, both legislative and non-legislative, proposed in the previous Strategy (2007-2012) have been implemented with remarkable results that have helped to consolidate a culture of hazard prevention and a strengthened framework for coordination. However, there is still considerable room for improvement, particularly in the area of coordination with environmental policy and those regard to chemicals. Likewise, there are major shortcomings in the area of social partners' involvement or in statistical data. Likewise, there are major shortcomings in the area of social partners' involvement or in statistical data. Hence the need for a more concerned approach to the impact of certain preventive measures on certain enterprises (especially SMEs), the interaction of occupational health and safety with the environment and chemicals and the effective prevention of occupational and work-related diseases.

In this new strategic framework, characterised by a marked decline in social aspects and a vision of prevention as a vehicle for meeting economic demands, the new challenges are intended to be achieved through a series of actions linked to seven basic objectives: 1.– To continue the reinforcement of national health and safety strategies through policy coordination and mutual learning. 2.– Provide practical support to small and micro-enterprises to improve compliance with health and safety standards. 2.– To facilitate useful support to small and micro-enterprises in order to improve compliance with health and safety standards. To achieve this, these companies will be able to receive technical assistance through practical tools such as the Online Interactive Risk Assessment (OiRA), a web platform that provides tools for sectoral risk assessment. 3.– To improve the guarantee of compliance with the regulations by the Member States through the evaluation of the results of the national inspection bodies. 4.– Simplify existing legislation at European level to eliminate unnecessary administrative burdens, while maintaining a high level of protection of the health and safety of workers. 5.– Addressing the ageing of the European workforce by promoting healthy work habits and improving the prevention of work-related diseases in order to tackle emerging risks (together with the existing ones), such as nanomaterials, green technologies or biotechnology. 6.– To improve the statistical data collection in order to have better tests and develop monitoring tools. 7.– Strengthen coordination and collaboration with international organisations such as the

ILO, the WHO or the OECD and with European partners to contribute to the reduction of occupational accidents and work-related diseases and the improvement of working conditions worldwide.

In order to carry out these actions, the strategic framework establishes as key instruments the social dialogue, awareness-raising, the strengthening of the guarantees of compliance with the legislation and the necessary synergies with other policies, in particular, public health, education, research or equality. These instruments are not unfamiliar to the Spanish legislator in its preventive policy to deal with emerging risks, mainly those of a psychosocial nature and those related to violence at work, based on companies' duty to protect, collective bargaining or good behaviour codes.

The new strategic framework has involved a restructuring of the priorities of the European Union's actions in the field of health and safety at work, with priority given to those in which management can be expected to bring some sort of economic return or have an impact on the sustainability of social protection systems. This can be seen very strongly in the promotion of active ageing, an area in which the Spanish programmatic regulations have begun to make proposals regarding the reduction of working hours, hazard assessment, health monitoring, training and occupational health and safety information for older employees, functional mobility or measures in the field of research and social protection, mainly linked to early retirement due to drudgery.

**Keywords:** Strategic framework; challenges; hazard prevention; SMEs; emerging risks; biotechnology; nanomaterials; demographic change; active ageing.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

# La intervención normativa de la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales

# The intervention of the European Union Law on occupational hazard prevention

ICÍAR ALZAGA RUIZ\*

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Seguramente para un jurista ningún tema presenta mayor interés y riqueza dogmática que aquel que se refiere a las fuentes del Derecho. El estudio de los diversos tipos de normas, que configuran el ordenamiento jurídico y que se pueden distinguir por su origen o por el alcance de su eficacia<sup>1</sup>, trasciende de ser una mera disquisición académica y se convierte en una cuestión clave para la correcta solución de la problemática de la colisión de normas. El análisis de las fuentes del Derecho deviene imprescindible para el jurista práctico, para entender su orden jerárquico y su esfera competencial y conocer qué normas y en qué términos serán aplicables por el juez encargado de resolver el conflicto y dictar sentencia<sup>2</sup>.

El Derecho europeo surge de la libre y voluntaria transferencia de soberanía de los Estados miembros a la Unión Europea, que ha creado un cuerpo de Derecho aplicable a sus ciudadanos y a ellos mismos. Los dos ordenamientos –el nacional y el europeo– coexisten en el seno de los Estados miembros y los dos ordenamientos –el nacional y el europeo– tienen unos mismos destinatarios.

La adhesión de un Estado a la Unión Europea implica una distribución de competencias entre el Estado, que se reserva algunas materias que continuarán rigiéndose por el Derecho nacional y la Unión Europea, que a través del Derecho originario y del Derecho derivado, ordena las materias que le han sido cedidas<sup>3</sup>.

En la medida en que ambos ordenamientos coexisten en el seno de los Estados miembros y se dirigen a unos mismos sujetos, devie-

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

<sup>1</sup> DE DIEGO, C.: «Las fuentes del Derecho civil común en general según el Código Civil español», RPD, nº 2, 1915, págs. 33 y ss. y DE CASTRO Y BRAVO, F.: «Derecho civil de España», Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, págs. 363 y ss.

<sup>2</sup> MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L.: «La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho»,

Civitas, Madrid, 2004, pág. 114, quien escribe: «El fenómeno de la interconexión de ordenamientos jurídicos, con tantas posibles».

<sup>3</sup> Por todos, MIRANDA BOTO, J. M.: «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social», Aranzadi, Cizur Menor, 2009, en especial, págs. 62 y ss.

ne imprescindible identificar unos principios de Derecho europeo que rijan la relación y los posibles conflictos que puedan surgir entre el Derecho europeo y los Derechos nacionales. El Derecho europeo, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el ordenamiento jurídico interno de los Estados, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo.

Las anteriores reflexiones cobran especial relevancia en el estudio de la seguridad y salud en el trabajo, materia en la que concurren normas con orígenes diversos y naturaleza distinta. Y, al mismo tiempo, si algo caracteriza esta materia es su ingente producción normativa, lo que ha llevado a algún autor a hablar, con razón, de «hiperregulación», que se explica en esencia por su carácter técnico, que dificulta una regulación única, que abarque todos los aspectos por sectores de actividad o riesgos a los que están expuestos los trabajadores<sup>4</sup>. El desarrollo normativo ha sido extenso y ha dado lugar a un auténtico sistema institucional europeo de seguridad y salud en el trabajo.

El análisis de las abundantes fuentes internacionales relativas a la prevención de riesgos laborales ayudará a comprender mejor las disposiciones legales y reglamentarias que sobre el particular, se han aprobado en nuestro país en los últimos años, en los que la política europea sobre seguridad y salud en el trabajo ha buscado, por una parte, mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y, por otra, evitar diferencias normativas nacionales de protección de seguridad y salud laboral, que conduzcan a niveles de protección diferentes y puedan afectar a la libertad de circulación de mercancías.

<sup>4</sup> MALDONADO MOLINA, J. A.: «El sistema regulador de la prevención de riesgos laborales: de la dispersión a la integración funcional», en AA. VV.: «Tratado de prevención de riesgos laborales», Tecnos, Madrid, 2015, pág. 111.

La mayor parte de las disposiciones adoptadas en materia seguridad y salud en el trabajo en el seno de la Unión Europea son directivas, por lo que cada vez son más frecuentes los problemas relativos a su aplicación y es mayor el número de trabajadores y empresarios afectados por ellas<sup>5</sup>. Al mismo tiempo, la interpretación del contenido de las directivas constituye el núcleo esencial de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) por los jueces nacionales<sup>6</sup>. Conviene recordar que las directivas son un acto legislativo específicamente europeo, de contenido flexible al ser concretadas por cada Estado miembro. Representan un método de legislación en dos etapas. En la primera etapa, el legislador europeo establece los objetivos a alcanzar. En la segunda, es el legislador de cada uno de los Estados miembros el que fija el detalle de las normas y las modalidades de su aplicación. Al tratarse de un instrumento de aproximación de las legislaciones y no de unificación del Derecho europeo —como es el reglamento—, la directiva solo queda completa cuando el Estado miembro aprueba y publica su acto de transposición<sup>7</sup>. Posee efectos integradores distintos a los del reglamento<sup>8</sup>, al necesitar del complemento nacional para afectar a los ciudadanos. Una vez transpuesta, la

<sup>5</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Las directivas como instrumento de política social y su relación con el ordenamiento laboral español», RMTAS, nº 17, 1999, pág. 102.

<sup>6</sup> No es casualidad tampoco que un gran número de pronunciamientos de dicho Tribunal analizan la protección de los derechos de los trabajadores y, en concreto, al principio de igualdad y no discriminación en el empleo. Sobre el particular, MIRANDA BOTO, J. M.: «El Derecho Social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial», RMESS, nº 127, 2017, págs. 19 y ss.

<sup>7</sup> En relación a la posibilidad de transponer las directivas europeas mediante la negociación colectiva interna, por todos, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea», Civitas, Madrid, 1994, págs. 127 a 131

<sup>8</sup> MILLET, T.: «El efecto directo de las directivas: ¿Hacia un reconocimiento del efecto horizontal?», en AA. VV.: «La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 106.

directiva obliga al Estado miembro y genera derechos y obligaciones entre particulares. Tiene, por tanto, eficacia directa vertical y eficacia directa horizontal. O expresada la idea con otras palabras, cuando el Estado cumple su obligación de transponer la directiva en el plazo establecido, ésta adquiere efecto directo. A diferencia de los reglamentos, el papel del Estado en el caso de las directivas es fundamental; el único sujeto obligado en cuanto al resultado que deba conseguirse con la transposición de la directiva es el Estado miembro, que dispone de la facultad de elegir la forma y los medios en que llevar a cabo la ejecución<sup>9</sup>. En definitiva, la directiva transpuesta, es decir, una vez desarrollada y publicada en el Boletín Oficial del Estado<sup>10</sup>, tiene eficacia vertical (es invocable frente al Estado) y horizontal (es invocable frente a los particulares).

Es cierto que la mayor parte de las disposiciones adoptadas en materia de seguridad y salud en el trabajo en el seno de la Unión Europea son directivas, pero no son las únicas. En fechas más recientes, junto a las directivas, han visto la luz una serie de reglamentos, que han atraído la atención de los estudiosos, por su rica problemática. A ellos dedicaremos también unas páginas, si bien de menor extensión, al ser también menor su número respecto al de las directivas.

La actuación europea en materia de seguridad y salud en el trabajo no se circunscribe a la elaboración de instrumentos normativos, sino que se desarrolla también a través de acciones de difusión, promoción, formación y orientación llevadas a cabo por diversos organismos. En este estudio pretendemos, con la

debida modestia, abordar sistemáticamente las normas europeas emanadas en materia de seguridad y salud en el trabajo, con especial detenimiento en las Directivas europeas. Renunciamos, por tanto, a abordar aspectos sin duda de interés, pero que excederían el límite de espacio propio de un estudio de esta naturaleza, como los relativos a la Fundación Europea para la Mejora de la Calidad de Vida y de Trabajo o al Comité Consultivo para la seguridad y la salud en el trabajo.

## 2. PRIMEROS ANTECEDENTES NORMATIVOS EUROPEOS

Los Tratados Constitutivos de las tres Comunidades<sup>11</sup> incluyeron preceptos en materia de prevención de riesgos laborales. Veamos en qué términos.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París el 18 de abril de 1951, estableció como objetivo en política social la promoción de «la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores»<sup>12</sup>, mediante el fomento de investigaciones técnicas y económicas en materia de seguridad y salubridad en el trabajo<sup>13</sup>. Se defendía una adecuada higiene industrial, planificación de las técnicas de prevención de riesgos laborales derivados de industrias específicas, como la de extracción de carbón en las minas, así como el análisis del impacto de estos riesgos en las enfermedades respiratorias de los trabajadores.

Por su parte, el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), firmado en Bruselas el 17 de abril de 1957, anunció en su art. 30, la aprobación de normas mínimas de Derecho necesario relativas a la protección de los trabajadores expuestos

<sup>9</sup> SORIANO GARCÍA, J. E.: «Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria», Tecnos, Madrid, 1988, pág. 96 y MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M.<sup>a</sup> y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Derecho Social Europeo», Tecnos, Madrid, 1994, págs. 38 y 39. Cada Estado es, pues, competente para desarrollar el contenido de la directiva. Obsérvese que cuanto más detallada sea una directiva, más se distancia de su configuración como fuente del Derecho europeo de dos niveles y más se aproxima al reglamento europeo.

<sup>10</sup> En adelante, BOE.

<sup>11</sup> CECA, EURATOM y CEE.

<sup>12</sup> Art. 3.e) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

<sup>13</sup> Art. 55 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

a radiaciones ionizantes<sup>14</sup>, riesgo considerado de especial peligrosidad y toxicidad al provenir de la utilización de energía atómica. En su art. 33 ordenaba a los Estados miembros la adopción de las «disposiciones legales, reglamentarias y administrativas adecuadas para garantizar la observancia de las normas establecidas», al tiempo que encargaba a la Comisión «formular las recomendaciones necesarias con objeto de asegurar la armonización de las disposiciones aplicables en los Estados miembros» dirigida a la población en general y a los trabajadores en particular<sup>15</sup>.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957, no fijaba objetivos sociales propiamente dichos, sino que entendía, que logrado el progreso económico, aquéllos se conseguirían por añadidura, también a través de la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los ciudadanos. Buscaba la elevación del nivel de vida como forma para lograr la mejora de las condiciones sociales<sup>16</sup>. En concreto y relación a la seguridad y salud en el trabajo, recogía en su art. 118 la obligación de la Comisión de promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito de «la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales», así como «la higiene en el trabajo», mediante la elaboración de estudios, dictámenes y la organización de consultas.

Varias fueron las críticas, que la doctrina científica puso de manifiesto sobre la redacción del citado precepto, como entre otras<sup>17</sup>:

a) Su carácter incompleto y descompensado, en la medida en que se refería exclusivamente a la «higiene en el trabajo»<sup>18</sup>; y, b) El papel residual otorgado a las instituciones europeas, limitadas al desarrollo homogéneo de las políticas sociales<sup>19</sup>.

Por su parte, el art. 117 TCEE establece el compromiso de los Estados de «promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores comunitarios, con la finalidad de lograr su equiparación». La técnica normativa empleada es también la de la aproximación de legislaciones nacionales para lograr la equiparación progresiva de las condiciones laborales de los trabajadores.

En materia de seguridad y salud en el trabajo, la regulación descrita obedece a la atribución competencial contenida en los arts. 100 y 235 TCEE, referidas a la aproximación de las normas estatales que incidan «directamente en el establecimiento o funcionamiento del Mercado Común». El acudir a la vía del art. 100 TCEE no estuvo exenta de polémica en la medida en que pretendía la consecución de dos objetivos distintos: por una parte, la mejora de las condiciones de vida y laborales de los trabajadores; y, de otra, la obligatoriedad de que las normas legales, reglamentarias y administrativas de los Estados incidan «directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común»<sup>20</sup>.

En esta polémica terminó terciando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>21</sup> en su Dictamen 2/91, de 19 de marzo, en el

<sup>14</sup> Art. 2.b) del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

<sup>15</sup> MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M.<sup>a</sup> y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Derecho Social Europeo», Tecnos, Madrid, 1994, pág. 101 y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario», RMTAASS, nº 53, 2004, pág. 40.

<sup>16</sup> SANCHO CUESTA, J.: «La seguridad e higiene en el ordenamiento jurídico comunitario», 2ª ed., Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 1993, pág. 60.

<sup>17</sup> En detalle, por todos, CAMAS RODA, F.: «La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo», Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 115 y ss.

<sup>18</sup> DE CRISTOFARO, M.: *La salute del lavoratore nella normativa internazionale e comunitaria*, Cedam, Padua, 1989, pág. 560.

<sup>19</sup> COPPE, A.: «Perspectives de la politique sociale communautaire», *Droit Social*, nº 11, 1971, pág. 168.

<sup>20</sup> CAMAS RODA, F.: *La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*, cit., págs. 129 y ss. y CRISTÓBAL RONCERO, R.: «La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario», cit., págs. 40 y ss.

<sup>21</sup> Entonces TJCE.

que entendió que las Directivas emanadas del art. 100 TCEE y, en concreto, aquella relativa a la protección de los trabajadores frente a riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo, contenían «disposiciones mínimas» en materia de seguridad y salud en el trabajo. Ahora bien, las Directivas del art. 100 TCEE, relativas a la seguridad en los productos, que persiguen eliminar las barreras de libre circulación resultantes de las diversas normativas aprobadas en los Estados miembros, garantizando la seguridad y salud de la población en general, no tienen carácter de disposiciones mínimas. En consecuencia, la clave para distinguir unas y otras Directivas, radica –a juicio del Tribunal– en su carácter o no de norma mínima.

Los arts. 21 y 22 del Acta Única Europea agregaron al Tratado de Roma los arts. 118 A y 118 B. El primero atribuyó a la Comunidad Europea competencia normativa interna para adoptar disposiciones mínimas –mediante Directivas– con la finalidad de armonizar las condiciones laborales y proteger la seguridad y salud de los trabajadores<sup>22</sup>. El art. 118 A TCEE encomendó a los Estados miembros «promover la mejora del medio de trabajo, la seguridad y la salud de los trabajadores», persiguiendo «la armonización dentro del progreso» de las condiciones y como instrumento normativo la Directiva relativa a disposiciones mínimas y adoptada por el Consejo por mayoría cualificada y no por unanimidad. La novedad residía, pues, en la mayoría requerida para la aprobación de las Directivas, que sería a partir de entonces cualificada, a propuesta de la Comisión, en coordinación con el Parlamento y previa consulta al Comité Económico y Social<sup>23</sup>. Este cambio fue enten-

dido como un verdadero impulso y «mejora [...] del medio de trabajo, para proteger la seguridad y salud de los trabajadores y armonizar las condiciones existentes en ese ámbito»<sup>24</sup>.

La doctrina científica se mostró dividida a la hora de definir el ámbito de aplicación del art. 118 A TCEE. Para un sector doctrinal, las competencias de dicho precepto se referían a la protección de los trabajadores en relación con el espacio físico que ocupaban. En consecuencia, las Directivas, que al amparo de lo dispuesto en el art. 118 A TCEE, podían adoptarse, vendrían referidas a cuestiones tales como la prevención de accidentes y enfermedades profesionales ocasionadas por la ubicación del trabajador, el uso de maquinaria peligrosa o la realización de determinadas funciones<sup>25</sup>. Otro sector doctrinal entendía que había de hacerse una interpretación extensiva del art. 118 A TCEE, que abarcase cualquier condición de trabajo, relativa a la ergonomía, la presen-

---

«mayor protección» de la norma nacional», Autonomía colectiva y autonomía individual. La dimensión social del Mercado Único Europeo, Coord, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Consejo Andaluz de Relaciones Laborales», Málaga, 1992, pág. 31: «las Directivas del 118A sólo piden mayoría [cualificada] para su adopción, mientras que las del 100 exigen la unanimidad, a salvo las excepciones del 100A.1, que no incluyen, por la excepción a la excepción del 100A.2, las cabalísticas «relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena» que, por tanto, siguen pidiendo la unanimidad. Bien es verdad que el 100A.3 parece indirectamente admitir Directivas por mayoría «relacionadas con la protección del medio de trabajo». No es extraño que para no entrar en el revoltijo combinado del artículo 100 más el artículo 100A se opte por el camino más llano que el 118A ofrece a las Directivas por mayoría».

<sup>22</sup> ALONSO OLEA, M.: «La Unión Europea y la política social», Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Política, nº 69, 1992, pág. 27.

<sup>23</sup> Entre otros, SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «El espacio social europeo», en AA. VV.: «Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea», Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 138, FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Directiva marco comunitaria y seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo», Mapfre Seguridad, nº 37, 1990, págs. 31 y ss. y CAMAS RODA, F.: «La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo», cit., págs. 168 y ss.

<sup>22</sup> MIRANDA BOTO, J. M.: «Las competencias de la Comunidad Europea en materia social», cit., págs. 62 y ss.

<sup>23</sup> Y es que, como explicó ALONSO OLEA, M.: «Directivas comunitarias y normas nacionales. (El carácter mínimo de las Directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo y la posible

cia de factores psicológicos, la organización del trabajo, el contenido de la actividad, etc., en la medida en que inciden en la seguridad y salud de los trabajadores<sup>26</sup>. En consecuen-

<sup>26</sup> De interés resulta la STJCE, de 12 de noviembre de 1996, Asunto C-84/94, relativa a la petición de anulación de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Esta resolución examina directamente el régimen jurídico contenido en el art. 118 A TCEE. Mediante recurso presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 8 de marzo de 1994, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte solicitó, con arreglo al artículo 173 del Tratado CE, la anulación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y, con carácter subsidiario, de las disposiciones del artículo 4, de los párrafos primero y segundo del artículo 5, del apartado 2 del artículo 6 y del artículo 7 de dicha Directiva. La Directiva se adoptó sobre la base del artículo 118 A del Tratado CE. El Gobierno demandante alegó que la Directiva habría debido adoptarse tomando como base el artículo 100 del Tratado CE o, incluso, el artículo 235 del Tratado, que exigen la unanimidad en el seno del Consejo. El Gobierno del Reino Unido señala, en primer lugar, que debe considerarse que el artículo 118 A del Tratado constituye una excepción al artículo 100, por el que se rigen, de conformidad con el apartado 2 del artículo 100 A, las disposiciones «relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena», por lo que el artículo 118 A debe ser objeto de interpretación estricta. En segundo lugar, el Gobierno del Reino Unido, refiriéndose al propio tenor literal del artículo 118 A, alegó que esta disposición permite tan sólo adoptar Directivas cuyo objeto tenga una relación objetiva y auténtica con «la seguridad y la salud de los trabajadores». No presentan esta característica las medidas referentes, en particular, a la duración semanal del tiempo de trabajo, las vacaciones anuales retribuidas y los períodos de descanso, cuya relación con la seguridad y la salud de los trabajadores es demasiado sutil. Esta interpretación resulta confirmada por el concepto de «medio de trabajo» utilizado en el artículo 118 A, que exige que las Directivas fundadas en dicha disposición guarden relación únicamente con las condiciones y riesgos físicos en el centro de trabajo. Entiende el Tribunal que: «la Directiva constituye un elemento concreto en el marco de la realización de la dimensión social del mercado interior. Sin embargo, de la circunstancia de que la Directiva se inserte, pues, en el contexto de la política social comunitaria no se desprende que no pueda fundarse válidamente en el artículo 118 A, dado que contribuye a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores, máxime cuando el artículo 118 A forma parte, precisamente, del Capítulo I, titulado «Disposiciones sociales», del Título VIII del Tratado, relativo, en particular, a la «Política social», lo que ha llevado además al Tribunal de Justicia a considerar que dicha disposición había conferido a la Comunidad una competencia normativa in-

terna en el ámbito social (dictamen 2/91, antes citado, apartado 17)». Añade el Tribunal que «las medidas previstas por la Directiva, con arreglo al artículo 118 A, «habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros». En primer lugar, es un hecho que la normativa de todos los Estados miembros incluye medidas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo. En segundo lugar, el artículo 18 de la Directiva autoriza, en particular, a los Estados miembros, con determinadas condiciones, a no aplicar después de la expiración del plazo para la adaptación del Derecho interno a la directiva, el 23 de noviembre de 1996, las disposiciones del artículo 6 sobre la duración semanal del tiempo de trabajo ni, durante un período transitorio de tres años, las del artículo 7 relativas a las vacaciones anuales retribuidas que, durante dicho período, podrán limitarse a tres semanas. [...] Dado que de los elementos precedentes se deduce que, de acuerdo con su objetivo y su contenido, la Directiva tiene como objeto principal proteger la salud y la seguridad de los trabajadores mediante disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, ni el artículo 100 ni el artículo 100 A podían constituir la base jurídica adecuada de la Directiva. Debe señalarse a este respecto que el artículo 118 A encarga al Consejo adoptar disposiciones mínimas con el fin de contribuir, mediante la armonización, a la consecución del objetivo de elevación del nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que, con arreglo al apartado 1 de la referida disposición, incumbe en primer lugar a los Estados miembros. Al haber constatado el Consejo la necesidad de mejorar el nivel existente de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y de armonizar, dentro del progreso, las condiciones existentes en ese ámbito, la consecución de dicho objetivo mediante disposiciones mínimas supone necesariamente una actuación comunitaria que, por lo demás, deja en buena parte en manos de los Estados miembros, como ocurre en el presente caso, la facultad de adoptar las modalidades de aplicación necesarias. Respecto a la alegación según la cual el Consejo no podía adoptar válidamente medidas tan generales y vinculantes como las que constituyen el objeto de la Directiva, se examinará en el apartado que se dedica a continuación al motivo basado en la violación del principio de proporcionalidad. En efecto, en contra de lo que pretende el Gobierno demandante, el Consejo no ha incurrido en un error manifiesto al considerar que las medidas controvertidas eran necesarias para alcanzar el objetivo de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. En primer lugar, el artículo 4, relativo a la pausa de descanso obligatoria, sólo se aplica si el tiempo de trabajo diario es superior a seis horas. Además, sus modalidades y, en particular, su duración y sus requisitos de concesión, se establecen mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional. Por último, esta disposición puede ser objeto de varias excepciones, vinculadas a la condición de la persona del trabajador (apartado 1 del artículo 17) o a la naturaleza o las

cia, no habían de entenderse como referidas exclusivamente a las medidas de seguridad e higiene en sentido estricto<sup>27</sup>.

Las dudas surgieron también en torno a qué debía entenderse por «disposiciones

---

características de la actividad ejercida (puntos 2.1 y 2.2 del apartado 2 del artículo 17), mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional (apartado 3 del artículo 17). En segundo lugar, el periodo mínimo de descanso semanal ininterrumpido de veinticuatro horas, previsto en el párrafo primero del artículo 5, a las que se añadirán las once horas de descanso diario establecidas en el artículo 3, puede ser objeto de excepciones idénticas a las autorizadas en relación con el citado artículo 4. A dichas excepciones se añaden las relativas a las actividades de trabajo por turnos y a las actividades caracterizadas por el fraccionamiento de la jornada de trabajo (punto 2.3 del apartado 2 del artículo 17). Además, el periodo de referencia de siete días puede ampliarse a catorce días (punto 1 del artículo 16). En tercer lugar, por lo que respecta al apartado 2 del artículo 6, con arreglo al cual la duración media del trabajo no deberá exceder de cuarenta y ocho horas por cada periodo de siete días, los Estados miembros podrán establecer un periodo de referencia que no exceda de cuatro meses (punto 2 del artículo 16) y que en algunos casos podrá alcanzar seis meses para la aplicación de los puntos 2.1 y 2.2 del apartado 2 y del apartado 3 del artículo 17) o hasta doce meses (párrafo segundo del apartado 4 del artículo 17). Por último, el inciso i) de la letra b) del apartado 1 del artículo 18 autoriza incluso a los Estados miembros, con determinadas condiciones, a no aplicar el artículo 6. En cuarto lugar, por lo que se refiere al artículo 7, relativo a las vacaciones anuales retribuidas de cuatro semanas, el inciso ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 18 autoriza a los Estados miembros a establecer un periodo transitorio de tres años durante el cual los trabajadores deberán poder disfrutar de un periodo anual de tres semanas de vacaciones retribuidas». En base a lo expuesto, el Tribunal desestima el recurso, excepto en la medida en que se refiere al párrafo segundo del artículo 5 de la Directiva, que considera que debe ser anulado. En extenso, sobre esta sentencia, cfr. CAMAS RODA, F.: «La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo», cit., págs. 174 y ss.

<sup>27</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE», *Actualidad Laboral*, nº 32, 1991, pág. 394 y ss.; ROJO TORRECILLA, E.: «La política laboral europea. El desarrollo de la Carta comunitaria como elemento clave de la configuración de la Europa Social», *Documentos de Treball*, nº 23, 1992, pág. 118; LANDA ZAPIRAIN, J. P.: «La política social comunitaria entre vinculabilidad jurídica y voluntad política (I y II)», *Relaciones Laborales*, 1992, vol. I, pág. 1315.

mínimas» a los efectos de lo dispuesto en el art. 118 A.2 TCEE. Para unos, la regulación establecida en las Directivas aprobadas al amparo de dicho precepto debía fijar un nivel mínimo real, evitando la creación de barreras técnicas, que obstaculicen la libre circulación de mercancías<sup>28</sup>. Para otros, las Directivas *ex art. 118 A* debían tener un alto nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, al tiempo que cada Estado miembro podía regular esta materia fijando niveles de protección superiores<sup>29</sup>.

A esta polémica dio respuesta el Tribunal de Justicia. En su sentencia de 12 de noviembre de 1996<sup>30</sup>, consideró que «no limita la intervención comunitaria al mínimo denominador común o incluso, al nivel de protección más bajo establecido por los diferentes Estados miembros, sino que significa que los Estados son libres de conceder una mayor interpretación que la protección, en su caso elevada, resultante del Derecho comunitario»<sup>31</sup>.

El Acta Única permitió la prevalencia de la legislación interna de un Estado sobre una Directiva adoptada por mayoría cualificada, en aquellos supuestos en los que existan razones

---

<sup>28</sup> MEIJER, A.: «La actividad en materia de seguridad e higiene en UNICE», en AA. VV.: «X Jornadas de Prevención de Riesgos Profesionales, organizadas por la CEOE», Madrid, 1992, págs. 32 y ss.

<sup>29</sup> LÉGER, PH.: «Conclusiones presentadas el 12 de marzo de 1996, en el Asunto C-84/94, Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Consejo de la Unión Europea», *Rec. 1996-11*, pág. I-5785.

<sup>30</sup> Asunto C-84/94, relativa a la petición de anulación de la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

<sup>31</sup> Y ellos en la medida en que «En cuarto lugar, es imprescindible el respeto del principio de subsidiariedad para que pueda considerarse que una medida es proporcionada. A este respecto, el Gobierno del Reino Unido alega que corresponde a las Instituciones comunitarias demostrar que los objetivos perseguidos por la Directiva se alcanzarán más fácilmente a escala comunitaria que mediante una actuación de los Estados miembros. Ahora bien, en el caso de autos tal demostración no existe». Sobre este particular, por todos, MUÑOZ RUIZ, A. B.: «El sistema normativo de prevención de riesgos laborales», *Lex Nova*, Valladolid, 2009, págs. 83 y ss.

«relacionadas con la protección del medio de trabajo» y siempre que la Comisión compruebe su carácter fundado y ajeno a propósitos discriminatorios o restrictivos de la competencia<sup>32</sup>.

Por su parte, el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, impulsó de nuevo las políticas en materia de seguridad y salud en el trabajo, en la medida en que «aunque el TUE pretendió edificar la unión política sobre las bases de una verdadera solidaridad interna [...], facilitando la modernización de las economías menos prósperas en aras a su mejor inserción en la Unión Europea y promoviendo el progreso económico y social de sus pueblos (Preámbulo del TUE)»<sup>33</sup>, fue difícil consensuar los aspectos relativos a la cohesión social<sup>34</sup>. No debemos olvidar que la negativa de Gran Bretaña a incluir los principios de la Carta Social Europea provocó que otros Estados miembros optaran por la aprobación del Protocolo 14 sobre Política Social, anexo al Tratado de la Unión, de aplicación exclusiva a los mismos. La Conferencia Ministerial sobre los derechos del hombre, celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990, subrayó la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales; y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso. En el Consejo Europeo de Roma, celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 1990, se pidió a la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política que «prestase especial atención a los temas relativos a la cohesión

económica y social». Posteriormente, con ocasión de la Conferencia Ministerial celebrada en Turín los días 21 y 22 de octubre de 1991, se apostó por actualizar y adaptar el contenido material de la Carta Social Europea, con el fin de tener en cuenta, en particular, los cambios sociales fundamentales producidos con posterioridad a su adopción. En concreto y yendo más allá, en su Recomendación 1168/1991, de 24 de septiembre, relativa al futuro de la Carta Social Europea, la Asamblea Parlamentaria destacaba que «la aplicación de normas suficientemente próximas en materia de derechos sociales, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, debería ser un criterio de admisión en el Consejo de Europa». Finalmente, el Tratado de Maastricht de 1992 no solo no recogió dichas propuestas, sino que suprimió toda referencia a la Carta Social Europea e introdujo un catálogo de derechos civiles y políticos, sin mencionar los sociales y económicos, que fueron desplazados del texto articulado a dos Protocolos anejos.

El Protocolo 14 sobre Política Social no recogió aspectos relativos a la seguridad y salud en el trabajo. Su art. 1 define, como objetivo prioritario, «la mejora de las condiciones de vida y trabajo». Fija como instrumento para lograr su consecución, la orientación de la acción europea entre tres direcciones: a) Las condiciones de trabajo; b) La información y consulta de los trabajadores; y, c) La mejora del medio de trabajo para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores<sup>35</sup>.

### 3. LOS PROGRAMAS DE ACCIÓN SOCIAL Y SU IMPORTANCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Desde 1978, la Comisión ha aprobado diversos Programas de acción social. Los primeros trataron de actuar en el plano legislativo, mediante la aprobación de normas mínimas

<sup>32</sup> Art. 100.4 TCEE. Cfr. MONTAÑA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M.<sup>a</sup> y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Derecho Social Europeo», cit., pág. 101, quienes entienden con razón que el citado precepto «se está refiriendo a la prevalencia sobre las normas comunitarias de normas internas menos favorables, ya que la regla de la preeminencia más favorable, presente, además, en numerosas Directivas, se consagra como una regla general en el art. 118<sup>o</sup>.3».

<sup>33</sup> DE LA VILLA GIL, L. E.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º 32, 2001, pág. 15.

<sup>34</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R.: «La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario», cit., pág. 42.

<sup>35</sup> Art. 2 del Protocolo 14.

sobre seguridad y salud de los trabajadores. El objetivo era limitar los riesgos a través de la aprobación de diversas Directivas, que aborasen la regulación de determinados sectores de alto riesgo y que protegiesen a los trabajadores vulnerables. Más adelante, los Programas no se limitaron al plano estrictamente normativo, sino que trataron de ampliar los medios de acción a través de programas de orientación, información y formación. Veamos cómo se concretaron estas acciones.

En base a los arts. 117 y 118 TCEE, se aprobaron varios Programas sobre Salud, Seguridad e Higiene en el Trabajo. El Programa de Acción Social de 1974<sup>36</sup> supuso un giro en la concepción de las políticas sociales de la Unión Europea al aceptarse la competencia de la CE para aprobar disposiciones sobre política social<sup>37</sup> y entenderse que el crecimiento económico no es un fin en sí mismo, sino que debe ir acompañado de la mejora del nivel y calidad de vida de los trabajadores<sup>38</sup>. Empezaron a concretarse políticas sociales específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo,

igualdad y no discriminación, inserción laboral de colectivos en riesgo de exclusión social. Entre sus objetivos, incluía la «mejora de las condiciones de vida y trabajo que permitan su armonización en el progreso», así como el establecimiento de «un programa de acción a favor de los trabajadores, tendente a la humanización de las condiciones de vida y trabajo», con especial énfasis en «la mejora de la seguridad y de la higiene en el trabajo, la eliminación progresiva de las constricciones físicas y psíquicas que existan en el lugar y en el puesto de trabajo, principalmente mediante la mejora del medio ambiente» y «la ordenación de las tareas comenzando por los sectores de actividades en los que las condiciones sean más penosas». A tal efecto, se creó un Comité Consultivo para la seguridad, higiene y protección de la salud en el trabajo, cuya principal función consistía en «asistir a la Comisión en la preparación y puesta en práctica de las actividades que se realicen en el ámbito de la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo».

En los Programas de Acción Social posteriores (1978-1982 y 1984-1988), asistimos a un mayor impulso normativo en materia de seguridad y salud laboral. El enfoque es eminentemente técnico, como lo atestigua la adopción de medidas de prevención y protección y sobre todo de higiene industrial, frente a riesgos específicos derivados de la prestación de servicios en determinadas industrias o sectores. En concreto, en el Programa de Acción Social de las Comunidades en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo (1978-1982), aprobado por resolución del Consejo de 29 de junio de 1978<sup>39</sup>, pretendía «la elevación del nivel de protección con respecto a los riesgos profesionales de cualquier naturaleza». Seis eran las acciones que había que emprender: a) Integrar la seguridad en los diferentes pasos de la concepción, producción y explotación; b) Establecer límites de exposición de los trabajadores a poluciones o elementos nocivos

<sup>36</sup> Resolución del Consejo, de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social. En concreto, en relación al tema tratado, el Programa de Acción Social de 1974, que comprendía de 1974 a 1976, fijaba los siguientes objetivos: «Mejora de las condiciones de vida y de trabajo que permitan su armonización en el progreso:

- establecer una concertación apropiada de las políticas de protección social de los Estados miembros, con objeto de favorecer en especial su aproximación en el progreso;
- establecer un programa de acción en favor de los trabajadores, tendente a la humanización de las condiciones de vida y de trabajo y, sobre todo:
- la mejora de la seguridad y de la higiene en el trabajo;
- la eliminación progresiva de las constricciones físicas y psíquicas que existan en el lugar y en el puesto de trabajo, principalmente mediante la mejora del medio ambiente y la búsqueda de medios que permitan el enriquecimiento de las tareas;
- una reforma de la organización del trabajo que dé a los trabajadores mayores posibilidades y que les permita principalmente tener responsabilidades y funciones propias y acceder a una cualificación superior».

<sup>37</sup> QUESADA DÍEZ, S.: «La acción social en la Unión Europea», *Alternativas: Cuadernos de Derecho Social*, nº 6, 1998, págs. 221 y ss.

<sup>38</sup> SANCHO CUESTA, J.: «La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario», cit., pág. 68.

<sup>39</sup> DOCE C 165/1, de 11 de julio.

encontrados o susceptibles de ser encontrados en el lugar de trabajo; *c)* Desarrollar la vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores; *d)* Estudiar las causas de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; *e)* Promover y coordinar la investigación en materia de seguridad y salud en el trabajo; *y,* *f)* Desarrollar el espíritu de seguridad y salud por la educación y la formación.

El Consejo aprobó el segundo Programa de Acción Social en materia de seguridad y salud en el trabajo (1984-1988), por resolución de 27 de mayo de 1984<sup>40</sup>. Pretendía profundizar en acciones anteriores tales como: *a)* Prevenir y proteger frente a sustancias cuyo carácter cancerígeno está reconocido y otras sustancias y procesos peligrosos, que pueden tener efectos nocivos graves sobre la salud; *b)* Establecer reglas para limitar la exposición al ruido; *c)* Proteger frente a accidentes ocasionados por caídas, elevación manual de máquinas peligrosas y medidas sobre iluminación del lugar de trabajo; *d)* Organizar servicios de medicina del trabajo, higiene y seguridad profesionales; *e)* Informar adecuadamente a empresario y trabajadores sobre las medidas a adoptar; *f)* Elaborar estadísticas y estudios en la materia; *g)* Investigar sobre seguridad y salud en el trabajo; *h)* Cooperar con la Organización Mundial de la Salud, la Organización Internacional del Trabajo y otras organizaciones internacionales, que desarrollen su actividad en el sector.

Por Resolución de 21 de diciembre de 1987<sup>41</sup>, el Consejo de las Comunidades adoptó el tercer Programa de acción relativo a la seguridad, higiene y a la salud de los trabajadores (1988-1992), aprobado al amparo de lo dispuesto en el art. 118 A TCEE<sup>42</sup>. Este Programa se estructuró en cinco áreas de trabajo, que a su vez se concretaron en di-

versas acciones específicas. Las áreas eran las siguientes: *a)* Seguridad y ergonomía en lugares de trabajo; *b)* Salud e higiene en el trabajo frente a determinadas sustancias tóxicas o nocivas; *c)* Formación e información sobre sustancias peligrosas para la salud; *d)* Adopción de medidas concretas a favor de pequeñas y medianas empresas; *e)* Diálogo social, a través del Comité Consultivo para la Seguridad, Higiene y Protección de la Salud en el lugar de trabajo.

El Cuarto Programa de Acción (1996-2000) se adoptó por Resolución de la Comisión de 19 de noviembre de 1993. Se concibió en tres partes, con acciones, en las que se establecían las bases del trabajo actual y futuro y que eran las siguientes: *a)* Medidas no legislativas para mejorar la seguridad y la salud en el trabajo; *b)* Medidas legislativas existentes y nuevas; *y,* *c)* La seguridad y la salud en otras políticas<sup>43</sup>. Los objetivos eran, en esencia, los siguientes: *a)* Velar porque los Estados miembros transpusiesen en tiempo y forma las Directivas a su ordenamiento interno y adoptasen las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento; *b)* Promover los trabajos de la Comisión en ese ámbito con terceros países; *y,* *c)* Proseguir con la promoción de las medidas de seguridad y salud en el trabajo en la Unión Europea. En concreto, las medidas consistieron en aplicar, consolidar, racionalizar y ampliar la legislación europea, mediante la adopción de medidas de información, formación y promoción y con especial atención a las pequeñas y medianas empresas. Así mismo, se hizo hincapié en la necesidad de promover estudios, investigaciones y códigos de buenas prácticas con el fin de mejorar la información, los conocimientos y los medios de actuación en este campo.

El Consejo Europeo de Estrasburgo de 1989 adoptó la Carta Comunitaria de los De-

<sup>40</sup> DOCE C 67/2, de 8 de marzo.

<sup>41</sup> DOCE C 28/1, de 3 de febrero.

<sup>42</sup> Es el primer Programa que se adoptó al amparo de lo dispuesto en dicho precepto; los anteriores lo hicieron con base en los arts. 117 y 118 TCEE.

<sup>43</sup> En extenso, LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. P.: «Cuarto Programa de seguridad y salud de los trabajadores en la Unión Europea 1996-2000. El Programa «Safe» para PYMES», Revista Proyecto Social, n<sup>o</sup> 6, págs. 128 y ss.

rechos Sociales Fundamentales de los trabajadores<sup>44</sup>. En la Carta, se subraya formalmente el compromiso de la Unión Europea en materia de seguridad y salud en el trabajo, al tiempo que se invita a la aprobación de nuevas disposiciones y a la modificación de algunas de las existentes, teniendo en cuenta los progresos técnicos acaecidos<sup>45</sup>. La doctrina científica mostró su decepción tras su aprobación, en la medida en que «con vistas a una valoración de la Carta, una cierta impresión de frustración, resulta inevitable y además la adopción por mayoría cualificada de once Estados miembros (todos excepto Reino Unido) ha dado lugar a una degradación del carácter jurídico vinculante que primigeniamente se buscaba con la incorporación de un instrumento jurídico europeo garantizador del cumplimiento de mínimos obligatorios en materia social»<sup>46</sup>. A la Carta, que reconocía doce áreas de derechos sociales básicos, le acompañaba un Programa de acción para su aplicación.

El objetivo perseguido en esta época es, en esencia, el inicio de armonización de las medidas de identificación y evaluación de riesgos laborales, así como de la terminología empleada<sup>47</sup>. La Directiva europea fue el instrumento normativo elegido para el impulso de la acción

<sup>44</sup> De 9 de diciembre de 1989, en cuyo art. 19 se establece que «Todo trabajador debe disfrutar en su lugar de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización en el proceso de las condiciones existentes en este campo.

Estas medidas deberán tener en cuenta, en particular, la necesidad de formación, información consulta y participación equilibrada de los trabajadores en lo que se refiere a los riesgos a los que estén expuestos y a las medidas que se adopten para eliminar o reducir esos riesgos.

Las disposiciones relativas a la realización del mercado interior deben contribuir a dicha protección».

<sup>45</sup> En su art. 31 se establece que: «Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad».

<sup>46</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: «La dimensión social del Mercado Único», REDT, nº 47, 1991, pág. 385.

<sup>47</sup> NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. C. y GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «Manual de Derecho Social de la Unión Europea», Tecnos, Madrid, 2011, págs. 366 y ss.

normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.

En base a estos Programas, se aprobaron, sin ánimo exhaustivo, las siguientes Directivas:

- Directiva 80/1107/CEE, del Consejo, de 27 de noviembre de 1980, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo<sup>48</sup>.
- Directiva 82/605/CEE, del Consejo, de 28 de julio de 1982, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con una exposición al plomo metálico y a sus compuestos iónicos durante el trabajo (primera Directiva particular con arreglo al artículo 8 de la Directiva 80/1107/CEE)<sup>49</sup>.
- Directiva 83/477/CEE, del Consejo, de 19 de septiembre de 1983, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (segunda Directiva particular con arreglo al artículo 8 de la Directiva 80/1107/CEE)<sup>50</sup>.
- Directiva 86/188/CEE, del Consejo, de 12 de mayo de 1986, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la exposición al ruido durante el trabajo<sup>51</sup>.
- Directiva 88/364/CEE, del Consejo de 9 de junio de 1988 relativa a la protección de los trabajadores mediante la prohibición de determinados agentes específicos

<sup>48</sup> Diario Oficial nº L 327 de 03/12/1980; posteriormente modificada por la Directiva 88/642, de 16 de diciembre, del Consejo de 16 de diciembre de 1988 por la que se modifica la Directiva 80/1107/CEE sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo

<sup>49</sup> Diario Oficial nº L 247/12, de 23/8/1982.

<sup>50</sup> Diario Oficial nº L 263, de 24/2/1983.

<sup>51</sup> Diario Oficial nº L 137, de 24/05/1986.

- y/o determinadas actividades (Cuarta Directiva especial con arreglo al artículo 8 de la Directiva 80/1107/CEE)<sup>52</sup>.
- Directiva 77/312/CEE, del Consejo, de 29 de marzo de 1977, sobre la vigilancia biológica de la población contra el peligro del saturnismo<sup>53</sup>.
  - Directiva 77/576/CEE, del Consejo, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas a la señalización de seguridad en el centro de trabajo.
  - Directiva 78/610/CEE, del Consejo, de 29 de junio de 1978, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas a la protección sanitaria de los trabajadores expuestos al cloruro de vinilo monómero<sup>54</sup>.
  - Directiva 76/579/Euratom, del Consejo, de 1 de junio de 1976, que establece las normas básicas revisadas sobre la protección sanitaria de la población y de los trabajadores contra los riesgos de las radiaciones ionizantes<sup>55</sup>.
  - Directiva 80/836/Euratom, del Consejo, de 15 de julio de 1980, por la que se modifican las Directivas que establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de la población y los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes<sup>56</sup>.
  - Directiva 82/501/CEE, del Consejo, de 24 de junio de 1982, relativa a los riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales<sup>57</sup>.
  - Directiva 89/292/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1989, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre máquinas, modificada por la Directiva del Consejo 91/368/CEE, de 20 de junio<sup>58</sup>.
- #### 4. LA DIRECTIVA MARCO 89/391/CEE, SOBRE MEDIDAS PARA PROMOVER LA MEJORA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN EL TRABAJO
- ##### 4.1. La transposición de la Directiva Marco a nuestro ordenamiento interno
- El punto de inflexión lo constituye la aprobación de la Directiva Marco 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en la que se refleja el nuevo enfoque europeo en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como los nuevos objetivos<sup>59</sup>. Establece las disposiciones mínimas que han de aplicarse en los lugares de trabajo, con independencia de su naturaleza pública o privada o de las actividades desempeñadas. Fija una estructura obligacional, que genera derechos y deberes entre el empresario y el trabajador. Configura un conjunto de principios preventivos del riesgo, que obligan al empresario a la adopción de unas concretas medidas de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, entre las que destacan evitar el riesgo en su origen, planificar la prevención o proteger frente a sustancias tóxicas o especialmente peligrosas. Pretende lograr la armonización general de las normas mínimas en materia de seguridad y salud en el trabajo.

<sup>52</sup> Diario Oficial de 9 de julio de 1988.

<sup>53</sup> Diario Oficial de 28 de abril de 1977.

<sup>54</sup> Diario Oficial nº L 197, de 22 de julio de 1978.

<sup>55</sup> Diario Oficial nº L 187, de 12 de julio de 1976.

<sup>56</sup> Diario Oficial nº L 246, de 17 de septiembre de 1980.

<sup>57</sup> Diario Oficial nº L 230, de 5 de agosto de 1982; modificada por la Directiva 87/216/CEE, del Consejo, de 19 de marzo de 1987 sobre determinadas actividades industriales, la Direc-

tiva 88/610/CEE, del Consejo, de 24 de noviembre de 1988 y la Directiva 91/692/CEE, del Consejo, de 23 de diciembre de 1991.

<sup>58</sup> Diario Oficial nº L 183 de 29/06/1989.

<sup>59</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español», RL, nº 8, 1991, págs. 46 y ss.

Se trata de una norma de mínimos, en la medida en que «no afecta a las disposiciones nacionales y europeas existentes o futuras, que sean más favorables para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo»<sup>60</sup>.

En su art. 1, se establece que su finalidad es promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores mediante el establecimiento de unos fundamentos prevencionistas generales, objetivo «que no podrá subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico»<sup>61</sup>. La Directiva crea una visión global de los aspectos, que conforman la seguridad y salud en el trabajo. Su ámbito de aplicación es amplio y abarca actividades tanto públicas como privadas, con la excepción de determinadas actividades de protección civil<sup>62</sup>. Posee, en consecuencia,

un mayor alcance que otros antecedentes normativos<sup>63</sup>. O dicho en otras palabras, «opera propiamente como Directiva básica aplicable a todo el sistema comunitario de seguridad, tanto

de las citadas Directivas, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores. En particular, no se puede imponer razonablemente a los empresarios una prevención efectiva de los riesgos profesionales así como una planificación del tiempo de trabajo del personal de socorro», Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de julio de 2005. En parecidos términos, explicó el Tribunal de Justicia que «procede recordar que el criterio utilizado por el legislador comunitario para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 no está fundado en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividades contemplados en el artículo 2, apartado 2, párrafo primero, de dicha Directiva, considerados globalmente, como las fuerzas armadas, la policía y el servicio de protección civil, sino exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores, que justifica una excepción a las normas dictadas por la citada Directiva, en razón de la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad», Auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg, antes citado, apartado 51. Por tanto «cabe aplicar la Directiva 89/391, dado que dichos cometidos se realizan en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata, y ello aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza, imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad y/o su salud», Auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg, antes citado, apartado 52. Así mismo, «la excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, de dicha Directiva únicamente puede aplicarse en el supuesto de acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse», Auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg, antes citado, apartado 53. «En caso de que acontecimientos excepcionales requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en la Directiva 89/391, la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas, debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo de la citada Directiva, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, véase, en este sentido, el auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg, antes citado, apartados 54 y 55.

<sup>63</sup> CAMAS RODA, F.: «La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo», cit., pág. 204.

<sup>60</sup> Art. 13 de la Directiva Marco.

<sup>61</sup> Considerando 13º de la Directiva Marco.

<sup>62</sup> El TJUE en los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, Bernhard Pfeiffer y otros c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, de 5 de octubre de 2004, entendió que la exclusión que se menciona en el artículo 2, apartado 2 de la Directiva Marco relativa a determinadas actividades específicas de la función pública «se adoptó a efectos de asegurar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la salud y del orden públicos en circunstancias de excepcional gravedad y magnitud que se caracterizan por el hecho de no prestarse, por naturaleza, a una planificación del tiempo de trabajo de los equipos de intervención y de socorro». Y así, «Únicamente puede hacerse una excepción a tal interpretación del artículo 2, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 89/391 en el supuesto de acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse. 54. Lo mismo debe suceder en caso de catástrofes naturales o tecnológicas, los atentados, accidentes graves u otros eventos de la misma índole, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en las Directivas 89/391 y 93/104. 55. En situaciones que revisten tales características, la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo

el existente con anterioridad a su promulgación, como el que de ella se derive»<sup>64</sup>.

Varios fueron los motivos que impulsaron la aprobación de esta Directiva. Como se detalla en su preámbulo, entre los mismos cabe destacar los siguientes: *a)* El artículo 118A TCEE obliga al Consejo a establecer, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores; *b)* Los trabajadores pueden estar expuestos en su lugar de trabajo y a lo largo de toda su vida profesional a la influencia de factores ambientales peligrosos; *c)* Incumbe a los Estados miembros promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en su territorio; *d)* En los Estados miembros, los sistemas legislativos en materia de seguridad y de salud sobre el lugar de trabajo son muy diferentes y deben ser mejorados; *e)* Se producen todavía demasiados accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; *f)* Para garantizar un mayor grado de protección, es necesario que los trabajadores y sus representantes estén informados de los riesgos para su seguridad y su salud, así como de las medidas necesarias para reducir o suprimir estos riesgos; y, entre otros *g)* Es necesario desarrollar la información, el diálogo y la participación equilibrada en materia de seguridad y salud en el trabajo entre los empresarios y los trabajadores y/o sus representantes por medio de procedimientos e instrumentos adecuados, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales.

La fecha límite de transposición al ordenamiento interno de la Directiva Marco era el 31 de diciembre de 1992, fecha que transcurrió en exceso sin que se diera cumplimiento en nuestro país a dicho mandato. Para algunos autores, cabía hablar de efecto directo de la obligación empresarial de garantizar la seguridad de los trabajadores<sup>65</sup>; para otros, la falta de concreción

normativa de la Directiva Marco (a diferencia de las Directivas específicas, cuya concreción permitiría en determinados supuestos hablar de efecto directo una vez transcurrido el plazo de transposición sin que se hayan incorporado a nuestro ordenamiento jurídico) impedía otorgar efecto directo a sus preceptos<sup>66</sup>.

En nuestra opinión, la cuestión debía haberse razonado en los siguientes términos: no debe olvidarse que el alcance del Derecho europeo en nuestro ordenamiento no se limita al derivado de las normas directamente aplicables o a la transposición de aquellas cuya eficacia queda condicionada al cumplimiento de este requisito. Se extiende también a la eficacia de las directivas no transpuestas. La no transposición en plazo de una directiva por parte de un Estado miembro no impide que pueda tener eficacia directa, es decir, que pueda ser invocada por los particulares ante los órganos judiciales nacionales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido la invocabilidad de las directivas no transpuestas únicamente frente al Estado incumplidor de la obligación de transposición. Es lo que se conoce como el efecto directo vertical de las directivas. Pero no ha admitido su efecto horizontal, es decir, que puedan hacer surgir derechos y obligaciones entre los particulares invocables ante los órganos judiciales. Junto a la eficacia de las directivas no transpuestas en plazo hay que tener en cuenta una eficacia que se ha denominado indirecta y que se refiere a cualquier directiva, transpuesta o no, ya afecte a relaciones verticales u horizontales y que deriva del principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho europeo. Para su plena eficacia toda directiva requiere de un acto posterior de cumplimiento por parte del Estado miembro: la transposición. El problema más grave que plantean las directivas es el de su efecto jurídico cuando no son desarrolladas por el Estado destinatario dentro del plazo concedido

<sup>64</sup> SANCHO CUESTA, J.: «La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario», cit., pág. 79.

<sup>65</sup> PRADOS DE REYES, F. H.: «El tiempo de trabajo en la normativa comunitaria», DL, nº 43, 1994, pág. 134.

<sup>66</sup> PUERTA DOMÍNGUEZ, E. M.: «La directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho», Comares, Granada, 1999, pág. 47.

al efecto. ¿Qué sucede en los supuestos en los que dicho acto no se produce o se lleva a cabo de forma irregular? ¿El alcance de la directiva quedaría limitado a un posible recurso de incumplimiento por falta de desarrollo o de desarrollo incorrecto, sin la aplicación positiva de la directiva? ¿Implicaría la inaplicación de la directiva la indefensión de los ciudadanos europeos ante cualquier actuación incorrecta de los Estados miembros en el desarrollo de las directivas?

El inicial razonamiento del Tribunal de Justicia fue el siguiente: se reconoce al justificable el derecho a invocar las disposiciones de una directiva europea no transpuesta ante sus propias jurisdicciones nacionales para preservar el efecto útil de la directiva<sup>67</sup>. Todo ello siempre y cuando las disposiciones de la directiva sean suficientemente precisas e incondicionales. Como es fácil de adivinar, cuanto mayor sea la concreción del contenido de una directiva, mayor aptitud presentará para desplegar sus efectos en el ordenamiento interno de los Estados miembros, en los supuestos de falta de transposición o de transposición incorrecta. El efecto directo de las directivas se configura, de esta forma, como el resultado de una situación patológica, consistente en un incumplimiento por parte de los Estados miembros de su obligación de ejecutarlas correctamente en su Derecho interno dentro del plazo fijado<sup>68</sup>. La invocabilidad deriva del efecto directo, que confiere a las directivas una eficacia jurídica sustancial, sometida al cumplimiento de determinadas condiciones –precisión e in-

condicionalidad– y se encuentra, en cuanto a su contenido, restringida.

En concreto, las circunstancias que deben concurrir para que se produzca el efecto directo de una directiva no transpuesta son las siguientes: *a)* Que haya transcurrido el plazo que se concedió al Estado miembro para su transposición<sup>69</sup>; *b)* Que no se haya efectuado actividad alguna de desarrollo (siempre que la misma fuese necesaria) o que la realizada no se ajuste a lo sancionado en la directiva; y *c)* Que las disposiciones, a las que se pretende dotar de efecto directo, sean suficientemente precisas<sup>70</sup> e incondicionales<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> El Tribunal de Justicia ha entendido que la eficacia de las directivas, en cuanto parámetro de validez de la normativa nacional, está supeditada al vencimiento del plazo fijado, de manera que antes de que finalice el mismo, «los Estados miembros permanecerían libres en la materia», de donde se infiere que «no es posible para un particular invocar el principio de confianza legítima antes de la expiración del plazo previsto para su ejecución». Cfr. Asunto Ratti, sentencia de 5 de abril de 1979, asunto 148/78, Asunto Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt, sentencia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, Asunto Vanetveld, sentencia de 3 de marzo de 1994, asunto C-316/93 y Asunto Ambulanter Pflegedienst Kügler GmbH v. Finanzamt für Körperschaften I in Berlin, sentencia de 10 de septiembre de 2002, asunto 141/00. Al respecto, cfr. TIMMERMANS, C.: «Community directives revisited», YEL, n° 17, 1997, pág. 11.

<sup>70</sup> Para que una disposición sea suficientemente precisa, es necesario que el juez nacional, que se enfrenta al caso, sea capaz de resolver el conflicto aplicando dicha disposición. En concreto, las disposiciones precisas cumplirán el requisito (como ejemplo, cfr. Asunto Santillo, sentencia de 9 de julio de 1979, asunto C-131/79, Asunto Fratelli Costanzo SpA, sentencia de 22 de junio de 1989, asunto 103/88 y Asunto Carpaneto I, sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto 129/88), mientras que aquellas generales, que para poder ser aplicadas precisan de la adopción de posteriores medidas que indiquen al juzgador nacional la dirección a seguir, no pueden ser aplicadas por el juez nacional (entre otros supuestos, Asuntos Traen, sentencias de 12 de mayo de 1987, asuntos 372 a 374/85, Asunto Von Colson, sentencia de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, Asunto Beentjes, sentencia de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87). En este sentido, TIMMERMANS, C.: «Directives: their effect within national legal systems», cit., pág. 541 y PESCATORE, P.: «The doctrine of direct effect: an infant disease of Community law», ELR, vol. 8, 1983, págs. 176 y ss.

<sup>71</sup> KLAMERT, M.: «Judicial implementation of directives and anticipatory indirect effect: connecting the dots», CMLR, n° 43, 2006, pág. 1263

<sup>67</sup> En este sentido también, Asunto Royer, sentencia de 8 de abril de 1976, asunto 48/75 y Asuntos Gallotti y otros, sentencias de 12 de septiembre de 1996, asuntos acumulados C-58/95, C-112/95, C-119/95, C-135/95, C-141/95, C-154/95 y C-157/95.

<sup>68</sup> El Tribunal de Justicia explicó en el Asunto Felicitas Rickmers, sentencia de 15 de julio de 1982, asunto 270/81, como la «eficacia directa sólo constituye una garantía mínima frente a la anómala situación provocada por el incumplimiento por los Estados miembros de su obligación de ejecutar correctamente las directivas en el plazo fijado, situación que no se corrige hasta que efectivamente tiene lugar la correcta ejecución».

La invocabilidad de las obligaciones derivadas de una directiva está, pues, sometida a la concurrencia de una serie de condiciones: que las obligaciones estén establecidas con «precisión»<sup>72</sup>, que sean «completas y jurídicamente perfectas»<sup>73</sup> y que sean «incondicionales»<sup>74</sup>, esto es, que no se encuentren sometidas<sup>75</sup> ni a plazo<sup>76</sup> ni a reserva<sup>77</sup>.

Posteriormente, el Tribunal de Justicia matizó su doctrina en el Asunto Marshall<sup>78</sup>. La restricción impuesta por el Tribunal de Justicia consistió en admitir exclusivamente el llamado «efecto directo vertical» de las directivas, esto es, frente al Estado incumplidor. En

consecuencia, una directiva no transpuesta no puede crear obligaciones a cargo de un particular, ni ser invocada contra una persona, puesto que el TJCE no ha reconocido su efecto directo horizontal. Dicho esto, lo cierto es que, en nuestra opinión, cabía defender una eficacia directa de aquellas disposiciones de la Directiva Marco que fuesen precisas e incondicionales y no, por tanto, de aquellas otras que dejasen un importante margen a los Estados miembros en la concreción de una diversidad de aspectos.

Finalmente, la Directiva Marco fue objeto de transposición por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 12 de enero de 2006<sup>79</sup>, condenó a España por la ausencia de transposición a nuestro ordenamiento interno de las disposiciones aplicables al personal no civil de las Administraciones Públicas, en la medida en que el art. 3.1 LPRL se refiere exclusivamente al personal civil de las Administraciones Públicas y el art. 3.2 de dicho texto normativo excluye de su ámbito de aplicación las actividades de policía, seguridad y resguardo aduanero<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> Asunto Lück, sentencia de 4 de abril de 1968, asunto 34/67 y Asunto Francovich y Bonifaci/República italiana, sentencia de 19 de noviembre de 1991, asuntos 6/90 y 9/90, entre otros. Inicialmente las disposiciones de las directivas habían de ser también «claras», pero al final el Tribunal de Justicia dejó de hacer alusión a este requisito. Al respecto, Asunto Auer, sentencia de 22 de septiembre de 1983, asunto 271/83.

<sup>73</sup> Asunto *Molkerei Zentrale*, sentencia de 3 de abril de 1968, asunto 28/67.

<sup>74</sup> Asunto Müller-Hein, sentencia de 14 de julio de 1971, asunto 18/71.

<sup>75</sup> Entre otros, Asunto Reyners, sentencia de 21 de junio de 1974, asunto 2/74, Asunto Becker, sentencia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, Asunto Suffitii y otros, sentencia de 3 de diciembre de 1992, asuntos acumulados C-140, 278 y 279/1991, Asunto Vaneetveld, sentencia de 3 de marzo de 1994, asunto C-316/1993, Asunto Mendes Ferreira y Delgado Correia Ferreira, sentencia de 14 de septiembre de 2000, asunto C-348/1998 y Asunto Velasco Navarro, sentencia de 17 de enero de 2008, asunto C-246/2006.

<sup>76</sup> El plazo es el concedido a los Estados para su transposición, de forma que la eficacia directa de las directivas sólo es posible una vez transcurrido el plazo de transposición en ella previsto.

<sup>77</sup> Sabido es que las directivas están sujetas a reserva, ya que su eficacia plena está sometida a la adopción de un acto normativo de transposición por parte de los Estados miembros. Asunto Felicitas, sentencia de 15 de julio de 1982, asunto 271/81, en el que se establece que: «En todos los casos en los que una directiva ha sido correctamente transpuesta, sus efectos llegan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro afectado sin que sea necesario examinar si la disposición en cuestión reúne las condiciones a las que estaría subordinada la posibilidad de ser invocada por los particulares ante una jurisdicción nacional en el caso de que la directiva no estuviera correctamente transpuesta».

<sup>78</sup> Asunto Marshall, sentencia de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84.

<sup>79</sup> C-132/04, Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España.

<sup>80</sup> En concreto, el TJUE entiende que «la Comisión subrayó acertadamente que los Reales Decretos 1488/1998 y 1932/1998, invocados por el Gobierno español en su defensa, se aplican respectivamente al personal civil al servicio de las Administraciones Públicas y al personal civil que depende de la Administración militar, con exclusión del personal no civil de las Administraciones Públicas. 33. Además, por lo que respecta a la alegación de la Comisión basada en la existencia de un vacío jurídico debido a la falta de normativa específica aplicable al personal no civil, es preciso examinar si esta categoría de personal está comprendida en las demás disposiciones invocadas por el Gobierno español. 34. Resulta obligado observar que no es éste el caso. 35. En efecto, por lo que se refiere a las Circulares e Instrucciones invocadas por dicho Gobierno, es preciso recordar que las disposiciones de una directiva deben ejecutarse con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica. [...] Por lo que respecta al Proyecto de Real Decreto por el que se regula la aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil de la normativa sobre prevención de riesgos laborales invocado por el Gobierno español, baste señalar que,

En 2004, la Comisión elaboró su informe sobre la aplicación de la Directiva marco 89/391/CEE y de sus cinco primeras directivas específicas. Las principales conclusiones alcanzadas confirmaron su impacto positivo sobre los niveles de protección nacionales. Ahora bien, en dicho informe se señalaron también lagunas en la aplicación de la legislación europea, en particular en los sectores considerados de riesgo y entre las categorías de trabajadores más vulnerables, como los jóvenes, los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores poco cualificados; en especial, en las pequeñas y medianas empresas, así como en el sector público.

#### 4.2. Las obligaciones impuestas por la Directiva Marco

La Directiva Marco establece en su Sección II las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud en el trabajo. Por una parte, en su artículo 5 regula el deber general de protección de la seguridad y salud de los empleados por parte del empresario, en todos los aspectos relacionados con el trabajo<sup>81</sup>. Y, por otra parte, su artículo 6 establece otras obligaciones generales del empresario, como entre otras<sup>82</sup>: a) Adoptar las medidas ne-

conforme a reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado. Ahora bien, ha quedado acreditado que en tal fecha aún no se había adoptado el referido Proyecto y cambios eventuales ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia». Cfr. MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: «La protección de la seguridad y salud en el trabajo del personal militar en España. Comentario a la STJUE (Sala segunda) de 12 de enero de 2006 [Asunto C-132/04]», Trabajo y Derecho, nº 22, 2016, págs. 70 y ss.

<sup>81</sup> APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», REDT, nº 49, 1991, págs. 710 y ss.

<sup>82</sup> En relación a la obligación general de seguridad, el TJUE ha tenido ocasión de aclarar que «Esta disposición obliga al empresario a garantizar a los trabajadores un entorno laboral seguro, cuyo contenido es precisado en los artículos 6 a 12 de la Directiva 89/391 y en diversas directivas específicas que establecen las medidas preventivas que deben adoptarse en

cesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, así como la constitución de una organización de la prevención y de los medios necesarios; b) Velar por que estas medidas son debidamente aplicadas, a fin de tener en cuenta el cambio de las circunstancias y tender a la mejora de las situaciones existentes; c) Aplicar las medidas descritas conforme a los principios generales de la prevención; d) Evaluar los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, incluso en lo que se refiere a la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y en el acondicionamiento de los lugares de trabajo; e) Cuando confie tareas a un trabajador, tomar en consideración las capacidades profesionales de dicho trabajador en materia de seguridad y de salud; f) Procurar que la planificación y la introducción de nuevas tecnologías sean objeto de consultas con los trabajadores y / o sus representantes, por lo que se refiere a las consecuencias para

determinados sectores concretos de la producción. En cambio, no cabe afirmar, sólo en virtud del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 89/391, que sobre el empresario deba recaer una responsabilidad objetiva. En efecto, esta disposición se limita a establecer la obligación general de seguridad que recae sobre el empresario, sin pronunciarse sobre la forma concreta de responsabilidad que le incumbe. [...] De los trabajos preparatorios de la Directiva 89/391 y, en particular, de la declaración conjunta del Consejo y de la Comisión que se hizo constar en el acta de la reunión del Consejo de 12 de junio de 1989 se desprende, efectivamente, que se había propuesto la introducción de tal cláusula para resolver los problemas que la formulación en términos absolutos de la obligación de seguridad del empresario habría planteado en los sistemas de common law, habida cuenta de que los órganos jurisdiccionales afectados están obligados a interpretar literalmente el Derecho escrito. [...] Los apartados 2 y 3 del referido artículo 5 disponen que el empresario no será eximido de sus responsabilidades en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo cuando recurra a competencias externas y que tampoco lo será por razón de las obligaciones de los trabajadores en este ámbito. En este sentido, tales disposiciones están destinadas a precisar la naturaleza y el alcance de la obligación establecida en el apartado 1 del mismo artículo y de ellas no cabe deducir que exista una forma determinada de responsabilidad en caso de accidentes a efectos del referido apartado 1. En extenso, GARCÍA MURCIA, J.: «Responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo», Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

la seguridad y la salud de los trabajadores, relacionadas con la elección de los equipos, el acondicionamiento de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo; y, g) Adoptar las medidas adecuadas para que solo los trabajadores que hayan recibido información adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico. Se trata de una pormenorizada concreción de las actuaciones que ha de cumplir el empresario, que la Directiva configura como deudor de responsabilidad<sup>83</sup>.

Por lo que respecta a las obligaciones a cargo del trabajador, en esencia, está obligado a velar por su propia seguridad y salud de acuerdo con su formación y a las instrucciones recibidas de la empresa. Entre otras, destacan las obligaciones relativas a la correcta utilización de la maquinaria, útiles de trabajo, sustancias tóxicas o peligrosas o, entre otras, equipos de protección.

En fin, la Directiva contiene obligaciones adicionales cuyos destinatarios no son ni los empresarios, ni los trabajadores, sino los Estados miembros. Dispone el deber de los Estados de adoptar medidas de vigilancia de la salud de los trabajadores y de especial protección de determinados colectivos sensibles frente a determinados riesgos.

#### 4.3. Las directivas específicas

La Directiva Marco vino a sentar las bases de lo que había de ser la política de seguridad y salud en el trabajo. Y el legislador español ha optado por transponer las directivas específicas de desarrollo de la Directiva Marco en normas separadas. Al amparo de la misma, se aprobaron numerosas Directivas específicas, que descendieron a regular as-

pectos concretos como los equipos de trabajo, los lugares de trabajo o los equipos de protección individual<sup>84</sup>. Gozan también del carácter de Derecho mínimo indisponible, por lo que pueden ser superadas por las disposiciones internas establecidas en el seno de los Estados miembros.

Su aprobación se ha mantenido en el tiempo, siendo, es cierto, más abundantes a partir del Tercer Programa de Acción a la seguridad, higiene y a la salud de los trabajadores. Tienen enfoques variados y vienen referidas a aspectos tales como la seguridad en los lugares de trabajo, la seguridad en determinados sectores productivos o la seguridad frente a riesgos concretos. Sistematizadas en diversas categorías, han sido aprobadas en estos años, entre otras, las siguientes:

– Directivas relativas a las condiciones de seguridad y salud en los lugares de trabajo:

- Directiva 89/654, del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo.
- Directiva 89/655, del Consejo, de 30 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo.
- Directiva 89/656, del Consejo, de 30 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual.
- Directiva 90/588, de 24 de junio, relativa a las disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo.

<sup>83</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español», cit., pág. 1226 y GARCÍA MURCIA, J.: «Responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo», cit., págs. 49 y ss.

<sup>84</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español», cit., págs. 46 y ss.

- Directiva 92/58/CEE, del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y de salud en el trabajo (novena Directiva particular con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).
- Directiva 2009/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo (segunda Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE) (Versión codificada).
  - Directivas relativas a la seguridad y salud frente a riesgos químicos, físicos y biológicos:
    - Directiva 91/322/CEE, de 29 de mayo de 1991, relativa al establecimiento de valores límite de carácter indicativo, mediante la aplicación de la Directiva 80/1107/CEE del Consejo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo.
    - Directiva 98/24/CE, del Consejo de 7 de abril de 1998 relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo<sup>85</sup>.
    - Directiva 1999/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, relativa a las disposiciones mínimas para la mejora de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas.
    - Directiva 2000/39/CE, de la Comisión, de 8 de junio de 2000, por la que se establece una primera lista de valores límite de exposición profesional indicativos en aplicación de la Directiva 98/24/CE del Consejo relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo.
    - Directiva 2000/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 18 de septiembre, sobre protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.
    - Directiva 2002/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (vibraciones).
    - Directiva 2003/10/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido).
    - Directiva 2004/37/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relativos a la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Modificada por la Directiva 2014/27/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) n° 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

<sup>86</sup> Modificada por la Directiva 2014/27/UE, del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE,

- Directiva 2004/40/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos)<sup>87</sup>.
- Directiva 2006/25/CE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (radiaciones ópticas artificiales).
- Directiva 2009/148/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (versión codificada).
- Directiva 2009/161/UE, de la Comisión de 17 de diciembre de 2009 por la que se establece una tercera lista de valores límite de exposición profesional in-

dicativos en aplicación de la Directiva 98/24/CE del Consejo y por la que se modifica la Directiva 2000/39/CE de la Comisión.

- Directiva 2013/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos).
- Directiva 2017/164, de la Comisión, de 31 de enero, por la que se establece una cuarta lista de valores límite de exposición profesional indicativos de conformidad con la Directiva 98/24/CE del Consejo y por la que se modifican las Directivas 91/322/CEE, 2000/39/CE y 2009/161/UE de la Comisión.
  - Directivas relativas a la seguridad y salud en sectores u operaciones especiales:
    - Directiva 92/29/CEE, del Consejo de 31 de marzo de 1992 relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para promover una mejor asistencia médica a bordo de los buques.
    - Directiva 92/57/CEE, del Consejo, de 24 de junio, que establece disposiciones mínimas de seguridad y salud para las obras de construcción temporales o móviles.
    - Directiva 92/91/CEE, del Consejo, de 3 de noviembre, relativa a disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores en las industrias extractivas por sondeos.
    - Directiva 92/104/CEE, del Consejo, de 3 de diciembre, relativa a las disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores de industrias extractivas por sondeos.

98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) nº 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

<sup>87</sup> Modificada por la Directiva 2008/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por la que se modifica la Directiva 2004/40/CE sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos) (decimotava Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE), por la Directiva 2012/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril de 2012, por la que se modifica la Directiva 2004/40/CE, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos) (decimotava Directiva específica con arreglo al artículo 16 apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE) y por la Directiva 2013/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos) (vigésima Directiva específica con arreglo al artículo 16, apartado 1, de la Directiva 89/391/CEE), y por la que se deroga la Directiva 2004/40/CE.

- Directiva 93/103/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca.
- Directiva 1999/92/CE, del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a las disposiciones mínimas para la mejora de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas.
- Directiva 2010/32/UE, del Consejo, de 10 de mayo de 2010, que aplica el Acuerdo marco para la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario celebrado por HOSPEEM y EPSU.
- Directiva 93/103/CE, de 23 de noviembre de 1993, establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca.
- Directiva 94/33/CE, del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

Las directivas específicas establecen objetivos concretos en materia de seguridad y salud en el trabajo, que deben cumplir los Estados miembros en un plazo determinado. Son más detalladas que la Directiva Marco, al regular aspectos concretos sobre seguridad en lugares de trabajo, sectores de actividad, frente a riesgos concretos, etc. Este grado de desarrollo o detalle en la regulación abre la puerta, como vimos, a invocar su posible efecto directo en aquellos supuestos en los que el Estado no ha transpuesto la Directiva o la ha transpuesto de manera incorrecta o incompleta. Se reconoce al justiciable el derecho a invocar las disposiciones de una directiva comunitaria no transpuesta ante sus propias jurisdicciones nacionales para preservar el efecto útil de la directiva. Cabe invocar el principio de interpretación conforme, en virtud del cual, el Derecho interno habrá de interpretarse por los Tribunales nacionales a la luz de la directiva específica no transpuesta en plazo o transpuesta de forma incorrecta<sup>89</sup>. Todo ello siempre y cuando las disposiciones de la directiva sean suficientemente precisas e incondicionales. Como es fácil de adivinar, cuanto mayor sea la concreción del contenido de la directiva específica, mayor aptitud presentará para desplegar sus efectos en el ordenamiento interno de los Estados miembros, en los supuestos de falta de transposición o de transposición incorrecta.

Directivas relativas a determinados colectivos de trabajadores:

- Directiva 91/383/CEE, del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.
- Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)<sup>88</sup>.

<sup>88</sup> Modificada por la Directiva 2014/27/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 por la que se modifican las Directivas 92/58/CEE, 92/85/CEE, 94/33/CE, 98/24/CE del Consejo y la Directiva 2004/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de adaptarlas al Reglamento (CE) n° 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

<sup>89</sup> La obligación de interpretación conforme a una directiva surge siempre que quepa interpretar en alguna medida la disposición legal nacional. En tal caso, el juez nacional, tomando en consideración los métodos de interpretación habituales en su sistema jurídico, deberá dar prioridad a aquel método que le permita dar a la correspondiente disposición de Derecho nacional un significado conforme con la directiva.

En fin, su carácter técnico provoca que sean objeto de un número elevado de modificaciones, que han de ser así mismo transpuestas al ordenamiento interno. O dicho en otras palabras, la adaptación al progreso técnico provoca su frecuente modificación, cambios que han de ser introducidos en la normativa interna. Las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo han de entenderse en un sentido dinámico. La protección empresarial no puede quedar subordinada a aquella establecida en una normativa específica, en la medida en que puede quedar obsoleta<sup>90</sup>. Habrá de ir adecuándose al estado real de la técnica. La posibilidad de los Estados miembros de establecer niveles superiores de seguridad y salud respecto de aquellos fijados en las directivas específicas ha sido poco utilizada, lo que se explica en parte por el elevado grado de detalle de su regulación.

## 5. ESTRATEGIAS EUROPEAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

La adopción y la posterior aplicación de un amplio corpus de textos legislativos europeos han permitido mejorar las condiciones laborales en los Estados miembros de la Unión Europea y lograr progresos en la reducción de los accidentes y las enfermedades relacionados laborales.

Con objetivo de reforzar la política de salud y seguridad en el trabajo, en 2002 la Comisión Europea definió una estrategia comunitaria<sup>91</sup> para el período 2002-2006. Esta estrategia pretendía lograr un enfoque global del bienestar en el trabajo, que tomara en consideración la evolución del mundo laboral y la aparición de nuevos riesgos, en particular psicosociales. En las conclusiones del informe

sobre la evaluación de la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo en este período, se indicó que dicha estrategia «ha[bía] reactivado las políticas de prevención a escala nacional, ha[bía] presentado argumentos coherentes y convincentes en favor de una cooperación para alcanzar objetivos comunes, y ha[bía] instado a las partes interesadas por la prevención a reflexionar estratégicamente sobre la forma de alcanzar dichos objetivos; asimismo, esa estrategia ha[bía] sensibilizado a la opinión pública sobre la importancia de la salud y la seguridad en el entorno laboral, como partes integrantes de la gestión de la calidad y elementos decisivos del rendimiento y la competitividad económicos».

En el marco de la estrategia de Lisboa, los Estados miembros reconocieron que la garantía de calidad y de productividad en el trabajo puede contribuir en gran medida a promover el crecimiento económico y el empleo. La falta de una protección eficaz de la salud y la seguridad en el trabajo puede desembocar en un absentismo por accidentes laborales y por enfermedades profesionales, así como en una invalidez permanente de origen profesional.

La estrategia comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo (2002-2006) descansaba, en esencia, en los siguientes pilares<sup>92</sup>: a) Mejorar el bienestar en el trabajo, concepción de protección de la seguridad y salud que integra dimensiones físicas, morales y sociales. Este enfoque exige, a su vez, una serie de objetivos complementarios tales como la reducción del número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la integración de la dimensión de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres en la evaluación de los riesgos laborales; la prevención de los llamados riesgos sociales, la incidencia de los riesgos en las pequeñas y medianas empresas o el análisis de nuevos riesgos, entre otros; b) Implantar una auténtica cultura de la pre-

<sup>90</sup> PURCALLA BONILLA, M. A. y PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: «Salud laboral y prevención de riesgos laborales (normas generales y sectoriales): implementación de los convenios de la OIT», RMESS, n.º 117, 2015, pág. 125.

<sup>91</sup> Hoy europea.

<sup>92</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R.: «La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario», cit., pág. 45 y ss.

vención, que permita anticipar los riesgos y en los que se incluyan los diversos sujetos intervinientes en las relaciones laborales. Se opta por la promoción del bienestar en el trabajo en áreas tales como la educación (en concreto, la formación profesional continua), sensibilización y adaptación de los riesgos nuevos y emergentes. La estrategia opta también por poner en valor a los servicios de prevención y a la inspección de trabajo. Los servicios de prevención se configuran como órganos multidisciplinares, que incluyen riesgos sociales y psicológicos e integran la dimensión de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres. Por su parte, la inspección de trabajo desarrolla funciones de control y prevención, así como comprende la totalidad de los riesgos, especialmente en los sectores en los que son complejos y se presentan de forma combinada; y, c) Un adecuado uso de los instrumentos jurídicos. El ordenamiento jurídico europeo ha de ser equilibrado y adaptarse a la evolución de los conocimientos y avances científicos, del progreso técnico y del entorno laboral. Se dispone, en consecuencia, la integración de los riesgos futuros o emergentes a través de acciones legislativas. La Comisión habrá de detectar los posibles problemas, que surjan en la práctica, así como mejorar las disposiciones pertinentes al objeto de simplificar y racionalizar y/o colmar las lagunas existentes.

Se hace hincapié en la complementariedad del bienestar y la calidad del trabajo. Para ello, se sugiere la integración de la seguridad y salud en el trabajo en otras políticas europeas, como en la estrategia europea para el empleo. Se propone también apoyar el diálogo social como instrumento para la apertura de vías de progreso y ello por varios motivos. En primer lugar, por la facilidad en la puesta en práctica de la legislación en la materia, de forma eficaz y, en segundo lugar, por la posibilidad de profundizar en las cuestiones que integran la promoción del bienestar en el trabajo, así como los diversos riesgos existentes y aquellos propios de determinados sectores. Por último, la estrategia europea 2002-2006 en materia de seguridad y salud en el trabajo apuesta tam-

bién por la cooperación internacional. Centra esta cooperación en tres ámbitos concretos: la erradicación del trabajo infantil, la promoción de la mejora de la salud laboral en el mundo y la concreción de los efectos de la dependencia del alcohol y de los medicamentos en la seguridad y salud de los trabajadores.

El principal objetivo de la siguiente estrategia comunitaria, aquella centrada en el período 2007-2012, fue, una vez más, la reducción continua, duradera y homogénea de los accidentes laborales y de las enfermedades profesionales. Para alcanzar ese ambicioso reto, se propusieron los siguientes objetivos: a) Garantizar la correcta aplicación de la legislación de la Unión Europea; b) Apoyar a las PYME en la aplicación de la legislación vigente; c) Adaptar el marco jurídico a la evolución del mundo del trabajo y simplificarlo, teniendo muy presentes a las pequeñas y medianas empresas; d) Fomentar el desarrollo y la puesta en práctica de las estrategias nacionales; e) Fomentar los cambios de comportamiento entre los trabajadores y animar a los empresarios a que adopten enfoques que favorezcan a la salud; f) Elaborar métodos para la identificación y evaluación de nuevos riesgos potenciales; g) Mejorar el seguimiento de los progresos alcanzados; y, h) Promover la salud y la seguridad a escala internacional.

En este contexto, las estrategias nacionales debían dar prioridad a la aplicación de un conjunto de instrumentos, que garantizaran un nivel elevado de cumplimiento de la legislación, en particular en las pequeñas y medianas empresas y en los sectores de alto riesgo, mediante la adopción de medidas tales como: a) La difusión de buenas prácticas a escala local; b) La formación de los directivos y de los trabajadores; c) La elaboración de instrumentos sencillos para facilitar la evaluación de riesgos; d) La difusión de información y de directrices fáciles de comprender y aplicar; e) Una mejor difusión de la información y un mejor acceso a las fuentes de asesoramiento; f) El acceso a servicios externos de prevención que tengan un alto nivel de calidad y

que sean asequibles; g) El recurso a los inspectores de trabajo como intermediarios para promover un mejor cumplimiento de la legislación en las pequeñas y medianas empresas, en primer lugar a través de la educación, la persuasión y los incentivos, y, en caso necesario, también a través de medidas coercitivas; h) La utilización de incentivos económicos a escala europea y nacional, en particular para las microempresas y las pequeñas empresas. Durante el período cubierto por la estrategia comunitaria 2002-2006, se observó una disminución importante del número de accidentes de trabajo.

Por su parte, la estrategia para 2007-2012 propuso ir más lejos y reducir en un 25 por 100 la tasa global de accidentes de trabajo antes de 2012, mejorando la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, contribuyendo así de manera decisiva al éxito de la estrategia para el crecimiento y el empleo.

En fin, para proteger mejor a los más de doscientos diecisiete millones de trabajadores de la Unión Europea, de las enfermedades y accidentes relacionados con el trabajo, la Comisión Europea presentó el 6 de junio de 2014 un nuevo marco estratégico en materia de salud y seguridad en el trabajo (2014-2020). Este marco determina los principales retos y objetivos en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo y presenta las acciones clave y los instrumentos para lograrlos<sup>93</sup>. El objetivo de este nuevo marco es garantizar que la Unión Europea continúe desempeñando un papel de liderazgo en el fomento de unos estándares elevados en las condiciones de trabajo tanto en Europa como a nivel internacional, en consonancia con la Estrategia Europa 2020<sup>94</sup>.

<sup>93</sup> En extenso, SEGADO RODRÍGUEZ, P.: «El Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 a los dos años de su aprobación», Trabajo y Derecho, nº 18, 2016, págs. 72 y ss.

<sup>94</sup> Al respecto, el entonces Comisario europeo de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, LÁSZLÓ ANDOR, declaró lo siguiente: «Hoy, renovamos el compromiso de la Comisión de mejorar continuamente las condiciones de trabajo en la UE. Las personas tienen derecho a trabajar sin arriesgar su salud ni su segu-

Fija tres retos en materia de salud y seguridad en el trabajo: a) Mejorar la aplicación de las normas vigentes en materia de salud y seguridad, haciendo especial hincapié en la capacidad de las microempresas y las pequeñas empresas para poner en marcha estrategias eficaces y eficientes de prevención del riesgo; b) Mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo haciendo frente a los riesgos nuevos y emergentes, sin descuidar los que ya existen; y, c) Tener en cuenta el envejecimiento de la mano de obra de la Unión Europea.

El marco estratégico propone abordar estos retos por medio de una serie de acciones, que giran en torno a siete objetivos estratégicos: a) Continuar con la consolidación de las estrategias nacionales en materia de salud y seguridad; b) Proporcionar ayuda práctica a las pequeñas empresas y a las microempresas, para que puedan mejorar el cumplimiento de las normas sobre salud y seguridad; c) Mejorar la garantía del cumplimiento de la normativa por parte de los Estados miembros; d) Simplificar la legislación vigente, para eliminar las cargas administrativas innecesarias, manteniendo, al mismo tiempo, un elevado nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores; e) Abordar el envejecimiento de la mano de obra europea y mejorar la prevención de las enfermedades relacionadas con el trabajo para hacer frente a los riesgos nuevos y existentes, como los nanomateriales, las tecnologías verdes o las biotecnologías; f)

ridad en el lugar de trabajo. Sin embargo, cada año, más de tres millones de trabajadores son víctimas de accidentes laborales graves en la UE, y cuatro mil mueren en accidentes en el lugar de trabajo. Las enfermedades y accidentes relacionados con el trabajo ocurren en todos los sectores y en todas las profesiones, independientemente de que la persona esté sentada en un despacho, conduciendo un camión o trabajando en una mina o en una obra. No solo causan sufrimiento personal, sino que suponen, además, un coste elevado para las empresas y para la sociedad en su conjunto. Este nuevo marco estratégico tiene por objeto contribuir a la mejora de la calidad del trabajo y la satisfacción laboral, al tiempo que aumenta la competitividad y la productividad de las empresas europeas, en particular de las pequeñas empresas, y disminuye el gasto de los sistemas de seguridad social».

Mejorar la recogida de datos estadísticos para disponer de mejores pruebas, y desarrollar herramientas de seguimiento; y, g) Reforzar la coordinación con organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud o la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y con los socios, para contribuir a reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y a mejorar las condiciones laborales en todo el mundo.

Para llevar a cabo estas acciones, el marco estratégico establece como instrumentos el diálogo social, la sensibilización o la garantía del cumplimiento de la legislación de la Unión Europea.

## 6. REGLAMENTOS

Es cierto que la mayor parte de las disposiciones adoptadas en materia de seguridad y salud en el trabajo en el seno de la Unión Europea son directivas, pero no son las únicas. En fechas más recientes, junto a las directivas, han visto la luz una serie de reglamentos, que merecen alguna reflexión.

Los reglamentos europeos son de aplicación directa en los Estados miembros desde su entrada en vigor. Se integran en el ordenamiento jurídico interno desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y despliegan su eficacia desde la fecha que él mismo establezca o, en su defecto, a los veinte días de su publicación<sup>95</sup>. No necesitan de ningún acto expreso de ratificación o de un ulterior desarrollo normativo por parte de los Estados, al ser válidos y eficaces por sí mismos<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Art. 254 TCE.

<sup>96</sup> En los supuestos en los que un Estado miembro, a pesar de no ser necesaria la transposición del reglamento al ordenamiento interno, procede al desarrollo interno del reglamento, el TJCE ha establecido que dicha práctica en sí no es condenable, aunque sí ciertos efectos que de la misma pueden derivarse. Al respecto, entre otros, Asunto Comisión c. Italia, sentencia de 7 de febrero de 1973, asunto C-39/72, Asuntos Bollman y Krohn, sentencias de 18 de febrero y 18 de junio de 1970, asuntos

No requieren de un acto estatal que posibilite su incorporación al Derecho interno o que autorice su plena eficacia en el espacio jurídico estatal. Son normas *self-executing* y tienen, en consecuencia, una finalidad unificadora del ordenamiento jurídico europeo.

El TJUE ha reconocido su carácter normativo, como manifestación principal de la potestad legislativa europea<sup>97</sup>. En virtud de esta naturaleza, el reglamento produce efectos inmediatos de forma simultánea y uniforme en todos los países de la Unión Europea<sup>98</sup>. Es decir, «en razón de su función en el sistema de fuentes del Derecho europeo<sup>99</sup>, producen efectos inmediatos y son, en cuanto tal, aptos para conferir a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales tienen la obligación de proteger»<sup>100</sup>. Se les reconoce la misma plena eficacia que a los Tratados. Sus destinatarios han acatarlo íntegramente. Un reglamento se aplica directamente en todos los Estados desde su entrada en vigor. En consecuencia, garantiza la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros. Excluye, a su vez, la posibilidad de aplicar normas nacionales incompatibles con las cláusulas materiales que contiene.

El hecho de que el reglamento revista alcance general, sea obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los países de la Unión Europea explica, en parte, que hasta la fecha haya sido un instrumento normativo menor en materia de seguridad y salud en el trabajo frente a las directivas. La mayor parte de los reglamentos adoptados regulan aspectos técnicos y operativos, cuestiones en las que es más

C-40/69 y C-74/69 y Asunto Fratelli Variola, sentencia de 10 de octubre de 1973, asunto 34/73.

<sup>97</sup> Asunto Comisión/Francia, sentencia de 14 de diciembre de 1971, asunto 7/71.

<sup>98</sup> Asunto RFA v. Comisión, sentencia de 14 de enero de 1981, asunto 819/79.

<sup>99</sup> Hoy denominado Derecho europeo.

<sup>100</sup> Asunto Polito, sentencia de 14 de diciembre de 1971, Asunto Schluter, sentencia de 24 de octubre de 1973 y Asunto OCM del Vino, sentencia de 13 de octubre de 2005.

fácil imponer una regulación uniforme. Algunos vienen referidos a requisitos administrativos de homologación y vigilancia<sup>101</sup>, otros a sustancias químicas<sup>102</sup> o, en fin y sin ánimo exhaustivo, a la comercialización de determinados productos<sup>103</sup>.

Es cierto también que, en algún supuesto, un reglamento ha venido a sustituir a una directiva en materia de seguridad y salud en el trabajo. Es el caso, por ejemplo, del Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual y por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo. La experiencia adquirida con la aplicación de esta Directiva evidenció deficiencias e incoherencias en cuanto a los productos incluidos en su ámbito de aplicación<sup>104</sup>. Con el fin de aclarar en qué marco pueden comercializarse los productos regulados, se consideró necesario revisar y mejorar el marco legal europeo. Al mismo tiempo y en esto reside la clave, se entiende que «dado que el ámbito de aplicación, los requisitos esenciales de salud y seguridad y los procedimientos de evaluación de la conformidad tienen que ser idénticos en todos los Estados miembros, no hay apenas flexibilidad al transponer al Derecho

interno directivas basadas en los principios del nuevo enfoque». En base a ello, resultó idóneo sustituir la Directiva 89/686/CEE por un reglamento, que es un instrumento jurídico más adecuado, ya que impone normas claras y detalladas, que no dan margen a una transposición divergente de unos Estados a otros.

Previsiblemente esta será la tendencia, que se irá consolidando con el paso del tiempo. Asistiremos a una lenta pero paulatina sustitución de las directivas sobre seguridad y salud en el trabajo por reglamentos, avanzando hacia una necesaria uniformidad e identidad de las exigencias, requisitos y demás elementos propios de la seguridad y salud en el trabajo, con el fin de garantizar el mayor grado de protección posible, sin que existan diferencias de un Estado a otro.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA.VV.: «Manual de Derecho Social de la Unión Europea», Dir. Navarro Nieto, F., Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Gómez Muñoz, J. M., Tecnos, Madrid, 2011.
- ALONSO OLEA, M.:
- «La Unión Europea y la política social», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Política*, nº 69, 1992.
  - «Directivas comunitarias y normas nacionales. (El carácter mínimo de las Directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo y la posible «mayor protección» de la norma nacional», *Autonomía colectiva y autonomía individual. La dimensión social del Mercado Único Europeo*, Coord. Fernández López, M<sup>a</sup>. F., Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Málaga, 1992.
- ALZAGA RUIZ, I.: «La eficacia de las directivas comunitarias en el ámbito laboral», Civitas, Madrid, 2009.
- APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», *REDT*, nº 49, 1991.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: «Las directivas como criterio de interpretación del Derecho nacional», Civitas, Madrid, 1999.
- CAMAS RODA, F.: «La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo», Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

<sup>101</sup> Como el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/504 de la Comisión, de 11 de marzo de 2015, relativo a la ejecución del Reglamento (UE) nº 167/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos administrativos para la homologación y la vigilancia del mercado de los vehículos agrícolas y forestales.

<sup>102</sup> Entre otros, el Reglamento Delegado (UE) nº 1062/2014 de la Comisión, de 4 de agosto de 2014, relativo al programa de trabajo para el examen sistemático de todas las sustancias activas existentes contenidas en los biocidas que se mencionan en el Reglamento (UE) nº 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo o Reglamento (UE) nº 758/2013 de la Comisión, de 7 de agosto de 2013, que corrige el anexo VI del Reglamento (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas.

<sup>103</sup> Reglamento (UE) nº 283/2013 de la Comisión, de 1 de marzo de 2013, que establece los requisitos sobre datos aplicables a las sustancias activas, de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios.

<sup>104</sup> Como se explica en el propio reglamento.

- CAMÓS VICTORIA, I.: «La toma de decisiones en el ámbito de la UE en desarrollo del Convenio sobre trabajo marítimo y las condiciones de empleo y de trabajo de la gente del mar», en AA. VV.: «La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en la situación de las gentes del mar», Dir. Sobrino Heredia, J. M., Bomarzo, Albacete, 2016.
- COPPE, A.: «Perspectives de la politique sociale communautaire», *Droit Social*, nº 11, 1971.
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: «La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario», *RMTAASS*, nº 53, 2004.
- DE CRISTOFARO, M.: «La salute del lavoratore nella normativa internazionale e comunitaria», Cedam, Padua, 1989.
- DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M.: «La protección del embarazo y de la maternidad en el Derecho de la Unión Europea», *RMESS*, nº 109, 2014.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 32, 2001.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Directiva marco comunitaria y seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo», *Mapfre Seguridad*, nº 37, 1990.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo», Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE», *Actualidad Laboral*, nº 32, 1991.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P.: «La política social comunitaria entre vinculabilidad jurídica y voluntad política (I y II)», *Relaciones Laborales*, 1992, vol. I.
- LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P.:  
 – «Cuarto Programa de seguridad y salud de los trabajadores en la Unión Europea 1996-2000. El Programa «Safe» para PYMES», *Revista Proyección Social*, nº 6.  
 – «La salud y seguridad de los trabajadores en la Unión Europea», en AA. VV.: «Tratado de Roma en su 50 aniversario (1957-2007)», Coord. Alonso Martínez, J. M. y Herrero de la Fuente, A. A., Comares e Instituto de Estudios Europeos, Granada, 2007.
- MALDONADO MOLINA, J. A.: «El sistema regulador de la prevención de riesgos laborales: de la dispersión a la integración funcional», en AA. VV.: «Tratado de prevención de riesgos laborales», Tecnos, Madrid, 2015.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, J. J.: «Instituciones y Derecho de la Unión Europea», 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2016.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: «La protección de la seguridad y salud en el trabajo del personal militar en España. Comentario a la STJUE (Sala segunda) de 12 de enero de 2006 [Asunto C-132/04]», *Trabajo y Derecho*, nº 22, 2016.
- MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L.: «La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho», Civitas, Madrid, 2004.
- MEIJER, A.: «La actividad en materia de seguridad e higiene en UNICE», en AA. VV.: «X Jornadas de Prevención de Riesgos Profesionales», organizadas por la CEOE, Madrid, 1992.
- MILLET, T.: «El efecto directo de las directivas: ¿Hacia un reconocimiento del efecto horizontal?», en AA. VV.: «La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- MIRANDA BOTO, J. M.:  
 – *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.  
 – «El Derecho Social de la Unión Europea en la encrucijada: entre la parálisis legislativa y el impulso judicial», *RMESS*, nº 127, 2017.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. Mª. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Derecho Social Europeo», Tecnos, Madrid, 1994.
- MUÑOZ RUIZ, A. B.: «El sistema normativo de prevención de riesgos laborales», Lex Nova, Valladolid, 2009.
- NAVARRO NIETO, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. C. y GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: «Manual de Derecho Social de la Unión Europea», Tecnos, Madrid, 2011.
- OLARTE ENCABO, S.: «La seguridad e higiene en las PYMES en el Derecho Comunitario», *TL*, nº 35, 1995.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español», *RL*, nº 8, 1991.  
 – *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: «La dimensión social del Mercado Único», *REDT*, nº 47, 1991.
- PUERTA DOMÍNGUEZ, E. M.: «La directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho», Comares, Granada, 1999.

- PURCALLA BONILLA, M. A. y PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: «Salud laboral y prevención de riesgos laborales (normas generales y sectoriales): implementación de los convenios de la OIT», *RMESS*, nº 117, 2015.
- ROJO TORRECILLA, E.: «La política laboral europea. El desarrollo de la Carta comunitaria como elemento clave de la configuración de la Europa Social», *Documents de Treball*, nº 23, 1992.
- QUESADA DÍEZ, S.: «La acción social en la Unión Europea», *Alternativas: Cuadernos de Derecho Social*, nº 6, 1998.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO: «La prevención de riesgos laborales en las fuerzas armadas a la luz del Derecho de la Unión Europea», *Trabajo y Derecho*, nº 25, 2017.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D.: «El juez nacional como juez comunitario», Fundación Universidad Empresa y Civitas, Madrid, 1993.
- SANCHO CUESTA, J.: «La seguridad e higiene en el ordenamiento jurídico comunitario», 2ª ed., Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 1993.
- SEGADO RODRÍGUEZ, P.: «El Marco Estratégico de la Unión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo 2014-2020 a los dos años de su aprobación», *Trabajo y Derecho*, nº 18, 2016.
- SORIANO GARCÍA, J. E.: «Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria», Tecnos, Madrid, 1988.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: «El espacio social europeo», en AA. VV.: «Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea», Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- TIMMERMANS, C.: «Community directives revisited», *YEL*, nº 17, 1997.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Las directivas como instrumento de política social y su relación con el ordenamiento laboral español», *RMTAS*, nº 17, 1999.

**RESUMEN**

El presente estudio versa sobre la intervención normativa de la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales. Se trata de una materia en la que concurren normas con orígenes diversos y naturaleza distinta. Al mismo tiempo, si algo caracteriza esta materia es su ingente producción normativa, que se explica en esencia por su carácter técnico, que dificulta una regulación única, que abarque todos los aspectos por sectores de actividad o riesgos a los que están expuestos los trabajadores. El desarrollo normativo ha sido extenso y ha dado lugar a un auténtico sistema institucional de seguridad y salud en el trabajo. El análisis de las abundantes fuentes internacionales relativas a la prevención de riesgos laborales ayudará a comprender mejor las disposiciones legales y reglamentarias que sobre el particular, se han aprobado en nuestro país en los últimos años, en los que la política europea sobre seguridad y salud en el trabajo ha buscado, por una parte, mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y, por otra, evitar diferencias normativas nacionales de protección de seguridad y salud laboral, que conduzcan a niveles de protección diferentes y puedan afectar a la libertad de circulación de mercancías. La mayor parte de las disposiciones adoptadas en materia seguridad y salud en el trabajo en el seno de la Unión Europea son directivas, por lo que cada vez son más frecuentes los problemas relativos a su aplicación y es mayor el número de trabajadores y empresarios afectados por ellas. Al mismo tiempo, la interpretación del contenido de las directivas constituye el núcleo esencial de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por los jueces nacionales. Es cierto que la mayor parte de las disposiciones adoptadas en materia de seguridad y salud en el trabajo en el seno de la Unión Europea son directivas, pero no son las únicas. En fechas más recientes, junto a las directivas, han visto la luz una serie de reglamentos, que han atraído la atención de los estudiosos, por su rica problemática. Los reglamentos europeos son de aplicación directa en los Estados miembros desde su entrada en vigor. Se integran en el ordenamiento jurídico interno desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y despliegan su eficacia desde la fecha que él mismo establezca o, en su defecto, a los veinte días de su publicación. No necesitan de ningún acto expreso de ratificación o de un ulterior desarrollo normativo por parte de los Estados, al ser válidos y eficaces por sí mismos. No requieren de un acto estatal que posibilite su incorporación al Derecho interno o que autorice su plena eficacia en el espacio jurídico estatal. Son normas *self-executing* y tienen, en consecuencia, una finalidad unificadora del ordenamiento jurídico europeo. La actuación europea en materia de seguridad y salud en el trabajo no se circunscribe a la elaboración de instrumentos normativos, sino que se desarrolla también a través de numerosas acciones de difusión, promoción, formación y orientación llevadas a cabo por diversos organismos. En este estudio pretendemos, con la debida modestia, abordar sistemáticamente las normas europeas emanadas en materia de seguridad y salud en el trabajo, con especial detenimiento en las Directivas europeas, en la medida en que la mayor parte de las disposiciones adoptadas en la materia lo son. Renunciamos, por tanto, a abordar aspectos sin duda de interés, pero que excederían el límite de espacio propio de un estudio de esta naturaleza, como los relativos a la Fundación Europea para la Mejora de la Calidad de Vida y de Trabajo o el asesoramiento llevado a cabo por el Comité Consultivo para la seguridad y la salud en el trabajo de la Comisión. En este contexto, el punto de inflexión lo constituye la aprobación de la Directiva Marco 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, en la que se refleja el nuevo enfoque europeo en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como los nuevos objetivos. Establece las disposiciones mínimas que han de aplicarse en los lugares de trabajo, con independencia de su naturaleza pública o privada

o de la naturaleza de las actividades desempeñadas. Fija una estructura obligacional, que genera derechos y deberes entre el empresario y el trabajador. Configura un conjunto de principios preventivos del riesgo, que obligan al empresario a la adopción de unas concretas medidas de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, entre las que destacan evitar el riesgo en su origen, planificar la prevención o proteger frente a sustancias tóxicas o especialmente peligrosas. Pretende lograr la armonización general de las normas mínimas en materia de seguridad y salud en el trabajo. Por su parte, las directivas específicas establecen objetivos concretos en materia de seguridad y salud en el trabajo, que deben cumplir los Estados miembros en un plazo determinado. Son más detalladas que la Directiva Marco, al regular aspectos concretos sobre seguridad en lugares de trabajo, sectores de actividad, frente a riesgos concretos, etc. Este grado de desarrollo o detalle en la regulación abre la puerta a invocar su posible efecto directo en aquellos supuestos en los que el Estado no ha transpuesto la Directiva o la ha transpuesto de manera incorrecta o incompleta. Se reconoce al justiciable el derecho a invocar las disposiciones de una directiva comunitaria no transpuesta ante sus propias jurisdicciones nacionales para preservar el efecto útil de la directiva. Cabe invocar el principio de interpretación conforme, en virtud del cual, el Derecho interno habrá de interpretarse por los Tribunales nacionales a la luz de la directiva específica no transpuesta en plazo o transpuesta de forma incorrecta. Todo ello siempre y cuando las disposiciones de la directiva sean suficientemente claras, precisas e incondicionales.

**Palabras clave:** Seguridad y salud en el trabajo; Unión Europea; directivas; reglamentos.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**ABSTRACT**

This paper deals with legal procedure regarding health and safety at work. It is a field with regulations with different origins and natures. At the same time, if something characterizes this field it is the huge regulatory framework that can be explained by its technical character, which makes so hard a one and only regulation which covers all the aspects by sectors of activity or risks that the workers can be exposed to. The regulation development has been wide and has given room to an authentic institutional system of health and safety at work. The analysis of the different and plentiful international sources related to health and safety at work will help to better understand the legal and statutory rules that in this matter, has been passed in our country in the last few years, when the European policy in health and safety at work has searched or tried, on one hand to improve workers life and work conditions and on the other to avoid ruling national differences of protection regarding health and safety at works, which lead to different protection levels and can alter free movement of goods. Main part of rules passed regarding health and safety of work at the European Union are directives. That explains that more and more problems regarding its application are emerging and that at the same time the numbers of workers and employers directly affected by them is increasing. We can not also forget that the interpretation of directives content becomes the key core of prejudicial question. The national court submits questions to the Court of Justice about the interpretation or validity of a provision of European Union law, generally in the form of a judicial decision in accordance with national procedural rules. It is true that most of the European rules regarding health and safety at work are directives, but they are not the only ones. More recently together with directives several regulations have been passed. They have attracted professors attention because of its reach predicament. European regulations have general application, are binding in their entirety and directly applicable in all European Union countries. It is a legal act of the European Union that becomes immediately enforceable as law in all member states simultaneously. Regulations can be distinguished from directives which, at least in principle, need to be transposed into national law. Regulations can be adopted by means of a variety of legislative procedures depending on their subject matter. They say is law and they do not need to be mediated into national law by means of implementing measures. As such, regulations constitute one of the most powerful forms of European Union law and a great deal of care is required in their drafting and formulation. When a regulation comes into force, it overrides all national laws dealing with the same subject matter and subsequent national legislation must be consistent with and made in the light of the regulation. In this study we pretend, with due modesty get on detail European rules regarding health and safety at work, with special consideration of European directives, which most of European rules passed in this field are directives. We give up to examine questions such as the European Foundation for the improvement of living and working conditions or the advice given by the Advisory Committee on Safety and Health at Work, aspects of great interest but exceeding this paper spreading. In this context, the main change can be explained through Directive 89/391/EEC. The aim of this Directive is to introduce measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work. It applies to all sectors of activity, both public and private, except for specific public service activities, such as the armed forces, the police or certain civil protection services. It is of fundamental importance as it the basic safety and health legal act which lays down general principles concerning the prevention and protection of workers against occupational accidents and diseases. It contains principles concerning the prevention of risks, the protection of safety and health, the assessment of risks, the elimination of risks and accident factors, the informing, consultation and balanced participation and training of workers and their representatives. On the basis of this Framework Directive a series of individual directives were adopted. The Framework Directive with its general principles continues to apply in full to all the areas covered by the individual directives, but where individual directives contain more stringent and/or specific provisions, these

special provisions of individual directives prevail. The principle of direct effect enables individuals to immediately invoke a European provision before a national or European court. This principle only relates to certain European acts. Furthermore, it is subject to several conditions. The direct effect of European law is, along with the principle of precedence, a fundamental principle of European law. It was enshrined by the Court of Justice of the European Union. It enables individuals to invoke European law before courts, independent of whether national law test exist. The direct effect principle therefore ensures the application and effectiveness of European law in European countries. The Court of Justice defined several conditions in order for a European legal act to be immediately applicable. In addition, the direct effect may only relate to relations between an individual and an EU country or be extended to relations between individuals.

**Keywords:** Health and safety at work; European Union; Directives; Regulations.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

# Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT

# Confront violence and harassment in the world of work: ILO's normative discussion

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA\*

La violencia en el trabajo bajo cualquiera de sus formas, así como las prácticas de acoso en sus distintas modalidades, vienen siendo objeto de un especial interés por parte de los organismos internacionales, al tratarse de una realidad incontestable ante la cual se están demandando soluciones proactivas y herramientas acertadas para combatirlos.

La OIT ha lanzado un Informe titulado *Acarbar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo* que, en realidad, es su Informe V (1) con vistas a preparar los trabajos constitutivos de la 107ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, junio de 2018. El citado documento tiene por objeto facilitar la discusión normativa sobre la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo que tendrá lugar en la Conferencia. Por consiguiente, proporciona información sobre el derecho y la práctica en todo el mundo, al tiempo que da cuenta del tratamiento de esta doble cuestión en los distintos países.

El documento contiene un cuestionario que deben responder los Gobiernos, una vez consultadas las representaciones empresariales y sindicales, y servirá de base para elaborar el Informe que será objeto de discusión en la próxima Conferencia Internacional. Por consiguiente, cabe decir que se están dando los pasos y se está tejiendo el proceso conducente a alcanzar más tarde o más temprano un instrumento normativo de la OIT sobre una cuestión que afecta a todos los estratos sociales en todos los países del mundo.

## 1. VIOLENCIA Y ACOSO EN EL MUNDO DEL TRABAJO: CONFIGURACIÓN Y SUBTIPOS

La Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la OIT, en su Parte II, a) se establece que «*todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*». Libertad y dignidad son dos valores totalmente opues-

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.

tos a prácticas de violencia bajo cualquiera de sus manifestaciones en el mundo del trabajo.

Sin duda, la violencia en el trabajo se considera absolutamente inaceptable y, además, resulta incompatible con el trabajo decente, según ha sido expresado por la Reunión de expertos de la OIT del año 2016 sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo (REVAMH), preparatoria de los trabajos que culminarán con el sometimiento de esta cuestión a la Conferencia Internacional de este mismo año 2018<sup>1</sup>, y que pudiera tener continuidad, eventualmente, en la correspondiente al año 2019 a fin de cerrar una nueva norma internacional de la OIT.

Crece la denuncia de la gravedad de las situaciones de violencia en el trabajo y no dejan de reclamarse medidas para enfrentar dicha realidad. Sin ir más lejos, a nivel mundial, la adopción de la Agenda para el Desarrollo Sostenible o Agenda 2030 de Naciones Unidas plantea a todos los países del mundo varios desafíos a acometer: lograr el empleo «pleno y productivo» y un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, según indica la meta 8.5 dentro del Objetivo 8; reducir la desigualdad en y entre los países, según el Objetivo 10; garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos, según el Objetivo 3; y lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas, según el Objetivo 5. Por lo que a las mujeres se refiere, que mayoritariamente vienen siendo objeto de este tipo de perversas prácticas, el objetivo 5 de la Agenda 2030 incluye como metas: «poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y las niñas en todo el mundo»; «eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación».

<sup>1</sup> Quienes han considerado que la violencia en el trabajo debe ser un asunto a tratar de forma urgente por la OIT, *vid.* Informe OIT, p. 1.

Este es, sin duda, un marco genérico del cual partir y que refleja el consenso por introducir avances a fin de lograr unas relaciones sociales y laborales basadas en trabajo digno en condiciones equitativas. El trabajo decente no es compatible con actos que supongan violencia, acoso, intimidación u hostigamiento en el ámbito de las relaciones de trabajo, en el cual, sin embargo, tales prácticas se producen de forma frecuente pudiendo llegar a revestir una particular intensidad, presentando por ello la violencia laboral sus propios caracteres y manifestaciones.

### 1.1. Violencia en el trabajo

Cómo definir la violencia en el trabajo no es tarea fácil si se pretende abordar tal objetivo con una perspectiva universal. Dificultades derivadas de la imposibilidad de utilizar o seguir un proceso de estandarización de vocabulario para definirla en el mundo del trabajo es algo que, por ahora, persiste. Se ignora si la OIT va a acometer esta labor al concluir el instrumento mediante el cual se regule —con la eficacia jurídica pertinente, aún incierta— esta cuestión, esencial para alcanzar un trabajo digno.

Actualmente, no existe una definición universalmente aceptada de los términos «acoso» o «violencia» en el mundo del trabajo, como el Informe de la OIT se encarga de advertir<sup>2</sup>. Más acuerdo se percibe en relación con la idea de que la violencia y el acoso en el trabajo no solo comprenden las abruptas manifestaciones físicas, sino también están constituidos por presiones y ataques de carácter psíquico y, por supuesto, de naturaleza sexual. Pero no se reducen a tales expresiones todas las formas de violencia en el trabajo: homicidios, agresiones verbales, violencia doméstica relacionada con el trabajo, amenazas, intimidaciones, abuso emocional, amedrentamiento, etc., representan igualmente conductas hostiles

<sup>2</sup> *Vid.* Informe, p. 5

y degradantes de la dignidad de la persona. Todas las manifestaciones de violencia y de acoso tienen la capacidad de provocar miedo, ansiedad, angustia, sufrimiento y trastornos psíquicos, físicos y, en determinados, casos, también sexuales, deteriorando gravemente la integridad física y moral de las personas<sup>3</sup>.

Desde el año 2003, la OIT ofreció una definición de violencia en el trabajo. La Reunión tripartita de expertos de la OIT, celebrada en 2003, y encargada de elaborar el *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla* (OIT, 2004) adoptó una definición de la violencia aplicada a dicho sector, conforme a la cual se presentaba como toda «acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable [y] mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma». Con carácter más reciente, la REVAMH examinó la noción de violencia propuesta en 2003 y terminó expresando la necesidad de abordar un marco de referencia más amplio de la violencia y el acoso en el trabajo. Los expertos se refieren a «violencia» y «acoso», como nociones que se identifican con la continuidad en el tiempo de comportamientos y prácticas inaceptables y «que probablemente se traduzcan en sufrimiento o daños físicos, psicológicos o sexuales». No obstante, insisten en la necesidad y conveniencia de «distinguir entre las diversas formas de violencia y acoso» y el contexto en el que éstas se producen, ya que pueden requerir «diferentes respuestas»<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> En la filosofía moral y política de la modernidad, el respeto a la dignidad de toda persona significa «reducir al mínimo el sufrimiento de los seres humanos» y, por ello, la necesidad de aliviar el sufrimiento constituye «el principal bien moral» a proteger cuando se habla de «dignidad», *vid.* RAMOS QUINTANA, M.I.: «La dignidad de la persona en las relaciones de trabajo», en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010*. Libro homenaje a María Emilia Casas, La Ley (Wolters Kluwer)– Santander-Justicia, Madrid, 2015, pp. 241 y ss, citas textuales en p. 245.

<sup>4</sup> Véase el Informe de la OIT aquí analizado, p. 6.

Como se recordará, también ha sido muy conocido y extendido el informe titulado *Violence at Work*<sup>5</sup> que destaca, entre otros aspectos, la dimensión global de la violencia en el trabajo<sup>6</sup>, por cuanto representa una tendencia registrada de forma general sin distinción de países o culturas<sup>7</sup>.

Más evolucionadas aparecen las investigaciones específicas relativas al acoso en el trabajo y cuyas definiciones provienen de los años 90 del siglo anterior, entre las cuales destacan las aportadas originariamente por Leymann, quien entendió que el acoso en la vida laboral implica una comunicación hostil e inmoral, dirigida de manera sistemática por uno o unos cuantos individuos principalmente hacia un individuo, viéndose éste empujado a una situación de desamparo e indefensión. En esta concepción originaria era muy común entender que estas acciones –para ser catalogadas como acoso– deben producirse con mucha frecuencia y durante un largo periodo de tiempo. Debido a la alta frecuencia y larga duración del comportamiento hostil, se decía que este maltrato ha de producir como consecuencia un considerable sufrimiento psicológico, psicosomático y social<sup>8</sup>. Actualmente, estas exigencias están muy matizadas en función de la gravedad de las conductas. Ha de recordarse también la definición elaborada por Hirigoyen, para quien el acoso en el lugar de trabajo es «toda manifestación de una conducta abusi-

<sup>5</sup> Elaborado por CHAPPELL, D. y DI MARTINO, V.: «Oficina Internacional del Trabajo», Ginebra, 1998

<sup>6</sup> Cito por su tercera edición (2006), véanse al respecto, pp. 294 y ss.

<sup>7</sup> Igualmente, se recordará que la reunión de expertos organizada por la Comisión Europea en Dublín en mayo de 1994 formuló una definición de violencia en el trabajo en los siguientes términos: «Incidentes donde las personas son objeto de abusos, amenazas o agresiones en circunstancias relacionadas con su trabajo, lo que implicando un desafío explícito e implícito a su seguridad, bienestar y salud» *Vid.* WYNNE, R.; CLARKIN, N.; COX, T.; GRIFFITH, A. *Guidance on the prevention of violence at work*. Luxembourg, European Commission, 1997.

<sup>8</sup> LEYMAN, H.: «El Contenido y Desarrollo del Mobbing en el Trabajo». *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996. Se puede ver en <http://acosolaboral.net/pdf/LeymannEl.pdf>, p. 25.

va, como los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo»<sup>9</sup>.

Del Informe de la OIT se desprenden algunas conclusiones dignas de ser tomadas en cuenta, a fin de aproximarnos a las conductas o comportamientos susceptibles de ser calificados como verdaderos supuestos de violencia y acoso en el trabajo. En primer lugar, se ha ido extendiendo la práctica de regular en distintos países las formas físicas y psicológicas de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, designándolas con una variedad de términos tales como «acoso», «intimidación», «acoso moral», «violencia», «abuso» y «maltrato». Igualmente, se ha podido constatar que también han sido adoptadas reglas específicas en materia de violencia sexual y acoso sexual en el mundo del trabajo. En todo caso, no hay definiciones universales de la violencia y el acoso, ya que muchos de los diversos términos empleados se utilizan de forma sinónima, o un mismo término es válido para designar acciones diferentes. Las acepciones comúnmente utilizadas son las que se analizan a continuación.

## 1.2. Violencia de género

De la violencia en general, un paso más se da cuando pretende ser precisado el contenido de la noción «violencia de género». El Informe de la OIT indica que esta expresión se utiliza para hacer referencia a la violencia física, psicológica y sexual si se deriva de la desigualdad de las relaciones de poder entre los hombres y las mujeres, siguiendo las indicaciones a este respecto propuestas por la OMS<sup>10</sup>, o si se co-

mete contra personas que no se ajustan a las funciones de género socialmente aceptadas<sup>11</sup>.

Por consiguiente, de forma general hay que puntualizar que la violencia de género no está referida de forma exclusiva con actos de violencia contra la mujer<sup>12</sup>. Aun cuando sea ello teóricamente así, las mujeres y las niñas son las principales víctimas de la violencia por motivo de género, y los perpetradores son en su mayoría varones. En consecuencia, puede hablarse de violencia de género femenino instalada en la sociedad de forma mayoritaria, la cual tiene su reflejo en las relaciones de trabajo.

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer define la violencia basada en el sexo como «la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada», e «incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad», incluyendo el «hostigamiento sexual»<sup>13</sup>. La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, establece una noción expresa de la denominada «violencia contra la mujer», y la define como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufri-

el documento actualizado en su web <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/>

<sup>11</sup> La violencia de género en el mundo del trabajo «se manifiesta en dos formas diferentes: el acoso sexual y el acoso por razón de género», *Vid.* ROJAS RIVERO, G. P.: «Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral», Editorial Bomarzo, Albacete, 2005, p. 25. Destacando el ambiente hostil, humillante e intimidatorio que ambos tipos producen, ROMERO RÓDENAS, M. J.: «Protección frente al acoso en el trabajo», Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, p. 19 y ss.

<sup>12</sup> En realidad, la violencia de género puede ser ejercida por hombres o por mujeres, en perjuicio de unos o de otras, y sus víctimas pueden ser, por ejemplo, hombres con estilos de vida no convencionales en cuanto al género, especialmente, atendiendo a su orientación sexual. Así lo indica el referido Informe OIT, p. 10.

<sup>13</sup> Recomendación general, núm. 19.

<sup>9</sup> HIRIGOYEN, M.-F.: «El acoso moral – El maltrato psicológico en la vida cotidiana» (Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, y Editorial Paidós, SAICF, Buenos Aires, 1998, pp. 343-344.

<sup>10</sup> Véase constitución de la Organización Mundial de la Salud, Documentos Básicos, 3ª edición, 1986, p. i. Y, asimismo,

miento físico, sexual o psicológico para la mujer», e incluye entre dichos actos «la violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo»<sup>14</sup>.

Con independencia de la regulación general en materia de violencia de género, la legislación laboral, por lo común, contiene la ordenación jurídica relativa a formas específicas de violencia sobre la mujer relacionadas con el trabajo, con un especial tratamiento del acoso sexual, la violencia y el acoso por causa del sexo («por motivos relacionados con el sexo» –según terminología de la OIT) y del género, así como la violencia doméstica en el lugar de trabajo o relacionada con el trabajo.

Lo que vino a aportar la REVAMH de la OIT del año 2016 fue la constatación de la necesidad de examinar específicamente «las dimensiones de género en la violencia» para poder «combatir la violencia en el mundo del trabajo»<sup>15</sup>. Y debe ser así por cuanto hay formas de violencia y acoso que se basan en el sexo y en el género y hay formas específicas de violencia que experimentan comúnmente tanto los hombres como las mujeres.

### 1.3. Violencia sexual y acoso sexual

La violencia sexual en el ámbito del trabajo es, ante todo, una forma de discriminación sexual. Puede combinar elementos de violencia física y psicológica y manifestarse bajo una diversidad de comportamientos, como

comentarios o gestos no deseados, bromas, contacto físico breve y otras manifestaciones, llegando a la agresión sexual. Los hombres y los niños pueden ser víctimas de violencia sexual y acoso sexual, pero en la gran mayoría de los casos denunciados las víctimas son mujeres o niñas.

El acoso sexual es una forma de violencia sexual que ocurre con frecuencia en el marco de una relación de trabajo<sup>16</sup>, y suele clasificarse de dos maneras: el acoso sexual amenazante, asimilable a un chantaje, y el acoso sexual resultante de un «ambiente de trabajo hostil». El acoso sexual amenazante o *quid pro quo* (utilizando terminología de la OIT<sup>17</sup>) tiene lugar cuando a una trabajadora o un trabajador se le exige un servicio sexual, cuya aceptación o rechazo será determinante para que quien lo exige tome una decisión favorable o, por el contrario, perjudicial para la situación laboral de la persona acosada. El acoso sexual derivado de un ambiente de trabajo hostil abarca todas las conductas que crean un entorno laboral intimidante, hostil o humillante, aunque no se dirija a una persona o personas en particular, mediante actos o conductas atentatorias a la intimidad sexual.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), en su Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008, considera que, «de no contarse con una definición y una prohibición claras tanto del acoso sexual como del derivado de un ambiente de trabajo hostil, no podrá afirmarse que la legislación laboral aborda efectiva e indiscutiblemente todas las formas de acoso sexual»<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 20 de diciembre de 1993, documento A/RES/48/104 (NNUU). Igualmente, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (denominado comúnmente Convenio de Estambul) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belém do Pará (OEA, 2012) Referencia, abundan en el ámbito específico de las definiciones sobre la violencia ejercida sobre las mujeres.

<sup>15</sup> Informe OIT, p. 11.

<sup>16</sup> Véase al respecto, PÉREZ DEL RÍO, T.: «El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social», Relaciones Laborales, 1990, núm. 17, especialmente, p. 265 y ss.

<sup>17</sup> Informe OIT, p. 11-12.

<sup>18</sup> Véanse las consideraciones de la CEACR referidas en el mencionado Informe OIT, p. 12

#### 1.4. Violencia y acoso basados en el sexo y en el género

Según la CEACR, la discriminación por motivo de sexo, incluidas la violencia y el acoso, puede referirse estrictamente a las «características biológicas» de la persona, las que corresponden a una mujer o a un hombre; asimismo, la discriminación por razón de género puede incluir referencias a «funciones y responsabilidades que la sociedad atribuye a determinado sexo» o, lo que es lo mismo, a los roles o estereotipos culturalmente creados y que se vinculan o bien con las mujeres o bien con los hombres a los que se espera que han de responder<sup>19</sup>.

Una forma común de violencia y acoso basados en el sexo es el acoso por maternidad, es decir, acosar a las mujeres por motivo de su embarazo, del nacimiento de sus hijos o de un problema de salud relacionado con el embarazo o el parto, o a los trabajadores que atienden sus responsabilidades familiares. Del mismo modo, el acoso basado en el sexo puede expresarse en el desarrollo de ambientes de trabajo hostiles para las mujeres debido a su sexo, con manifestaciones tales como las bromas despectivas o degradantes sobre las mujeres (lo que puede constituir a menudo una forma de acoso sexual).

Específicamente, una forma habitual de violencia y acoso basada en el género son los proferidos contra hombres y mujeres con estilos de vida no convencionales, ya sea por su orientación sexual, profesional, etc. Sin duda, la dimensión de género se encuentra esencialmente imbricada en las relaciones de poder; el poder y su distribución tradicional ha beneficiado a los hombres. Este desequilibrio en el acceso y el manejo del poder conduce a que

cuando las mujeres se incorporan a sectores productivos masculinizados se exponen en gran medida a actos de violencia y de acoso, especialmente, acoso sexual<sup>20</sup>, algo que no ocurre en sentido contrario cuando los hombres se incorporan a actividades o profesiones feminizadas. Hay que tener en cuenta, por consiguiente, que –como señala el Informe de la OIT– un desequilibrio de poder en el lugar de trabajo es una «dimensión central» de la intimidación<sup>21</sup>.

Una variante de este tipo de violencia, se manifiesta a través del denominado «acoso sexual contrapoder», en el que se entremezclan elementos de género, raza y clase social. Normalmente es protagonizado por quienes ostentan una posición inferior frente a sujetos que, por motivo de tales causas, son objeto de intimidación y violencia. De forma precisa, el género, la raza o la clase social es el elemento esencial por el que el sujeto inferior comete actos de violencia y de acoso frente a un superior (frente a mujeres que ocupan puestos de mando, a personas de raza negra que ejercen funciones de liderazgo, a personas de condición humilde que han escalado en la carrera profesional, etc.)<sup>22</sup>.

#### 1.5. Violencia doméstica en relación con el trabajo

Recientemente ha comenzado a alcanzar un inusitado interés este tipo específico de violencia debido a su especial proyección en lo que atañe al mundo del trabajo. Por lo general, se utilizan los términos «familia» o «relación doméstica» para aludir a quienes se encuentren vinculados por una relación familiar, ya sea por consanguinidad, afinidad o por lazos afectivos. La OIT llama la atención acerca de que son cada vez más los países donde se incluyen en la relación familiar a las

<sup>19</sup> Véase la aportación al debate sobre la violencia de género, con un enfoque particular en torno a la función de la prevención de la misma, de PÉREZ DEL RÍO, T.: «La violencia de género en el empleo como violación del derecho a la integridad física y psíquica y su prevención. La función de los interlocutores sociales», Lan Harremanak, núm. 25, 2012, pp. 123-154.

<sup>20</sup> Ver Informe OIT, p. 25 recurriendo a investigaciones especializadas en la materia.

<sup>21</sup> Informe, p. 25.

<sup>22</sup> Informe OIT, p. 25.

trabajadoras y los trabajadores domésticos y a otras personas que viven en el hogar. Ello es consecuencia de que tales trabajadores y trabajadoras pasan a encontrarse expuestos a la violencia y el acoso en la esfera doméstica<sup>23</sup>, ya sea violencia física, sexual, psicológica y económica. Esta advertencia no representa más que el inicio de una indagación acerca de las formas de violencia ejercidas contra trabajadoras y trabajadores domésticos y que debiera concluir con un tratamiento normativo preventivo y protector. Se trata de una demanda que no debe caer en el olvido, especialmente, porque en la prestación de trabajo dentro de un entorno familiar a menudo convergen, de forma añadida, distintos factores potenciales de discriminación como la etnia, raza, sexo y género debido a la gran presencia de migrantes en el trabajo doméstico<sup>24</sup>.

### 1.6. Violencia y acoso físicos

Entre las nociones útiles del concepto de violencia física se incluyen el empleo de la fuerza física contra otra persona o grupo, que produce daños físicos, sexuales o psicológicos: «es todo intento de lesión física o agresión contra una persona con inclusión de un daño físico efectivo»<sup>25</sup>. Forman parte del concepto de violencia física, igualmente, aquellos incidentes en que un gran número de personas son atacadas en el lugar de trabajo (atracos, ataques con armas de fuego en el lugar de trabajo) considerándose por lo general que ese tipo de ataques son las manifestaciones de violencia física por excelencia. Asimismo, se considera violencia mortal la representada

por los homicidios que tienen por causa o son consecuencia del trabajo.

La OIT en su Informe destaca que las diversas formas de violencia física en el mundo del trabajo son denunciadas con menor frecuencia que los casos de violencia psicológica<sup>26</sup>. En la práctica, la legislación laboral que regula aspectos relativos al lugar de trabajo no suele abordar de forma específica las formas físicas de la violencia y el acoso, sino que cuando regulan esas manifestaciones, tienden a utilizar los términos «agresión física» o simplemente «agresión», sin acudir a la noción de violencia o acoso.

### 1.7. Violencia y acoso psicológicos

La violencia y el acoso psicológicos son las formas de violencia y acoso más denunciadas en el mundo del trabajo, comprendiendo una diversidad de conductas y actos que van desde abusos verbales y no verbales y actos de acoso psicológico y sexual, intimidación, acoso laboral y amenazas<sup>27</sup>.

Tales manifestaciones pueden incluir también la manipulación de la reputación de una persona, su aislamiento, la retención de información, y la asignación de tareas que no concuerdan con las capacidades de la persona o de metas y plazos imposibles de cumplir<sup>28</sup>. Estas conductas, suceden en el ambiente de trabajo y en muchas ocasiones trasciende fuera de éste.

<sup>26</sup> Un aspecto que también reflejan las cifras presentadas por Eurofound en 2016, Sexta Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo, p. 67-68.

<sup>27</sup> Conductas que se han manifestado de forma generalizada en el mundo del trabajo pero a la que cada vez se presta más y más especializada atención, a pesar de que los cambios normativos experimentados sean escasos y poco satisfactorios, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o lento progreso?», 2ª edic, Editorial Bomarzo, Albacete, 2018, en particular, p. 13-14.

<sup>28</sup> MILCZAREK, M.: «Workplace violence and harassment: A European picture». Informe del Observatorio Europeo de Riesgos (Luxemburgo, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA), 2010, p. 22.

<sup>23</sup> Informe, p. 13.

<sup>24</sup> Puede verse un amplio estudio sobre las variables migraciones y género en VELA DÍAZ, R.: «Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria», Editorial Comares, Granada, 2014, especialmente en relación con el trabajo doméstico de mujeres migrantes, p. 247 y ss.

<sup>25</sup> CHAPPELL, D y DI MARTINO, V.: «Violence at Work», *op. cit.*, p. 30.

Situaciones como un ambiente de trabajo hostil, comentarios degradantes, críticas constantes, abuso personal y amenazas son las que se pueden establecer como de mayor ocurrencia.

En la expresión «violencia y acoso psicológicos», el término «psicológicos» responde exactamente a los efectos perjudiciales que producen sobre la integridad psicológica de la víctima. En las leyes nacionales, la violencia y el acoso psicológicos generalmente aparecen definidos en términos amplios, lo que determina una protección aplicable a todos los trabajadores en virtud del uso de términos como «acoso moral o laboral»<sup>29</sup> (*mobbing*), «intimidación» (*bullying*), «acoso» y «violencia», o con respecto a la existencia de discriminación, esto es, cuando la legislación solo protege a la persona en los casos en que es acosada por motivo de alguna diferencia real o percibida, como la raza, el color, sexo, religión, opinión política, origen nacional o extracción social, edad, discapacidad, y orientación sexual o género<sup>30</sup>. En ocasiones, los términos referidos se utilizan de forma intercambiable.

Los términos «acoso», «intimidación» y «acoso laboral» no suelen conllevar diferencias entre conductas físicas y no físicas, conforme indica el Informe de la OIT. En la definición de estos términos se utilizan palabras como «conducta», «comportamiento» o «acto», que son suficientemente amplias como para reflejar tanto las acciones físicas como las psicológicas. En consecuencia, tienden a definirse por los efectos de tales acciones, como, por ejemplo,

<sup>29</sup> En el debate español, véase ROJAS RIVERO, G. P.: «Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral», *op. cit.*, en particular, pp. 48-62, quien utiliza el término «acoso moral». Otras voces se refieren igualmente al acoso moral, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup> F.: «El acoso moral en el trabajo ¿Una nueva forma de discriminación?», RDS, 2002, número 19, pp. 53-75; MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o lento progreso?», *op. cit.*, pp. 14-16.

<sup>30</sup> Como ocurre en el ordenamiento laboral español en relación con el acoso como causa de despido disciplinario, un acoso tipificado «por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual», ex art. 54.2, g) LET.

un daño o sufrimiento físico o psicológico: igualmente, se definen por referencia a un entorno hostil se identifican como actos que implican pérdida o atentado a la dignidad. Ello pone de manifiesto que en muchas ocasiones las definiciones de «acoso», «acoso laboral» e «intimidación» ponen el centro de atención sobre el efecto que produce en la víctima y, en menor medida, sobre la naturaleza de la conducta misma. Con frecuencia, para que alguien pueda ser incluido en una de estas categorías se exige que el comportamiento hostil deba ser «repetido» o «persistente» o producirse con frecuencia, como originariamente apuntaron los primeros teóricos del acoso<sup>31</sup>, si bien en la actualidad, especialmente en los países más avanzados en esta materia, la persistencia en el tiempo es un elemento susceptible de valoración en cada caso, atendiendo en mayor medida a la gravedad de la conducta del sujeto intimidante o acosador y los efectos de la misma.

Esta exigencia de persistencia y continuidad está siendo objeto de ciertas objeciones actualmente, hasta tal punto que durante la REVAMH de la OIT de 2016, los expertos reconocieron que «la manifestación de la violencia y el acoso puede ser un evento puntual o recurrente»<sup>32</sup>, lo que obliga a reconsiderar la configuración jurídica misma del acoso laboral en los términos en que la teoría clásica lo ha venido presentando.

## 1.8. Riesgos psicosociales

En el momento actual, los riesgos psicosociales se presentan en su perfil definitorio como riesgos vinculados con las características estructurales u organizativas del trabajo de una persona<sup>33</sup>. Aunque tales riesgos res-

<sup>31</sup> Véanse LEYMAN, H.: «El Contenido y Desarrollo del Mobbing en el Trabajo», *op. cit.*, p. 25. Igualmente, HIRIGOYEN, M.-F.: «El acoso moral – El maltrato psicológico en la vida cotidiana», *op. cit.* p. 343 y ss.

<sup>32</sup> Véase p. 17 del Informe.

<sup>33</sup> Así lo indica el Informe de la OIT, p. 17. Véase en la misma dirección, MORGADO PANADERO, P.: «La necesidad de cobertura objetiva de los riesgos psicosociales por el sistema de

ponden a variables de multicausalidad en el contexto del puesto de trabajo<sup>34</sup>, la violencia y el acoso psicológicos, físicos y sexuales se consideran riesgos psicosociales en la legislación de varios países.

En el ámbito de la UE, el Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Ligado al Trabajo, de 2004, ya estableció que el acoso y la violencia en el lugar de trabajo y los comportamientos abusivos son factores potenciales de estrés ligado al trabajo<sup>35</sup>.

Existe una creciente aceptación de que ciertos peligros psicosociales relacionados con la organización del trabajo pueden ser tan dañinos que, cuando menoscaban la dignidad, la seguridad, la salud y el bienestar de la víctima, se convierten en formas de violencia y acoso. Los peligros psicosociales se han denominado «violencia estructural», concepto que también engloba las formas de organización o de estructura del trabajo que exponen a los trabajadores a situaciones de violencia<sup>36</sup>.

El marco general de condiciones de trabajo, así como la organización del trabajo, resulta determinante para detectar factores potenciales de riesgos psicosociales: las cargas

de trabajo excesivas, la falta de autonomía para la toma de decisiones, la baja consideración por el trabajo de las personas, la rigidez de los procedimientos rutinarios de trabajo y la atención insuficiente al mantenimiento de buenas relaciones interpersonales podrían considerarse en algunas circunstancias como formas de violencia estructural. Estas averiguaciones han llevado igualmente a proponer un cambio radical en la configuración del estrés por causa del trabajo, en la medida en que las investigaciones más recientes indican que guarda mayor relación con la organización del trabajo que con el perfil psicológico de la persona, como tradicionalmente se venía sosteniendo<sup>37</sup>.

## 2. PROTAGONISTAS DE LA VIOLENCIA EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

En sus conclusiones, la REVAMH de la OIT de 2016 indica que la violencia y el acoso «pueden manifestarse de forma horizontal y vertical, y proceder de fuentes internas y externas (incluidos los clientes y otras terceras partes y las autoridades públicas) en el sector público o privado, o en la economía formal o informal» y pueden ser realizados por cualquier persona<sup>38</sup>. Por consiguiente, constituyen actos de fuerza de superiores a inferiores (vertical descendente), de inferiores a superiores (vertical ascendente) y en forma horizontal (entre compañeros de trabajo sin relación jerárquica determinante de la conducta o los actos constitutivos, o perpetrada por terceros ajenos a la empresa).

Las leyes sobre condiciones de trabajo, seguridad y salud en el trabajo y no discriminación suelen establecer disposiciones sobre la

la Seguridad Social: propuestas de «lege ferenda», en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi y Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017, particularmente, pp. 340-346.

<sup>34</sup> Así lo expresa FUMERO DIOS, I.S.: «La incidencia de los riesgos psicosociales en la salud de los trabajadores: identificación, evaluación e intervención psicosocial», en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, *op. cit.*, véanse pp.282-283. Igualmente es de interés el trabajo de CHARRO BAENA, P.: «La organización del trabajo como factor de riesgo psicosocial», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 98, 2012, especialmente pp. 16 y ss.

<sup>35</sup> Un análisis de sus contenidos en MELIÁN CHINEA, L.: «La eficacia del acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el trabajo», en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, *op. cit.*, pp. 233-251.

<sup>36</sup> HEISKANEN, M.: «Violence at Work in Finland; Trends, Contents, and Prevention», *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, vol. 8, núm. 1, 2007, pp. 22 y ss.

<sup>37</sup> Con esas conclusiones, véase RAMOS QUINTANA, M.I.: «Estrés laboral y deterioro de la salud: la organización del trabajo en la empresa como centro de imputación» en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, *op. cit.*, pp. 27-61.

<sup>38</sup> De hecho, según los estudios realizados, episodios de violencia y acoso horizontal son habituales en el trabajo, ver Informe p. 18.

violencia y el acoso laboral únicamente aplicables a personas ocupadas, que trabajan en el marco de una relación formal de empleo. Por lo general –indica el Informe de la OIT– también quedan incluidas implícitamente, aunque no siempre, en el ámbito de dichas leyes las personas ocupadas en formas atípicas de empleo, pero en menor medida algunas relaciones de trabajo de naturaleza precaria, como la de los aprendices y otras personas que son parte de relaciones de tipo asalariado o personas empleadas indirectamente, esto es, a través de la intermediación e interposición empresarial. En algunas categorías, como las personas que trabajan en el servicio doméstico (que en su gran mayoría son mujeres, y están a menudo excluidas de las leyes laborales o infraprotegidas), el déficit de protección puede afectar de manera desproporcionada a las mujeres.

A veces, la legislación contra el acoso sexual sólo protege a las mujeres y no a los hombres<sup>39</sup>. La CEACR considera que la cobertura de la protección contra el acoso sexual debería abarcar a todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, no sólo respecto del empleo<sup>40</sup> y la ocupación, sino también en lo relativo a la formación y capacitación profesionales, el acceso al empleo y las condiciones de empleo (OIT, 2012a, párrafo 793). La mayoría de los países cubren el acoso sexual tanto vertical como horizontal. Algunas leyes que abordan el acoso sexual en el trabajo lo definen como perpetrado sólo por un empleador, dejando así una brecha de cara a la protección del acoso sexual producido por los compañeros de trabajo.

La violencia de terceros en el ámbito del trabajo es un fenómeno relativamente común, en particular en ciertos sectores productivos o de actividad como la salud, la educación, la hostelería y el transporte. Esta violencia está protagonizada por pacientes, clientes o usuarios o por miembros de la población en general

con quienes los trabajadores pueden entrar en contacto<sup>41</sup>. El riesgo de sufrir acoso por parte de terceros puede ser más alto para las personas que trabajan por la noche y para quienes trabajan en situaciones aisladas y podría ser considerada como violencia en el lugar de trabajo; de hecho, algunos países así lo reconocen<sup>42</sup>.

### 3. VIOLENCIA «EN EL LUGAR DE TRABAJO» O «POR CAUSA O COMO CONSECUENCIA DEL TRABAJO»

En relación con la determinación del lugar de trabajo como espacio en el cual puede tener cabida la o las manifestaciones de violencia y acoso, la REVAMH de la OIT de 2016 concluyó que «el mundo del trabajo no sólo abarca el lugar de trabajo físico tradicional, sino también el trayecto hacia y desde el trabajo, los eventos sociales relacionados con el trabajo, los espacios públicos, también para los trabajadores de la economía informal tales como los vendedores ambulantes, y el hogar, en particular para los trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos y los teletrabajadores»<sup>43</sup>.

Se maneja, por tanto, un concepto moderno y flexible de lo que ha de entenderse por «lugar de trabajo», en cuanto ámbito físico apto para la prestación de servicios, comprendiendo igualmente los lugares en los que, «por causa o como consecuencia del trabajo», quienes trabajan pueden quedar expuestos a actos violentos y conductas acosadoras.

Por consiguiente, al tratarse de actos, conductas y manifestaciones de índole personal, ya sea con alcance individual o colectivo, el lugar de trabajo no puede ser considerado como

<sup>41</sup> Un estudio reciente sobre la violencia en el trabajo analizando sectores y trabajadores especialmente expuestos es el de RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J.: «La violencia en el trabajo: perfiles jurídicos» en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa, *op. cit.*, pp.315-334.

<sup>42</sup> Informe, p. 20

<sup>43</sup> Informe, p. 21.

<sup>39</sup> Así se puso de manifiesto en siete de los países estudiados para la preparación de este Informe por parte de la OIT.

<sup>40</sup> *Vid.* Informe, p. 19.

mero espacio físico de prestación efectiva de trabajo, entendido al modo más tradicional, sino que, partiendo de las definiciones de los distintos tipos de violencia en el trabajo, es preciso concluir que escenarios externos a la sede física de la organización de la actividad productiva pueden ser considerados «espacios de trabajo». Los desplazamientos de ida y vuelta al trabajo (cuyo reconocimiento a efectos de calificar como accidentes de trabajo los ocurridos en tal tipo de trayectos es ya una cuestión sobreentendida<sup>44</sup>), los desplazamientos originados por exigencias derivadas del trabajo<sup>45</sup>, los espacios donde se prestan los servicios objeto del contrato de trabajo, aun cuando estén fuera de las instalaciones físicas de la empresa<sup>46</sup>, los lugares en que se realiza trabajo, incluso en actividades de economía informal, el domicilio de los contratantes de trabajo doméstico, así como el propio domicilio cuando se trata de trabajo a distancia o teletrabajo, incluidos aquellos espacios donde sea preciso realizarlo, abarcan los entornos físicos en los cuales las manifestaciones de la violencia y el acoso pueden tener lugar.

Representa en la actualidad un motivo de especial interés –por los nuevos desafíos que plantea– el hecho de que haya espacios en que las personas puedan vincularse con su lugar de trabajo por medio de la tecnología. Sobre este extremo, la REVAMH de 2016 llegó a la conclusión de que el uso indebido de la tecnología «también se reconoce como una fuente de

preocupación», por lo que todo nuevo instrumento normativo debería ser susceptible de responder a los nuevos riesgos y desafíos que pueden conducir a la violencia y acoso en el mundo del trabajo, como los que surgen «como consecuencia de la evolución de las modalidades de trabajo y de la tecnología»<sup>47</sup>.

Avala esta interpretación, asimismo, el hecho de que el ámbito sustantivo de aplicación de varios instrumentos de la OIT que tratan de la seguridad y salud en el trabajo es amplio y rebasa el simple lugar físico donde se realiza el trabajo. Así ocurre, a modo de ejemplo, conforme a lo establecido en el Protocolo de 2002 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981), de manera que comprende no sólo los accidentes que ocurren «en el curso del trabajo», sino también los que están «en relación con el trabajo» y los «accidentes de trayecto», definidos como los que ocurren «en el recorrido directo entre el lugar de trabajo y la residencia del trabajador, el lugar en que el trabajador toma sus comidas o el lugar en que el trabajador recibe su remuneración» (artículo 1). Del mismo modo, se consideran accidentes de trabajo todos los «sufridos durante las horas de trabajo en el lugar de trabajo o cerca de él, o en cualquier lugar donde el trabajador no se hubiera encontrado si no fuera debido a su empleo, sea cual fuere la causa del accidente», según señala la Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121) en su párrafo 5, a).

Las leyes nacionales que abordan la violencia y el acoso «en el mundo del trabajo» remiten al ámbito de una protección determinada que se define utilizando expresiones tales como «en el lugar de trabajo», o «durante el trabajo, o en relación con éste».

Así como existen muchos países que no definen necesariamente en su legislación el concepto de «lugar de trabajo», es apreciable cómo un número creciente de ellos está ampliando

<sup>44</sup> Y que incluye los actos de violencia y acoso sufridos en el trayecto para ir o regresar del trabajo.

<sup>45</sup> Por ejemplo, ser objeto de acoso en un lugar al que el trabajador ha sido desplazado para realizar una prestación de servicios; pero puede incluir también la celebración de un evento festivo de la empresa en el que se produzcan manifestaciones de acoso, o mientras se asiste a una conferencia, y, en todo caso, donde ser mujer joven constituye una de las variables fundamentales al medir la extensión de estas prácticas. Informe, p. 21.

<sup>46</sup> Véase el supuesto que ha dado lugar a la STS de 20 de noviembre de 2014, rec. 2399/2013, en la que se señala que resulta irrelevante que el daño y la consecuencia derivada de un atraco al trabajador se haya producido fuera de las propias instalaciones de la empresa. Tal dato no destruyen el carácter de «riesgo laboral».

<sup>47</sup> Informe, p. 21.

el alcance de la noción clásica, con el fin de ajustarse a los entornos en que se producen los actos de violencia y acoso por causa de o relacionados con el trabajo. Cuando la noción de «lugar de trabajo» es amplia y no se limita al lugar de trabajo físico, suele incluir otras circunstancias y entornos, como los descansos realizados en el contexto del trabajo o cierto tipo de eventos, como los sociales que tienen lugar al finalizar la jornada laboral o los desplazamientos cotidianos.

Sin duda alguna, el ámbito espacial de la noción de «lugar de trabajo» en la legislación en materia de violencia y acoso en el lugar de trabajo debe ser explícitamente más amplio que el simple entorno físico en el cual se desarrolla la actividad laboral, pero las diferencias sustanciales entre distintos países hacen que esta consideración no se haya extendido de forma general. En determinados países, las leyes laborales sólo se aplican explícitamente al lugar de trabajo físico y, en otros, el término «lugar de trabajo» no se ha definido o, si lo ha sido, su definición es demasiado imprecisa como para extraer conclusiones<sup>48</sup>.

La intimidación a través de la tecnología electrónica, o el denominado *ciberacoso*, es una expresión más reciente de violencia y acoso psicológicos y sexuales. Incluye intimidación a través del correo electrónico, mensajes telefónicos de texto, así como contenidos subidos a la web, una práctica que va extendiéndose también en relación con el trabajo. Un plus añadido de esta forma de ejercer violencia o acosar es el anonimato que puede acompañarlo, lo que hace difícil detectar a la persona agresora. Además, como puede llevarse a cabo dentro o fuera del lugar de trabajo físico, en horario o no de trabajo, produce confusión al no permitir identificar con claridad si está o no relacionado con el mundo del trabajo<sup>49</sup>. Las normas que sancionan el acoso en el trabajo en sus distintas modalidades deberían incluir el *ciberacoso*, como forma específica de perpe-

trarlo cuando es llevado a cabo a través de las nuevas tecnologías<sup>50</sup>.

#### 4. FACTORES DE RIESGO DE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO

La apreciación acerca de cuáles son los factores de riesgo que pueden inducir y producir actos, conductas o manifestaciones de violencia y acoso en el mundo del trabajo ha sido objeto de especial atención, especialmente, en el campo de la psicología social y en general de la seguridad y salud de los trabajadores. Existe un común entendido en que los factores de riesgo psicosocial por lo general proceden tanto del entorno de trabajo propiamente dicho (intralaborales) como de circunstancias y agentes externos al mismo (extralaborales) o una interacción combinada de ambos<sup>51</sup>.

Las circunstancias y las condiciones de trabajo, así como las condiciones psicosociales, influyen tanto en la prevalencia de la violencia y el acoso en el trabajo como en la capacidad de las víctimas para obtener reparación. En ese escenario, hay que señalar cómo la brecha de género en las condiciones de trabajo expone en mayor medida a las mujeres, especialmente las que se encuentran en edad fértil o tienen responsabilidades familiares, a circunstancias adversas para tener sanas relaciones de trabajo exentas de manifestaciones de actos de hostigamiento e intimidación o amenazas frente a ellas.

En el ámbito de la Unión Europea, como es sabido, la Sexta Encuesta Europea de Condi-

<sup>50</sup> En general, sobre efectos perversos para la salud por el trabajo en contacto con nuevas tecnologías, puede consultarse el documento elaborado conjuntamente por Eurofound y la OIT, titulado Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral. Puede consultarse en <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/executive-summary/2017/working-anytime-anywhere-the-effects-on-the-world-of-work-executive-summary>

<sup>51</sup> Distinguiendo entre violencia de origen interno y externo a la empresa, RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J.: «La violencia en el trabajo: perfiles jurídicos», *op. cit.*, p. 317-325.

<sup>48</sup> Véanse estas consideraciones en Informe, p. 22.

<sup>49</sup> Informe OIT, p. 24.

ciones de Trabajo (2016)<sup>52</sup> indica algunos factores determinantes de padecer riesgos psicosociales en el trabajo, entre los que destacan: las dificultades para conciliar la vida laboral con la familiar, lo que induce a considerar si continúa siendo adecuado el marco legislativo tan dúctil en que se contempla el ejercicio de los derechos de conciliación y que obliga a trabajadoras y trabajadores a negociar individualmente con la empresa, así como el sesgo de género que continúan presentando, al concebirse especialmente indicados para su utilización por las mujeres. La Encuesta Europea también considera que los horarios poco flexibles y las condiciones del entorno físico, así como la elevada intensidad de trabajo constituyen el resto de importantes factores a destacar.

La REVAMH de la OIT de 2016 concluyó que la manifestación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo suele reflejar la violencia en el conjunto de la sociedad y, para prevenir y afrontar estas conductas, es necesario comprender las situaciones en las que se encuentran los propios trabajadores. Los expertos han identificado también algunas circunstancias que, por sí solas o de manera combinada, pueden exponer a los trabajadores a la violencia y al acoso: trabajar en contacto con el público, trabajar con personas en situación difícil, trabajar con objetos de valor, trabajar en situaciones en las que los trabajadores no están cubiertos o amparados suficientemente por la legislación laboral y de protección social, trabajar en entornos con recursos limitados (el equipamiento insuficiente de las instalaciones o la falta de personal pueden redundar en largas esperas y frustración), trabajar en horarios de difícil conciliación con la vida social (por ejemplo, trabajo vespertino o nocturno), trabajar en soledad o en un aisla-

miento relativo, o en lugares remotos, trabajar en espacios íntimos y en hogares privados, tener poder para denegar la prestación de servicios, lo que aumenta el riesgo de violencia y acoso por parte de quienes demandan dichos servicios, trabajar en zonas de conflicto, en particular prestando servicios públicos y de emergencia, existencia de tasas de desempleo elevadas<sup>53</sup>.

La REVAMH de 2016 también alcanzó ciertas conclusiones indicando otros elementos o factores de riesgo que igualmente contribuyen a la violencia en el trabajo: una inadecuada gestión de los recursos humanos, la mala organización del trabajo, incluida la falta de normas y responsabilidades claras, la asignación inadecuada de tareas, el establecimiento de objetivos de producción poco realistas, una comunicación deficiente: igualmente, malas relaciones de trabajo y prácticas discriminatorias también se consideran factores que pueden incrementar el riesgo de violencia y acoso<sup>54</sup>.

## 5. IMPACTO MÚLTIPLE DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO

Los efectos derivados del padecimiento de riesgos psicosociales tienen la peculiaridad de que, si bien traen causa del trabajo realizado, sin embargo despliegan consecuencias más allá del mundo del trabajo, afectando a la vida personal, familiar y social de quienes los sufren.

Los avances científicos en el campo de la medicina han indicado que, por lo general, el sufrimiento y padecimientos que ocasiona haber sido víctima de violencia y acoso en el trabajo producen perturbaciones y daños de diversa índole. En primer lugar, fisiológica: desde tensión muscular a alteraciones cardíacas, problemas gastrointestinales, trastornos dermatológicos, problemas diges-

<sup>52</sup> Eurofound Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (EWCS, por sus siglas en inglés).

Véase el documento resumen en <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/report/2016/working-conditions/sixth-european-working-conditions-survey-overview-report>

<sup>53</sup> Véase cuadro en el Informe OIT, p. 32.

<sup>54</sup> *Idem*.

tivos o de colon irritable, dolor de cabeza y trastornos del sueño. En segundo lugar, se aprecian trastornos del comportamiento social: síntomas como dificultad en las relaciones con otras personas y sensación de aislamiento y desinterés. En tercer lugar, trastornos intelectuales y laborales: aumento en el número de accidentes de trabajo, sentimiento de frustración, cansancio, tedio o desgana etc. Por último, reacciones psicoemocionales que comportan un deterioro de la salud y bienestar: consumo de ansiolíticos, bebidas alcohólicas, café o cigarrillos<sup>55</sup>.

En la REVAMH de 2016, los expertos concluyeron que la violencia y el acoso afectan a las relaciones en el lugar de trabajo, al compromiso de los trabajadores y su identificación con los intereses de la empresa, a la salud<sup>56</sup>, a la productividad, a la calidad de los servicios públicos y privados, y a la reputación de las empresas. Señalaron, además e incidiendo en su proyección de género, que también tienen repercusiones en la participación en el mercado de trabajo. En particular, pueden impedir que las mujeres se incorporen al mercado de trabajo, especialmente en aquellos sectores y trabajos ocupados mayoritariamente por los hombres, así como dificultar la permanencia de las mujeres en el mismo<sup>57</sup>.

### 5.1. En los trabajadores

La violencia y el acoso físicos pueden dejar secuelas físicas evidentes, pero también

dejan cicatrices emocionales que requieren tratamientos de rehabilitación y asesoramiento de especialistas. La violencia y el acoso en los planos psicológico y sexual pueden producir efectos tales como ansiedad, depresión, cefaleas y trastornos del sueño, lo que repercute negativamente en el desempeño laboral<sup>58</sup>.

Datos suministrados por Eurofound en 2013 mostraron que, después de ser objeto de violencia física, los trabajadores tienen tres veces más probabilidades de experimentar depresión y el doble de probabilidades de sufrir de estrés. Los trabajadores intimidados o acosados tienen cuatro veces más probabilidades de experimentar depresión, tres veces más de confrontarse a problemas para dormir y el doble de probabilidades de sufrir de estrés. Además, las personas que han presenciado actos de violencia, así como los familiares y amigos de las personas objeto de violencia y acoso, también pueden experimentar estrés y traumas psicológicos graves<sup>59</sup>.

En términos económicos, la violencia sexual y el acoso sexual constituyen un obstáculo que impide que las mujeres entren y permanezcan en el mercado de trabajo, por lo cual les afecta directamente a su capacidad de obtención de ingresos a largo plazo. Por consiguiente, este es un factor que contribuye a ensanchar la brecha salarial entre los géneros<sup>60</sup>. En suma, la violencia y el acoso pueden, en última instancia, ser determinantes para tomar la decisión de abandonar el mercado de trabajo.

<sup>55</sup> Puede consultarse el «Análisis multisectorial sobre la incidencia de los riesgos psicosociales en los trabajadores» GIMENO NAVARRO, M. A., Secretaría de salud laboral y medio ambiente, UGT-CEC y Fundación para la prevención de riesgos laborales (2016).

<sup>56</sup> En relación con los efectos sobre el absentismo laboral, IGLESIAS OSORIO, B.C.: «Los procesos de incapacidad asociados a los riesgos psicosociales» en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.): «Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa», *op. cit.*, pp. 363-395.

<sup>57</sup> Los expertos de la OIT señalaron asimismo que la violencia y el acoso pueden «socavar la toma democrática de decisiones y el Estado de derecho» (OIT, 2016a, anexo I, párrafo 1).

<sup>58</sup> Informe OIT, p. 29.

<sup>59</sup> «Workplace violence and harassment training Power Point» (Eversafe Media Inc), en: <http://eversafe.ca/free-workplace-violence-and-harassment-trainingpower-point>

<sup>60</sup> Incluso cuando la violencia y el acoso no tienen por causa el género, el impacto que tales acciones tienen en las mujeres puede parecer desproporcionado. Un estudio realizado en Italia mostró que el 16 por ciento de los trabajadores dimiten de su empleo después de ser víctimas de violencia. El mismo estudio reveló que las mujeres tienen el doble de probabilidades de dimitir que los hombres. Esta información aparece recogida en el Informe OIT, p. 29.

Junto a los efectos señalados debido al impacto de la violencia en el trabajo, ha de incluirse el suicidio motivado por acoso laboral<sup>61</sup>, así como la violencia doméstica relacionada con el trabajo prestado en el hogar familiar. Otro efecto añadido de la violencia y acoso en el trabajo viene determinado por la carencia o deficiente cobertura sanitaria y de protección social de este tipo de riesgos, lo que sugiere la necesidad de una intervención específica a este respecto, a fin de garantizar que los Estados se comprometen a asegurar una protección suficiente y adecuada; una tarea no sencilla, pero no por ello imposible de alcanzar.

## 5.2. En las empresas y en las economías

Existen costos financieros directos que se derivan de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, como el absentismo, la disminución del volumen de negocios, el costo de los litigios y el pago de indemnizaciones. También hay costos indirectos, como la baja de la productividad y efectos de impacto público, que pueden dañar la reputación, la imagen y la competitividad de las empresas. La violencia y el acoso aumentan el absentismo y se traducen en mayores gastos por subsidios de enfermedad y tareas de administración. Lo mismo puede decirse de la rotación de plantilla provocada por la violencia y el acoso entraña costos aún más importantes que el absentismo, ya que resulta muy caro encontrar y capacitar a nuevos trabajadores<sup>62</sup>.

Por otra parte, cuando los trabajadores víctimas de abusos (o los que han presenciado tales actos) permanecen en una empresa

y no reciben el apoyo adecuado, su productividad se ve a menudo disminuida por los efectos negativos que los abusos tienen en su salud, lo que redundará en un incremento de los costos de la empresa.

La encuesta ESENER 2 (2014) de la Unión Europea<sup>63</sup> ha permitido detectar con mayor claridad cuál es la motivación y los objetivos que impulsan a las empresas a gestionar adecuadamente la seguridad y salud en el trabajo, en particular, los riesgos psicosociales. Los resultados alcanzados son los siguientes:

En primer lugar, el cumplimiento de las obligaciones jurídicas es un motivo principal en el 85 % de las empresas de la Europa de los Veintiocho. Existe una ligera correlación positiva con el tamaño de la empresa, mientras que por sectores no se dan diferencias importantes. El segundo factor impulsor más importante que motiva la adopción de medidas es el cumplimiento de las expectativas de los trabajadores o de sus representantes, registrándose los valores más altos en los sectores de la educación, la sanidad y el trabajo social. En tercer lugar, en algunos países, en particular, aquellos que se adhirieron a la Unión Europea en 2004 y algunos de los países candidatos, se afirma con mayor frecuencia que el principal factor impulsor para ocuparse de la seguridad y la salud es mantener el prestigio de la organización.

La citada Encuesta pone de manifiesto, igualmente, que una adecuada participación de los trabajadores con procesos de diálogo y negociación permite alcanzar mejores resultados: mayor implicación de los trabajadores tanto en materia de diálogo social, como en lo que se refiere a la activación de los órganos de representación formal de intereses (incluida la seguridad y salud en el trabajo

<sup>61</sup> Una nefasta consecuencia ya contemplada en los estudios iniciales de LEYMAN, H.: «Mobbing and psychological terror at workplaces», *op. cit.*, págs. 119 y ss.

<sup>62</sup> *Vid.* RAYNER, Ch., HOEL, H., y COOPER, C.: «Workplace bullying: What we know, who is to blame and what can we do?» CRC Press, 2001. Puede descargarse en <https://www.crcpress.com/Workplace-Bullying-What-we-know-who-is-to-blame-and-what-can-we-do/Rayner-Hoel-Cooper/p/book/9780415240635>

<sup>63</sup> Segunda Encuesta Europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes (ESENER-2): <http://www.esener.eu>

## 6. GRUPOS, SECTORES Y OCUPACIONES ESPECIALMENTE EXPUESTOS A LA VIOLENCIA Y AL ACOSO EN EL TRABAJO

Si los trabajadores y trabajadoras, en general, se encuentran expuestos a manifestaciones de violencia y acoso en el trabajo dependiendo de factores ya sea intralaborales como extralaborales, tal y como ya ha sido expresado, no es menos cierto que determinados trabajadores por pertenecer a determinados grupos o por trabajar en ciertos sectores productivos o en ciertas actividades pueden ser mayormente vulnerables a actos y agresiones físicas, psicológicas o sexuales.

Desde un punto de vista subjetivo y por las características de ciertos grupos, la OIT ha identificado como especialmente expuestas a las personas que padecen algún tipo de discapacidad y personas que viven con el VIH. Asimismo, por sectores de actividad se señala a los trabajadores del sector de la salud, la educación quienes, de forma general, han declarado estar más expuestos que otros a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Debido a que la exposición a la violencia y el acoso depende en gran medida del contexto y es resultado de una convergencia de factores combinados, como la discriminación, condiciones de riesgo y factores de riesgo, el Informe de la OIT señala que es importante no reducir el análisis a una simple lista de quién es «más vulnerable» a la violencia y el acoso. Dicha opción podría inducir a pensar equivocadamente que las personas son transformadas en víctimas en función de quiénes son y de qué hacen<sup>64</sup>. Se trata de una importante advertencia a efectos de no estigmatizar grupos o personas por sus características definitorias.

Sin embargo, es necesario comprender cómo la intersección, es decir, la combinación

de factores como el género, la raza, la edad o la discapacidad, refuerza la posibilidad de que la violencia y el acoso se manifiesten y hace que esta experiencia de violencia y acoso sea única. De hecho, diversos estudios han demostrado que las mujeres de las minorías son significativamente más acosadas en el trabajo que los hombres miembros de minorías y son más acosadas respecto a las mujeres y hombres pertenecientes a mayorías «cuando el acoso sexual y el acoso étnico se adicionan y combinan para producir una acción global de acoso»<sup>65</sup>.

En sus conclusiones, la REVAMH de la OIT de 2016 abordó el papel de la interseccionalidad expresando, entre otras, afirmaciones del siguiente tenor: la manifestación de la violencia y el acoso puede afectar potencialmente a cualquier persona, pero su impacto es desproporcionado sobre grupos específicos, cuando se dan ciertas condiciones.

Unas relaciones de poder desequilibradas, especialmente, cuando incorporan motivos de género, raza y origen étnico, origen social, educación y pobreza, pueden conducir a la violencia y acoso. La discriminación basada en estos y otros motivos, incluyendo la discapacidad, la situación con respecto al VIH, la orientación sexual y la identidad de género, la condición de migrante y la edad, también son factores importantes. Los lugares de trabajo en los que la fuerza de trabajo está dominada por un sexo o un origen étnico determinados tal vez sean más hostiles hacia las personas que no se ajustan a los estereotipos de género predominantes o hacia quienes provienen de grupos subrepresentados. En los casos en que los motivos de discriminación se combinan, como el género y la raza o la discapacidad, el riesgo de violencia y acoso se ve exacerbado.

Es importante tener en cuenta la interseccionalidad cuando se consideran los sectores

<sup>64</sup> Informe, p. 33.

<sup>65</sup> Informe de la OIT, p. 23 con apoyo en estudios científicos realizados en este campo.

económicos en los que, como en el de servicios, se suelen denunciar niveles más altos de violencia y acoso; en ellos convergen factores de discriminación y de riesgo que dan lugar a una exposición aun mayor a la violencia. Dado que las ocupaciones en el sector de los servicios y las ventas en el sector del comercio cuentan con presencia mayoritaria de mujeres, el resultado es que en general tienden a ser objeto con mayor frecuencia de estos comportamientos, a lo que se une el hecho de que en tales sectores la exposición a la violencia de terceros (como usuarios y clientes) es relativamente mayor<sup>66</sup>.

El análisis y conocimiento de la verdadera prevalencia de la violencia y el acoso depende en gran medida de la disponibilidad de datos. Aquellos sectores productivos que disponen de datos están en condiciones de documentar su experiencia en materia de violencia y acoso. Por el contrario, otros sectores que no han desarrollado estas capacidades pueden verse enfrentados a ciertos obstáculos, especialmente, la carencia derivada de una notificación insuficiente de incidentes de violencia y acoso, ya sea por temor a hablar del problema, a la propia falta de sistemas de información y seguimiento, lo que finalmente termina por abocar a una «normalización» de la violencia<sup>67</sup>.

En suma, por estas circunstancias ya referidas, la REVAMH de la OIT de 2016 ha terminado por concluir que todos los trabajadores y empleadores, independientemente de sus características personales y del trabajo que realizan, pueden, en determinadas situaciones y en función de determinados factores y fuentes de riesgo, verse expuestos a la violencia y el acoso<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> La Sexta Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo de la Unión Europea, ya citada, avala este tipo de conclusiones en relación con factores combinados que provocan un mayor grado de exposición a violencia y acoso en el trabajo.

<sup>67</sup> MILCZAREK, M.: «Workplace violence and harassment: A European picture», Informe del Observatorio Europeo de Riesgos, *op. cit.*, p. 25.

<sup>68</sup> Ver Informe OIT, p. 34.

## 7. PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE A LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO: LA ACCIÓN NORMATIVA DE LA OIT A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS FUNDAMENTALES

En los textos normativos de la OIT, la protección ante los accidentes de trabajo y las enfermedades originadas por malas condiciones de trabajo es una constante consolidada históricamente. La intensidad y extensión de esta protección frente a lesiones de la salud por causa de la violencia y el acoso en el trabajo, específicamente, presenta un recorrido muy diferente.

Algunas manifestaciones normativas se refieren a grupos específicos de trabajadores que, por sus condiciones de trabajo (por ejemplo, el trabajo nocturno) o por circunstancias específicas se encuentran mayormente expuestos a situaciones propensas a actos de violencia y acoso. Por lo general, puede decirse que, pese a algunos instrumentos aplicables, lo cierto es que la situación normativa de la OIT en relación con la extensión e intensidad de las manifestaciones violentas en el trabajo en el mundo es claramente deficitaria.

Hace falta una definición normativa de la violencia y acoso en el trabajo que permita disponer de referencias dotadas de certeza jurídica sobre actos y conductas o manifestaciones susceptibles de ser considerados como actos de fuerza sobre otra persona. Por otra parte, es indispensable establecer pautas acerca de cómo debe ser abordada, prevenida y protegida la violencia y el acoso en el trabajo y debería indicarse cómo debe integrarse en la empresa la gestión de la seguridad y salud en el trabajo en relación con la prevención de actos y conductas violentas y acosadoras<sup>69</sup>.

Entre los Convenios fundamentales de la OIT, el tratamiento de la violencia y el acoso

<sup>69</sup> Sobre estos aspectos abunda el Informe aquí analizado de la OIT, pp. 35-48.

ha encontrado cierto grado de recepción en muchos de ellos.

En primer lugar, los relativos a la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, por cuanto estas modalidades de trabajo se relacionan directamente con violencia. Ello no quiere decir que tales Convenios no admitan una revisión o puedan ser susceptibles de una eventual sustitución por otros instrumentos más modernos, a fin de integrar adecuadamente la no tolerancia frente a las nuevas dimensiones de la violencia y el acoso.

El Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), y su Protocolo de 2014 y el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105) tienen por objeto garantizar a todos los seres humanos la libertad frente a la imposición de trabajo forzoso, con independencia de cuál sea la naturaleza, sector económico o actividad laboral de que se trate.

En particular, el Convenio núm. 29 establece que es trabajo forzoso u obligatorio «todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente» (artículo 2, párrafo 1). El trabajo forzoso se recluta en muchas ocasiones mediante violencia física o actos de intimidación, es una forma de coacción psicológica empleada para arrancar el consentimiento de las víctimas de trabajo forzoso. Los efectos para las víctimas de las amenazas sufridas pueden ser devastadoras<sup>70</sup>.

Con respecto al trabajo infantil, el abuso físico, psicológico y sexual de los niños ha sido considerado fundamentalmente en relación con los conflictos armados y las actividades ilícitas, especialmente por el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)<sup>71</sup>. Por lo general, las peores for-

mas de trabajo infantil incluyen de manera consustancial la violencia y el acoso físicos y psicológicos<sup>72</sup>. Asimismo, el Convenio sobre edad mínima, 1973 (número 138) considera que el trabajo peligroso puede entrañar graves daños para la salud física o psicológica del menor<sup>73</sup>.

En virtud del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), los Estados Miembros que lo han ratificado se comprometen a proclamar y aplicar una política nacional de igualdad, a fin de eliminar toda discriminación en el empleo y la ocupación basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social.

En relación con este Convenio, la CEACR ha considerado que el acoso sexual es una forma grave de discriminación por razón de sexo, que queda comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio. Y se refiere a dos formas de acoso sexual, que deben ser abordadas: a) acoso sexual amenazante (*quid pro quo*), esto es, cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico de naturaleza sexual u otro comportamiento basado en el sexo, que afecta la dignidad de las mujeres y de los hombres, el cual es no deseado, irrazonable y ofensivo para el destinatario; y el rechazo por parte de la persona, o su sumisión a este comportamiento es utilizado, explícita o implícitamente, como fundamento de una decisión que afecta el trabajo de esa persona; o b) acoso sexual configurado como entorno de trabajo hostil, basado en un comportamiento que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el destinatario desde el punto de vista de su libertad e intimidad sexual.

La CEACR también se ha ocupado del acoso basado en otros motivos enumerados en el artículo 1, párrafo 1, apartado a), del Convenio núm. 111. Aun cuando los actos de violencia (distintos del acoso) que se basan en los

<sup>70</sup> Sobre trabajo forzoso, véase el documento de la OIT Dar un rostro humano a la globalización, Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo, a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, Informe III (Parte 1B) Ginebra.

<sup>71</sup> Artículo 3, apartados a) y c).

<sup>72</sup> Artículo 3, apartado d).

<sup>73</sup> Artículo 3.1 del mismo.

motivos enumerados en el Convenio núm. 111 y que son objeto de protección están comprendidos en su ámbito, la CEACR ha abordado más comúnmente esta forma de discriminación en el contexto de las medidas adoptadas para tratar la violencia de género o la violencia contra la mujer 10, o de la falta de tales medidas.

Llama la atención, sin embargo, que la violencia contra ciertos grupos étnicos o religiosos, incluidos los trabajadores migrantes, haya sido analizada en pocas ocasiones, y así lo refleja el Informe de la OIT que aquí se ha venido comentando y analizando.

Los instrumentos de la OIT relativos a la libertad sindical como es el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (número 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (número 98), básicamente, no incluyen una prohibición explícita de la violencia contra las actividades sindicales. No obstante, en relación con dichos convenios, la CEACR ha señalado reiteradamente la interdependencia que existe entre las libertades civiles y los derechos sindicales. Ha indicado, asimismo, que un movimiento sindical verdaderamente libre e independiente sólo puede desarrollarse en un clima desprovisto de violencia, de presiones o de amenazas de toda índole<sup>74</sup>.

Cabe pensar que podemos encontrarnos en un momento que podría constituir la antesala de la consecución de un instrumento normativo de la OIT para combatir la violencia y acoso en el trabajo. Las dificultades de semejante tarea no son pocas, tanto en el campo de las definiciones como en la configuración de los tipos, luego queda por superar el mar de dificultades de las medidas preventivas y de protección. Pero nada es insalvable si se tiene clara conciencia y firme voluntad de la necesidad y de la urgencia de disponer de un instrumento que refleje con fuerza vinculante la no toleran-

cia frente a las manifestaciones de violencia y acoso en el mundo del trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- CHAPPELL, D. y DI MARTINO, V.: «*Violence at Work*. Oficina Internacional del Trabajo», 3ª edición, Ginebra, 2006.
- CHARRO BAENA, P.: «La organización del trabajo como factor de riesgo psicosocial», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 98, 2012.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F.: «El acoso moral en el trabajo ¿Una nueva forma de discriminación?», *RDS*, 2002, número 19.
- FUMERO DIOS, I.S.: «La incidencia de los riesgos psicosociales en la salud de los trabajadores: identificación, evaluación e intervención psicosocial», en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi y Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017.
- GIMENO NAVARRO, M. A.: «Análisis multisectorial sobre la incidencia de los riesgos psicosociales en los trabajadores», Secretaría de salud laboral y medio ambiente, UGT-CEC y Fundación para la prevención de riesgos laborales, 2016.
- HEISKANEN, M.: «Violence at Work in Finland; Trends, Contents, and Prevention», *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, vol. 8, núm. 1, 2007.
- HIRIGOYEN, M.-F.: «El acoso moral – El maltrato psicológico en la vida cotidiana» (Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona, y Editorial Paidós, SAICF, Buenos Aires, 1998.
- IGLESIAS OSORIO, B.C.: «Los procesos de incapacidad asociados a los riesgos psicosociales» en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi y Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017.
- LEYMANN, H.: «El Contenido y Desarrollo del Mobbing en el Trabajo». *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996. Se puede ver en <http://acosolaboral.net/pdf/LeymannEI.pdf>
- MELIÁN CHINEA, L.: «La eficacia del acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el trabajo», en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi y Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017.

<sup>74</sup> Véase Informe OIT, p. 36 acerca de este extremo.

- MILCZAREK, M.: «Workplace violence and harassment: A European picture». Informe del Observatorio Europeo de Riesgos (Luxemburgo, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA), 2010.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o lento progreso?», 2ª edic, Editorial Bomarzo, Albacete, 2018.
- MORGADO PANADERO, P.: «La necesidad de cobertura objetiva de los riesgos psicosociales por el sistema de la Seguridad Social: propuestas de 'lege ferenda'», en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi y Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017.
- PÉREZ DEL RÍO, T.: «El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social», *Relaciones Laborales*, 1990, núm. 17.
- «La violencia de género en el empleo como violación del derecho a la integridad física y psíquica y su prevención. La función de los interlocutores sociales», *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012.
- RAYNER, Ch., HOEL, H. y COOPER, C: *Workplace bullying: What we know, who is to blame and what can we do?* CRC Press, 2001. Descargable en <https://www.crcpress.com/Workplace-Bullying-What-we-know-who-is-to-blame-and-what-can-we-do/Rayner-Hoel-Cooper/p/book/9780415240635>
- RAMOS QUINTANA, M.I.: «La dignidad de la persona en las relaciones de trabajo», en *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010*. Libro homenaje a María Emilia Casas, La Ley (Wolters Kluwer)– Santander-Justicia, Madrid, 2015.
- «Estrés laboral y deterioro de la salud: la organización del trabajo en la empresa como centro de imputación» en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi y Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017.
- RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J.: «La violencia en el trabajo: perfiles jurídicos» en RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi y Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017.
- ROJAS RIVERO, G. P.: «Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral», Editorial Bomarzo, Albacete, 2005.
- ROMERO RÓDENAS, Mª J.: «Protección frente al acoso en el trabajo», Editorial Bomarzo, Albacete, 2004.
- VELA DÍAZ, R.: «Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria», Editorial Comares, Granada, 2014.
- WYNNE, R.; CLARKIN, N.; COX, T.; GRIFFITH, A. *Guidance on the prevention of violence at work*. Luxembourg, European Commission, 1997.

**RESUMEN**

Este artículo analiza el Informe lanzado por la OIT titulado *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo* con vistas a su discusión en la próxima 107ª Conferencia Internacional.

En 2016, los participantes en la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, organizada por la OIT, hicieron hincapié en que la violencia y el acoso en el trabajo son inaceptables. Y, asimismo, han de ser considerados incompatibles con el trabajo decente, por lo que deben ser objeto de tratamiento para remediarlos.

La metodología utilizada en este trabajo responde al análisis de las propuestas de regulación jurídica que ha elaborado la OIT con vistas a adoptar un eventual instrumento normativo sobre la violencia en el trabajo y el acoso laboral.

En tal sentido, se efectúa un análisis de los temas centrales abordados en dicho Informe que son, sin duda, los aspectos más relevantes que afectan tanto a la definición de los términos de violencia y acoso en el trabajo como a sus manifestaciones, la forma de prevenirlas y combatirlas de manera eficaz.

Asimismo, la consulta de la bibliografía especializada en esta materia ha sido de máxima utilidad a fin de establecer criterios con base científica acerca de cómo afrontar un marco jurídico suficientemente eficaz para combatir este tipo de riesgos psicosociales en el trabajo.

En cuanto a los contenidos abordados, se constata la dificultad de encontrar definiciones de violencia y acoso en el trabajo con validez universal. Esta dificultad representa uno de los principales desafíos a lo que puede enfrentarse la eventual elaboración de un texto normativo de la OIT con pretensión de ser aplicado en la totalidad de los países. Particular dificultad presenta la definición de acoso en el trabajo, pues frente a las originarias consideraciones conforme a las cuales se estimaba que la conducta intimidante debe ser persistente y continuada en el tiempo, en la actualidad dichas exigencias se han atenuando notablemente, adquiriendo mayor relevancia la gravedad de la conducta del sujeto acosador y los efectos producidos sobre la víctima.

Igualmente, se efectúa un análisis pormenorizado de las distintas manifestaciones de violencia, así como de las diferentes modalidades que las conductas de acoso reflejan en el marco de una relación de trabajo: la violencia en el trabajo, la violencia de género, la violencia sexual y el acoso sexual, la violencia y acoso basados en el sexo y en el género, la violencia doméstica en relación con el trabajo, la violencia y el acoso físicos, la violencia y el acoso psicológicos, así como el más amplio concepto de riesgos psicológicos son todos ellos objeto de una específica puntualización y diferenciación terminológica y conceptual.

Otro aspecto introducido en este ensayo consiste en verificar la adecuada identificación de aquellos trabajadores, grupos y sectores productivos que pueden considerarse como especialmente expuestos a actos y manifestaciones de violencia y acoso. Se utiliza la conocida distinción que permite diferenciar sujetos afectados por razón de la forma horizontal o vertical de las prácticas agresivas, pero también por razón del origen de las mismas, estableciendo la distinción entre fuentes internas (de la propia empresa) o externas (clientes, usuarios, etc.). De forma específica, se indaga asimismo sobre las prácticas de violencia y acoso en la economía formal e informal, siendo en este último caso mucho más difíciles de detectar.

Especial interés suscita el análisis de la noción de «lugar de trabajo», a fin de determinar en qué entornos se pueden producir las manifestaciones violentas y acosadoras. Dicha

noción es objeto de precisión desde una perspectiva amplia, de tal modo que el lugar de trabajo puede abarcar todos los espacios relacionados con la ejecución de la prestación de trabajo derivada del contrato de trabajo. Por consiguiente, comprende los lugares en los que, «por causa o como consecuencia del trabajo», quienes trabajan pueden quedar expuestos a actos violentos y conductas acosadoras. Esta acotación es sumamente importante a fin de incluir la protección de los trabajadores de la violencia frente a actos que se produzcan en el trayecto al trabajo, espacios privados o públicos, así como el hogar para los trabajadores domésticos, incluyendo los espacios en los que se realiza trabajo a distancia o teletrabajo.

Los resultados alcanzados ponen de manifiesto que la violencia y el acoso en el trabajo afectan a las relaciones en el lugar de trabajo, al compromiso de los trabajadores, a la salud, a la productividad, a la calidad de los servicios públicos y privados, y a la competitividad y reputación de las empresas.

La violencia y el acoso en el mundo del trabajo tienen repercusiones en la participación en el mercado de trabajo, si bien es preciso destacar que, de forma particular, presenta efectos negativos para las mujeres. Sin duda, puede llegar a impedir que las mujeres se incorporen al mercado de trabajo, especialmente en los sectores y trabajos masculinizados, o bien puede abocarlas a abandonar el mercado de trabajo.

Entre las conclusiones más destacadas de este artículo hay que señalar las siguientes: en primer lugar, las dificultades para encontrar nociones homogéneas que permitan entender de forma común y universal qué conductas y prácticas pueden ser consideradas como formas de violencia y acoso en el trabajo, por cuanto afectan a la dignidad de la persona; en segundo lugar, la necesidad de tipificar ciertas conductas agresivas, especialmente, aquellas que permiten distinguir los diversos tipos de acoso; en tercer lugar, la conveniencia de extender la prevención y protección frente a la violencia y el acoso en ámbitos tradicionalmente apartados de toda cobertura, como el trabajo en el hogar familiar; en cuarto lugar, el interés por identificar adecuadamente los sujetos que, bien por sus características personales o circunstancias productivas, pueden ser víctimas especialmente expuestas a conductas violentas en el marco de una relación de trabajo; en quinto lugar, la atención debida al impacto que la violencia y el acoso en el trabajo producen tanto en la persona del trabajador –y consiguiente necesidad de prevención y protección– como en la empresa –elevados costos directos e indirectos y disminución de la productividad–, así como en la economía en general –pérdida de competitividad; en sexto y último lugar, ha de señalarse la necesidad de atender las características específicas de colectivos de personas especialmente vulnerables ante las manifestaciones de violencia especialmente cuando dicha vulnerabilidad se acompaña de otros caracteres generalmente utilizados para efectuar prácticas discriminatorias, como la edad, el sexo, la raza u origen social, la educación o la pobreza.

**Palabras clave:** Violencia en el trabajo; acoso laboral; riesgos psicosociales; Organización Internacional del Trabajo.

**ABSTRACT** This article analyzes the Report recently launched by the ILO entitled *Ending violence and harassment against women and men in the world of work* with a view to its discussion at the next 107th International Conference.

In 2016, participants in the Expert Meeting on Violence against Women and Men in the World of Work, organized by the ILO, emphasized that violence and harassment at work are unacceptable. And, likewise, they must be considered incompatible with decent work, so they must be the object of treatment to remedy them.

The methodology used in this work responds to the analysis of the proposals for legal regulation developed by the ILO with a view to adopting an eventual normative instrument on violence at work and workplace harassment.

In this regard, an analysis is made of the central issues addressed in the Report, which are undoubtedly the most relevant aspects that affect both the definition of the terms of violence and harassment in the workplace and its manifestations, the form of prevent and combat them effectively.

Likewise, the consultation of the specialized bibliography in this area has been of maximum utility in order to establish scientifically based criteria on how to face a sufficiently effective legal framework to combat this type of psychosocial risks at work.

Regarding the contents addressed, the difficulty of finding definitions of violence and harassment at work with universal validity is confirmed. This difficulty represents one of the main challenges to which the possible elaboration of an ILO normative text with a pretension to be applied in all countries may face. Particular difficulty presents the definition of harassment in the work, because in front of the original considerations according to which it was considered that the intimidating behavior must be persistent and continued in time, at present these demands have been significantly attenuated, acquiring greater relevance the severity of the behavior of the harassing subject and the effects produced on the victim.

Likewise, a detailed analysis is made of the different manifestations of violence, as well as of the different modalities that harassment behaviors reflect in the framework of a working relationship: violence at work, gender violence, sexual violence and Sexual harassment, violence and harassment based on sex and gender, domestic violence in relation to work, physical violence and harassment, psychological violence and harassment, as well as the broader concept of psychological risks are all of them object of a specific terminological and conceptual clarification and differentiation.

Another aspect introduced in this essay is to verify the adequate identification of those workers, groups and productive sectors that can be considered as especially exposed to acts and manifestations of violence and harassment. It uses the well-known distinction that differentiates affected subjects because of the horizontal or vertical form of aggressive practices, but also because of their origin, establishing the distinction between internal sources (of the company itself) or external sources (clients, users, etc.). Specifically, it also inquires about the practices of violence and harassment in the formal and informal economy, being in the latter case much more difficult to detect.

Special interest arises from the analysis of the notion of «place of work», in order to determine in which environments violent and harassing manifestations can occur. This notion is object of precision from a broad perspective, in such a way that the place of work can cover all the spaces related to the execution of the work performance derived from the work contract. Therefore, it includes places where, «because of or as a result of work,» those who work may be exposed to violent acts and harassing behaviors. This dimension is extremely important in order to include the protection of workers from violence against acts that occur on the way to work, private or public spaces, as well as the home for domestic workers, including the spaces in which it is carried out remote work or telecommuting.

The results achieved show that violence and harassment at work affect relationships in the workplace, the commitment of workers, health, productivity, the quality of public and private services, and the competitiveness and reputation of companies.

Violence and harassment in the world of work have repercussions on participation in the labor market but, in particular, it has negative effects for women. Definitely, it may prevent women from entering the labor market, especially in masculinized sectors and jobs, or may lead them to leave the labor market.

Among the most important conclusions of this article are the following: first, the difficulties in finding homogeneous notions that allow a common and universal understanding of what behaviors and practices can be considered as forms of violence and harassment at work, how much they affect the dignity of the person; secondly, the need to typify certain aggressive behaviors, especially those that distinguish the different types of harassment; third, the convenience of extending prevention and protection against violence and harassment in areas traditionally excluded from all coverage, such as work in the family home; fourthly, the interest in adequately identifying the subjects who, either because of their personal characteristics or productive circumstances, can be victims especially exposed to violent behavior in the framework of an employment relationship; fifthly, due attention to the impact that violence and harassment at work produce both in the person of the worker –and the consequent need for prevention and protection– and in the company –high direct and indirect costs and decreased productivity–, as well as in the economy in general– loss of competitiveness; Sixth and last, the need to address the specific characteristics of groups of people especially vulnerable to manifestations of violence must be pointed out, especially when this vulnerability is accompanied by other characteristics generally used to carry out discriminatory practices, such as age, sex, race or social origin, education or poverty.

**Keywords:** Violence at work; labour harassment; psychosocial risks; International Labour Organization.

# Beneficios de la promoción de la salud en las organizaciones productivas

# Benefits of health promotion in companies

MARÍA GEA BRUGADA\*

## 1. INTRODUCCIÓN

**H**asta finales del siglo XX, la medicina se ocupó fundamentalmente del diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, lo cual realizó mediante:

- La atención médica asistencial, a través de la creación de centros de salud y nuevos hospitales públicos y privados.
- El desarrollo de la investigación, para mejorar las técnicas de diagnóstico por imagen y de laboratorio, con el objetivo de un diagnóstico más precoz y eficiente.
- El descubrimiento de nuevos medicamentos para tratar enfermedades y el avance en las técnicas quirúrgicas para curar y/o mejorar el pronóstico de las enfermedades.

En las últimas décadas del siglo pasado, la medicina amplió su actividad, ocupándose también de la prevención de las enfermedades. Concretamente en los servicios de medicina del trabajo de las empresas se comenzó

a realizar una medicina preventiva así como actividades de promoción de la salud para mejorar la salud de los empleados, tanto a nivel colectivo como individual: Campañas de prevención del VIH, de factores de riesgo cardiovascular, de prevención del cáncer de mama y colon, etc.

Pero, a pesar de ello:

- De acuerdo con el Dr. Mingote Adán en el año 2003, «la formación que se recibe en facultades y hospitales clínicos está orientada a la lucha contra la enfermedad y no a la mejora de la salud del enfermo como demandan en la actualidad una mayoría de ciudadanos en las sociedades desarrolladas, en las que todavía no se han destinado los suficientes recursos económicos y humanos necesarios para el logro del tan deseable objetivo del Estado de Bienestar».
- La demanda de atención sanitaria continúa creciendo, se están diagnosticando nuevas enfermedades y está aumentando la incidencia de algunas patologías crónicas como la diabetes, obesidad, ciertas neoplasias, así como enfermedades autoinmunes y neurodegenerativas. Enfermedades, sobre las

\* Responsable del Servicio de Salud y Prevención de Riesgos Laborales en General Electric Healthcare.

que en la mayoría, tiene una especial influencia la epigenética. Es decir, podemos prevenirlas mejorando nuestro estilo de vida: alimentación, actividad física y gestión de las emociones.

La promoción de la salud ha sido un factor clave desde nuestros orígenes, llegando a ser tratado por Hipócrates en la antigüedad: «Que tu alimento sea tu medicamento». De igual forma, otro personaje de renombre en la época como Thomas Edison afirmaba: «Los doctores del futuro no darán medicinas, sino que interesarán a sus pacientes en el cuidado del cuerpo, la dieta y la causa y prevención de la enfermedad».

## 2. CONCEPTO E HISTORIA DE LA PROMOCIÓN DE LA SALUD EN ORGANIZACIONES PRODUCTIVAS

La promoción de la salud en las organizaciones productivas es un término nuevo de las últimas décadas, el cual está creciendo y consolidándose cada vez más en los últimos años.

De acuerdo con la OMS y con el Ministerio de Sanidad, la promoción de la salud es «el proceso que permite a las personas incrementar el control de su propia salud para mejorarla». La diferencia con la prevención es que supone un paso más, ya que implica a la propia persona en los procesos necesarios para mejorar su salud y que la evolución de la misma sea óptima. Esto representa un mayor avance en el mantenimiento de la salud y bienestar de los empleados y sus familias, así como un beneficio importante para las empresas.

La empresa es un medio ideal para que el Servicio de Medicina del Trabajo motive e implique al empleado en la mejora de su propia salud y la de su familia.

La primera ley de protección de la salud de los trabajadores fue la «Ley de Salud y Moral de los Aprendices» que se aprobó en 1802, durante la revolución industrial.

En 1914, el Servicio de Salud Pública de Estados Unidos, estableció la Oficina de Sanidad e Higiene Industrial. Y en 1933 quedó aprobada la «Ley de Fábricas», que ha sido la primera ley eficiente en cuanto a la protección del trabajador...

Cuando en 1946 se constituyó la OMS, desde el primer momento, asumió la educación en salud. Pero el nacimiento de la Promoción de la Salud no se produjo hasta los años 80, cuando se propuso como objetivo el que «Las personas de todos los países puedan tener al menos el nivel de salud que les permita trabajar productivamente y participar de forma activa en la vida social de la comunidad en la que viven».

En 1985, la OIT publicó su recomendación 171 y el Convenio de la misma fecha, dedicados a los Servicios de Salud en el Trabajo, hablando de sus funciones y dedicación de los mismos a la protección y mejora de la salud del trabajador.

Al año siguiente, en 1986 se celebró la Conferencia de Ottawa bajo el lema de: «Salud para todos en el año 2000», la cual fue la impulsora y definidora del concepto: «La promoción de la salud consiste en proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma. Entendiendo la salud como fuente de riqueza de la vida cotidiana, como un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales».

En dicha Conferencia se establecieron los 5 principios básicos de la Promoción de la Salud:

- Desarrollo de políticas saludables.
- Creación de entornos favorecedores.
- Refuerzo de la acción comunitaria.
- Desarrollo de las habilidades personales.
- Reorientación de los servicios sanitarios.

Estas líneas de actuación nos han ayudado a mejorar y modificar las condiciones y estilos de vida para obtener resultados eficientes y sostenibles.

En España, los cimientos de la promoción de la salud en los lugares de trabajo, vinieron determinados por dos cosas: la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales y por suponer las empresas un entorno clave y óptimo para la actuación sobre la mejora de la salud de sus empleados. Anteriormente, en 1988, el profesor Piédrola Gil, en su libro de Medicina Preventiva y Salud Pública, ya afirmaba que «El médico del siglo XXI ha de cuidar y prevenir las enfermedades de sus pacientes bajo 4 perspectivas, una de las cuales es la medicina positiva e integral u holística constituida por todos los medios que existen para hacer progresar la salud».

Unos años más tarde, en 1996, se constituyó la Red Europea para la Promoción de la Salud en los Entornos de Trabajo (ENWHP), en el marco del programa comunitario de promoción de la salud. En ella participan, entre otros, el Instituto Nacional de Higiene, Seguridad y Bienestar en el Trabajo (INSHT). Su función es «recoger y distribuir ejemplos de buenas prácticas y métodos de salud en el lugar de trabajo entre todos los países y sectores económicos con vistas a aumentar los conocimientos a nivel europeo sobre metodologías y ejemplos que merecen ser replicados». Esta red resulta de utilidad para todas las personas implicadas en la salud laboral y comprometidas con su objetivo «Trabajadores sanos en empresas saludables».

La ENWHP elaboró en 1997 la Declaración de Luxemburgo, documento consenso en el que se establecían los principios básicos de actuación y el marco de referencia de una buena gestión de salud en el trabajo. La declaración apoya que en la promoción de la salud se incluyan las mejoras en el ambiente de trabajo físico y psicosocial y el desarrollo personal de los trabajadores respecto a su propia salud o a la promoción tradicional de la salud.

El INSHT, como miembro de la ENWHP implementó el proyecto de «Empresas saludables» con los objetivos de:

- Otorgar un reconocimiento a las empresas que destaquen en su trabajo

para la mejora de la salud y bienestar de sus empleados en fomentar una cultura de la salud.

- Compartir e intercambiar experiencias empresariales.

Paralelamente, la «Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo 2015-2020», es el marco de referencia de las políticas públicas en materia de Seguridad y Salud hasta el año 2020. Sus principios son la prevención y colaboración, y sus objetivos, la reducción de los accidentes laborales y enfermedades profesionales mediante la mejora de las condiciones de trabajo. En la actualidad, promueve el desarrollo de políticas que impacten en la población y que promuevan hábitos de vida saludables en el trabajo y en el entorno extra-laboral.

### 3. IMPLEMENTACIÓN DE LA PROMOCIÓN DE LA SALUD EN LAS ORGANIZACIONES

Fue en mayo del 2007, cuando se celebró la 60ª Asamblea Mundial de la Salud, tratando el «Plan de acción Mundial sobre la Salud de los trabajadores 2008-2017» y marcando los 5 objetivos siguientes:

1. Elaborar y aplicar normativas nacionales para proteger y promocionar la salud de los trabajadores.
2. Proteger y promover la salud en el lugar de trabajo.
3. Mejorar el funcionamiento de los Servicios de Salud Ocupacional y el acceso a los mismos.
4. Proporcionar evidencias para fundamentar las medidas y las prácticas.
5. Integrar la salud de los trabajadores en otras políticas.

Uno de los pilares de la promoción de la salud es la «educación para la salud», que consiste en informar y formar a la población en habili-

dades y actitudes para que disfruten de unos hábitos de vida saludables, motivándoles e implicándoles en la evolución de su salud. Para implementarlo tenemos que tener unos objetivos, cumplir unos requisitos, desarrollar un método de implementación y tener en cuenta unas recomendaciones para que sea más eficiente.

Los objetivos prioritarios de la promoción de la salud en las organizaciones son:

- Crear una cultura de salud y bienestar en la empresa, sus empleados y sus familias.
- Mejorar la seguridad y la salud física y emocional de los empleados.
- Alcanzar el compromiso por parte del Comité de Dirección de la Compañía.
- Disminuir la siniestralidad laboral y la incidencia y duración de las ILT por contingencia común.
- Integrar la promoción de la salud en todos los departamentos de la empresa.
- Motivar e implicar a los empleados para encontrarse mejor mediante la implementación de hábitos saludables en su vida.

Los requisitos necesarios para la gestión de una Empresa Saludable y alcanzar estos objetivos, son los siguientes:

- Cumplir con la legislación en PRL y demás requisitos legales en función de las certificaciones OHSAS 18.001 e ISO de que disponga la Empresa y modelo de empresa saludable.
- Identificación de las áreas de mejora en salud. Realizar un estudio de la situación actual y un plan de acción.
- Presentación del plan de acción a la Dirección de la Compañía y aprobación y compromiso por parte de la misma. Asimismo se presentarán los resultados del plan del año anterior si lo hubiere.
- Elaboración de la Política de salud. Esta debe ser firmada por la Dirección y comunicada a todos los empleados.

- Comunicación y participación de los representantes de los trabajadores.
- Dotación de un presupuesto.

Todas las políticas y actividades deben orientarse hacia la identificación y resolución de las áreas de mejora en seguridad, salud física y salud emocional de cada empresa. Entre las más frecuentes y sobre las que se consiguen mejores resultados figuran: los factores de riesgo cardiovascular (Sobrepeso, hipertensión arterial, diabetes...), sedentarismo, gestión de las emociones y seguridad vial.

La empresa es un entorno óptimo para gestionar la promoción de la salud y crear una cultura de salud y bienestar en la misma por comodidad y cercanía para el trabajador. El Servicio de Medicina del Trabajo, integrado en el Servicio de Prevención y liderado por el departamento de Recursos Humanos, es el departamento adecuado para desarrollar la integración de la cultura de salud y bienestar y conseguir lugares de trabajo seguros, productivos y saludables por las siguientes razones: conocimiento y proximidad así como la confianza del propio empleado.

#### 4. RECOMENDACIONES PARA UNA IMPLEMENTACIÓN EFICIENTE

Para lograr una implementación eficiente, es importante llevar a cabo las siguientes recomendaciones:

- Constituir un Comité de Salud, integrado por empleados de diferentes departamentos.
- Disponer o crear un Programa Marco de Salud y/o Bienestar y/o Felicidad, y enmarcar las actividades de promoción de la salud en este programa.
- Medir los resultados para posteriormente poder gestionarlos, porque como decía William Kelvin (1824-1907) «Lo que no se define, no se puede medir. Lo que no se mide, no se puede mejorar».

- Motivar y enamorar a cada empleado en las actividades para mejorar su salud. De este modo irradiará y transmitirá ese sentimiento de cultura de salud y bienestar a su familia y círculo de amigos. Invitar a las familias a las actividades saludables.
- Tomar conciencia de que los resultados son a medio y largo plazo.

De igual manera, esta implementación deberá atravesar una serie de etapas:

- Diagnóstico de la situación a analizar. Identificando y jerarquizando las áreas de mejora.
- Planificación de las actividades en el transcurso de un ejercicio con plazos de ejecución previstos y personas responsables de la misma.
- Ejecución de las actividades previamente diseñadas.
- Revisión del sistema por la dirección para evaluación de los datos obtenidos y propuesta de acciones de mejora.

En la mayoría de los casos, nos enfrentaremos con diferentes circunstancias que pueden dificultar la implementación. La escasa motivación en ocasiones y la necesidad de elegir un momento adecuado para iniciar determinadas campañas, son dos de los más frecuentes. Además, suele conllevar dificultades el compatibilizar la participación en las campañas con la actividad laboral. Por último, un 50% de los participantes en los programas que requieren implicación por parte del empleado, como por ejemplo las campañas de pérdida de peso, vuelven a sus hábitos iniciales a partir de los 8-10 meses de haber finalizado el mismo.

## 5. BENEFICIOS DE LA PROMOCIÓN DE LA SALUD

### 5.1. Para la Dirección

- Incremento en la productividad.
- Disminución del absentismo y del presentismo.

- Mejora en el Clima Laboral.
- Incremento del compromiso y del sentimiento de pertenencia a la Compañía de los empleados.
- Mejora en la imagen social de la Empresa.
- Disminución del coste por salud y seguros.

La Asociación Internacional de la Seguridad Social afirma que los beneficios que pueden esperar las empresas por cada euro invertido en Seguridad y Salud en el trabajo son de 2.2 euros. Por otra parte, los *Datos del informe «Trabajadores sanos en Empresas Saludables». ENWHP* son que por cada Euro invertido en promoción de la salud, se espera un retorno de entre 2,5€ y 4,8€ en absentismo y de 2,3€ a 5,9€ por costes de contingencias comunes.

De igual forma, un empleado fumador cuesta a su empresa unos 2000€/año, debido a la pérdida de productividad (pierden 24 minutos/día de promedio en salir a fumar) y al incremento de absentismo (4 días más de duración de cada baja laboral). *Estudio Fre-map-Pfizer, 2013.*

### 5.2. Para el Empleado

Al tratarse de personas físicas, estos beneficios repercutirán en los siguientes aspectos:

- Beneficios para la salud:
  - Mejora su salud y su bienestar físico: Más energía, agilidad mental, bienestar digestivo...
  - Disminución del riesgo de padecer enfermedades cardiovasculares (+50%), procesos oncológicos y otros.,
  - Percepción de mejora notable en su Salud.
- Beneficios económicos:
  - 300€ de ahorro en 3 meses, fumando 15 cigarrillos/día.

- Ahorro en presupuesto de gimnasios externos, medicamentos y en tiempo para ir médicos.
- Beneficios emocionales:
  - Mejora de la calidad de sueño y el bienestar emocional.
  - Reduce conflictos familiares y a nivel laboral.
  - Desaparece/ se reduce el sentido de culpabilidad.

## 6. PROGRAMAS FUNDAMENTALES EN PROMOCIÓN DE LA SALUD EN EL TRABAJO

La empresa es el lugar óptimo para promocionar y mejorar la salud a nivel colectivo e individual. Esto se debe, entre otros, a la cantidad de tiempo que las personas pasan en las instalaciones de su Compañía, así como a la cercanía y disposición del Servicio de Medicina del Trabajo y/o Servicio de Prevención de Riesgos Laborales. Estos servicios serán los responsables del análisis de salud individualizado, con el objetivo de identificar y mejorar los factores de riesgo que sean modificables, es decir, la epigenética.

Para llevar a término algunos de los programas, el Servicio de Prevención podrá apoyarse en el Servicio de prevención Ajeno o en otros proveedores de salud de salud física y emocional como médicos especialistas, graduados en educación física, enfermeras, psicólogos, nutricionistas, etc.

La salud viene determinada por factores modificables y no modificables. Mientras que sobre la edad, el sexo, la genética o el tipo de parto que hemos tenido, no podemos intervenir, la actuación en materia de promoción de la salud se centrará sobre los factores modificables, que son: la nutrición, el estrés y las emociones, la actividad física, el sueño, la hidratación y el consumo de alcohol/tabaco/

drogas y medicamentos, que son sobre los que podemos obtener buenos resultados y un empoderamiento de su salud de los propios empleados.

En el caso de la nutrición se disponen de evidencias de resultados muy favorables en determinados estudios: Estudio Suvimax (2009), Estudio Predimed (2013), y es de destacar el caso de Finlandia que después de haber implementado unas medidas dietéticas universales en su población durante 25 años, consiguió una disminución del 75 % en la mortalidad cardio y cerebro vascular, y del 65% por cáncer.

Los programas deben de abordar la salud física, emocional y psicosocial y los más frecuentes e importantes suelen ser:

- Programas para la mejora y el mantenimiento de la salud y bienestar físico:
  - Gimnasio o sala de actividad física en la propia empresa, organización de actividades y campeonatos deportivos, subvención de costes de gimnasios o clubs deportivos, promocionar la actividad física en el puesto de trabajo motivando para subir escaleras en lugar del ascensor.
  - Programa de nutrición saludable y pérdida de peso: Información colectiva e individualizada sobre alimentación sana, consultas iniciales y de seguimiento personalizadas con dietas individuales, talleres de cocina saludable, productos saludables en las máquinas de vending así como en los caterings de la empresa, fruta gratuita.
  - Deshabitación Tabáquica: charlas informativas colectivas, consultas iniciales y de seguimiento y tratamientos individualizados en el Servicio del Medicina del Trabajo.
  - Otros programas de cuidado de la salud: seguro médico, detección precoz del cáncer de colon, de mama, próstata,

de osteoporosis/osteopenia, de prevención y detección precoz del glaucoma y/o otras patologías oculares, seguimientos y tratamiento de las hiperlipemias, diabetes, hipertensión arterial, de patología bucodental, etc.

- Programas para la mejora de la salud y bienestar emocional, que suelen contemplar:

- Evaluación de los riesgos psicosociales.
- Formación en técnicas de reducción del estrés: Mindfulness, relajación, yoga, gestión de las emociones.
- Celebración de día de la Felicidad, del Bienestar...

- Programas de conciliación del trabajo y vida familiar: flexibilidad horaria, tickets guardería, programas de ayuda al empleado (asistencia domiciliaria).

## 7. RECONOCIMIENTO Y CERTIFICACIÓN COMO BUENAS PRÁCTICAS EN PROMOCIÓN DE LA SALUD

Una vez implementado el sistema de gestión para la mejora de la salud y evaluadas las actividades del programa de Promoción de la Salud, se puede optar al reconocimiento de buenas Prácticas por parte del INHSBT o bien a la certificación por una entidad certificadora.

Para obtener el Reconocimiento por Buena Práctica por parte del INHSBT o la certificación como empresa saludable los requisitos son los siguientes:

- **Reconocimiento por parte del Instituto Nacional de Higiene y Seguridad y Bienestar en el Trabajo.** Para ello se requieren las siguientes acciones:

- Adherirse al proyecto de «Red Española de Empresas Saludables» mediante

la Adhesión a la declaración de Luxemburgo.

- Autoevaluación del nivel de calidad en promoción de la salud, cumplimentando los cuestionarios en el portal del INHSBT. Si la puntuación es superior al 75%, proceder a solicitud de reconocimiento de «Buena Práctica»
- Es necesario disponer de una historia de actividades saludables de al menos 2 años.

- **Certificación por entidad certificadora.** Se requiere cumplir con los requisitos mencionados en el apartado 3 de este documento. Hasta la actualidad no se requiere historia prolongada de actividades saludables en la empresa ni medición de resultados. Supone 2 jornadas de auditor aproximadamente.

## 8. CASO PRÁCTICO

Vamos a exponer el caso práctico de una empresa multinacional del campo de la salud, en la que ayudamos a los médicos a progresar y mejorar en el diagnóstico de enfermedades y trabajamos para mejorar la salud y calidad de vida de las personas.

Somos unos 500 empleados aproximadamente ubicados en diferentes ciudades de nuestra geografía. El 70% de ellos tiene entre 35 y 55 años. Un 70% son hombres y un 30% mujeres. Los empleados son lo más valioso para la compañía.

**Nuestro compromiso:** Crear y mantener una cultura de salud y bienestar en la Empresa, entre sus empleados y sus familias.

Comenzamos a realizar promoción de la salud a últimos de los años ochenta con mucha ilusión y continuamos en la actualidad.

Los programas son liderados por el departamento de Recursos Humanos, desarrollados por el Servicio de Prevención de Riesgos Labo-

rales, con el soporte incondicional del Comité de Dirección y la inestimable participación de los empleados, sin todo lo cual no hubiera sido posible este proyecto.

Hemos contado con la colaboración honoraria de: Ibermutuamur, Cualtis, Sanitas, MD Anderson Center, Dr. Carlos Mingote Adán y Sofromed. Y creamos alianzas con nuestros clientes y proveedores.

Desde el principio y hasta la actualidad (1986-2017), dividiremos el desarrollo de nuestras actividades en Promoción de la Salud en tres etapas:

- **1ª) 1986-2004**

El Servicio de Medicina del Trabajo, que reporta al departamento de Recursos Humanos, realizaba las siguientes actividades:

- **Reconocimientos Médicos** iniciales y periódicos y seguimiento de las patologías encontradas.
- **Medicina asistencial** a la enfermedad común y a los accidentes no laborales y a los accidentes de trabajo, investigando todos ellos.
- **Medicina Preventiva** mediante campañas divulgativas, de educación sanitaria colectiva e individual y consultas médicas personalizadas: prevención, detección precoz y seguimiento de las enfermedades crónicas y factores de riesgo cardiovascular: hipercolesterolemia, obesidad y control de peso, hipertensión, hiperuricemia, cáncer de mama, trastornos musculoesqueléticos y osteoporosis. Y de enfermedades infecciosas como la gripe, tétanos, hepatitis B y SIDA, con campañas de vacunación cuando procedía...
- **Formaciones** en: emergencias, extinción de incendios y 1º auxilios, radiaciones ionizantes, riesgo biológico y riesgo eléctrico.
- **Reuniones del Comité de Higiene y Seguridad**, que a raíz de la publica-

ción de la ley 31/1995 de 8 de noviembre, fueron sustituidos por el **Comité de Seguridad y Salud**. En ellos se proponían y revisaban todas las áreas anteriores.

- **Constitución del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales y Auditoría Externa Reglamentaria** de Prevención de Riesgos (2003).

- **2ª) 2005-2009**

- Mantenimiento del Servicio de Prevención de Riesgos, de las actividades anteriores. y.
- Programa corporativo de Salud y Bienestar **Health by numbers**: Realizamos Campañas y formación a los empleados sobre el reto a conseguir, 0-5-10-25 (0 cigarrillos, 5 raciones de fruta/verduras por día, 10.000 pasos, 25 de IMC), así como consultas personalizadas en estas áreas: Deshabitación tabáquica, alimentación sana, actividad física y peso saludable. Estas campañas las llevábamos a cabo en formato de **Semanas y Trimestres Saludables**, con diferentes actividades.
- **Formación presencial en gestión del estrés.**
- **Certificación OHSAS 18.001** en el 2007.

- **3ª) 2010-2017**

Continuamos abordando la salud desde el punto de vista físico, emocional y social. Diferenciamos tres tipos de programas:

**a) Programas de conciliación del trabajo y vida familiar:** flexibilidad horaria, tickets guardería, programas de ayuda al empleado (asistencia domiciliaria).

**b) Plan de Seguridad Vial.** Iniciado en el año 2013. Las fases del plan que hemos realizado son:

1. **Diagnóstico**, que se realizó mediante análisis y coste económico de la siniestralidad y evaluación del Riesgo de los conductores de la compañía. (81% de participación).
2. **Planificación** incluyendo Adaptación del Plan a la Política y Normas de la empresa.
3. **Formación** teórico-práctica dirigida a:
  - Empleados: riesgos de los distractores, técnicas de Eco conducción, comportamiento del vehículo en situaciones límite en circuito y técnicas para conducción más segura y eficiente.
  - Directivos: formación en liderazgo en seguridad vial y sensibilización sobre su función en la seguridad de la conducción de sus equipos.
4. **Seguimiento** mediante la creación de un comité de seguridad vial, definición de indicadores, y reuniones de seguimiento.

En el año 2016 se obtuvo la **certificación en la norma ISO 39.001 de Seguridad Vial**.

**c) Programas para la mejora y el mantenimiento de la salud** y bienestar físico, emocional y psicosocial.

Para ello, desarrollamos una iniciativa corporativa para promoción de la salud, **el Programa HealthAhead**, estando certificados en el mismo. Consta de 8 elementos: 1. Liderazgo en salud. 2. Prevención y screening. 3. Nutrición saludable. 4. Deshabitación tabáquica. 5. Actividad física. 6. Gestión del estrés. 7. Absentismo. 8. Espacio cardioprotectado: Emergencias y primeros auxilios.

Las actividades de este programa son gratuitas para los empleados y se realizan en la propia oficina, dentro de la jornada laboral. La mayoría de ellas se ofrece a todos los em-

pleados de Madrid y a sus familias y la mayor parte de las veces también a las delegaciones.

Las actividades realizadas en los diferentes elementos son las siguientes:

- **Elemento 1: Liderazgo.** El líder de este programa es el director de Recursos Humanos quien ha firmado una carta de compromiso con la salud de los empleados de la Compañía.

- **Elemento 2. Prevención y screening.** En este elemento hemos incluido una serie de Talleres / Actividades y recomendaciones, entre los que se encuentran los siguientes:

- Salud ocular y: Detección precoz y prevención del glaucoma mediante consultas personalizadas con exploración ocular y determinación de tensión ocular. Anual. Se la realizan más de 70 empleados cada año.
- Osteoporosis: Detección precoz y prevención, mediante la realización de presentaciones de educación en salud, densitometrías de screening y dexa si procede, y consultas personalizadas. Bienal. Se la realizan casi 40 personas/año.
- Salud bucodental.– Se realizan consultas individualizadas a todos los empleados inscritos con el objetivo de hacer una detección precoz de todo tipo de patologías orales y de forma especial la más frecuente que es la enfermedad periodontal, la cual multiplica por 6 el riesgo de enfermedad cardiovascular, así como eleva el riesgo de cáncer de páncreas y de pulmón. Bienal.
- Salud Intestinal: Se ha ofrecido también a todos los empleados para mejorar su microbiota y de este modo, mejorar su sistema inmune así como su bienestar y la concentración, atención y memoria. Anual. Se la han realizado más de 200 personas entre empleados y familia.
- Prevención del cáncer de piel y protección solar. Se realiza educación sa-

nitaria presencial y consultas individualizadas por médico especialista en dermatología. Anual. Participan unas 40 personas.

- Cáncer de Próstata y Testículos: Detección Precoz y Tratamiento.
- Cáncer de mama. Celebramos el «Breast Cáncer Awareness month» con educación sanitaria por médicos especialistas y la participación de más de 100 empleados cada año en el lazo rosa humano. Anual.
- ¿Quieres mantener en forma tu cerebro? Con charlas presenciales de educación sanitaria y recomendaciones para mejorar la atención, concentración y memoria y optimizar su rendimiento.
- Síndrome postvacacional. Realizamos presentaciones y correos con recomendaciones.
- Campañas de vacunación: Tétanos, hepatitis B, gripe y VPH.

▪ **Elemento 3. Nutrición saludable.**

Realizamos las actividades siguientes:

- Campañas anuales de peso saludable desde los últimos años 80. Realiza-

mos comunicación a los empleados y posteriormente consultas personalizadas iniciales con historia clínica nutricional (Fig. 1) y de seguimiento por médico especialista. Se inscriben unas 30 personas y pierden unos 150kg aproximadamente cada año entre todos, con un promedio de 5kg por empleado inscrito.

- Salud Intestinal: Consultas personalizadas para el diagnóstico y mejora del ecosistema intestinal. Más de 150 participantes desde mayo 2014. 98% de satisfacción.
- Efecto de la suplementación con ácidos grasos omega 3 sobre factores de inflamación. Se inscribieron 27 empleados.
- Educación sanitaria presencial colectiva e individualizada en alimentación sana.
- Concursos de comida saludable.
- 10 reglas de oro para una nutrición adecuada.
- Compromiso de comida saludable en los caterings corporativos
- Máquinas de vending con descuento en lo productos saludables.

FIGURA 1

<p>GE Healthcare</p> 	<p><b>Servicio de Prevención</b></p>	<p><b>17/05/2011</b> <b>Rev. 00</b></p>
	<p><b>HealthAhead</b></p> <p><b>NUTRICION. Elemento 3</b></p>	

<p><b>DATOS PERSONALES</b></p>
<p>-Fecha: -</p> <p>-Nombre y Apellidos: Teléfono:</p> <p>-Edad: Tipo de parto y lactancia</p> <p>-Entidad: Puesto de Trabajo:</p>
<p><b>HISTORIA CLINICA:</b></p>
<p>-Antecedentes personales:</p> <p>-Actividad física:</p> <p>-Hábitos tóxicos:</p> <p>-Motivo de consulta:</p>
<p><b>ANALISIS DE SANGRE Y ORINA</b></p>
<p>-Parámetros Normales: Normal</p> <p>-Parámetros Alterados:</p>
<p><b>OTRAS PRUEBAS COMPLEMENTARIAS.</b></p>
<p><b>EXPLORACION:</b></p>
<p>-Peso: -Talla: -IMC -T.A:</p> <p>-P. Cintura: Abdomen.</p> <p>-Cadera: -Cintura/ cadera:</p>
<p><b>OBJETIVOS:</b></p>
<p>1ª Objetivo IMC:</p> <p>Objetivo final: IMC:</p>
<p><b>TRATAMIENTO:</b></p>
<p></p>

<p>GE Healthcare</p> 	<p><b>Servicio de Prevención</b></p>	<p><b>17/05/2011</b> Rev. 00</p>			
	<p><b>HealthAhead</b></p> <p>NUTRICION. Elemento 3</p>				
<p><b>CONSULTAS SUCESIVAS:</b></p>					
<p><b>2ª Consulta:</b> Fecha:</p>					
<p>Evolución:</p>					
-Peso:	-P. Cintura:	-Abdomen:	-Cadera:	-IMC:	-T.A:
<p>Tratamiento:</p>					
<p><b>3ª Consulta:</b> Fecha:</p>					
<p>Evolución:</p>					
-Peso:	-P. Cintura:	-Abdomen:	-Cadera:	-IMC:	-T.A:
<p>Tratamiento:</p>					
<p><b>4ª Consulta:</b> Fecha:</p>					
<p>Evolución:</p>					
-Peso:	-P. Cintura:	-Abdomen:	-Cadera:	-IMC:	-T.A:
<p>Tratamiento:</p>					
<p><b>5ª Consulta:</b> Fecha:</p>					
<p>Evolución:</p>					
-Peso:	-P. Cintura:	-Abdomen:	-Cadera:	-IMC:	-T.A:
<p>Tratamiento:</p>					
<p><b>6ª Consulta:</b> Fecha:</p>					
<p>Evolución:</p>					
-Peso:	-P. Cintura:	-Abdomen:	-Cadera:	-IMC:	-T.A:
<p>Tratamiento:</p>					
<p><b>7ª Consulta:</b> Fecha:</p>					
<p>Evolución:</p>					
-Peso:	-P. Cintura:	-Abdomen:	-Cadera:	-IMC:	-T.A:
<p>Tratamiento:</p>					
<p><b>8ª Consulta:</b> Fecha:</p>					
<p>Evolución:</p>					
-Peso:	-P. Cintura:	-Abdomen:	-Cadera:	-IMC:	-T.A:
<p>Tratamiento:</p>					
<p><b>CONCLUSIONES FINALES:</b></p>					

FIGURA 2

	<b>Servicio de Prevención</b>	<b>03/01/2012</b> <b>Rev. 01</b>
	<b>HealthAhead</b> <b>TABACO. Elemento 4</b>	

<b>DATOS PERSONALES</b>		
<b>- Fecha:</b>		
Nombre y apellidos:	- Teléfono:	
<b>- Fecha nacimiento:</b>		
- Entidad:	Puesto de trabajo:	
<b>HISTORIA TABAQUICA:</b>		
<b>- AP.-</b>		
- Edad de Comienzo:	- Años fumando:	
- N° de cigarrillos/ día: -N° paquetes/año:		
- N° de veces que lo ha dejado:		
- Duración de la abstinencia en cada ocasión.:		
- N° de veces que ha retomado el tabaco:		
- Motivos por los que retoma el tabaco:		
- Situación actual: -N° cigarrillos/día:		
-N° paquetes/ año:		Día elegido:
- Fase para dejar de fumar:	inicial	
<b>Test</b>		
- ¿Cuánto tiempo pasa entre que te levantas y te fumas tu primer cigarrillo?		
Hasta 5 minutos.		3 puntos
De 6 a 30 minutos.		2 puntos
De 31 a 60 minutos.		1 punto
Más de 60 minutos.		0 puntos
- ¿Encuentra difícil no fumar en lugares donde está prohibido?		
Sí.		1 punto
No.		0 puntos
- ¿Qué cigarrillo te costaría más dejar de fumar?		
El primero de la mañana.		1 punto
Cualquier otro.		0 puntos
- ¿Cuántos cigarrillos fumas al día?		
Más de 30 cigarrillos.		3 puntos
Entre 21 y 30.		2 puntos
Entre 11 y 20.		1 punto
Menos de 10.		0 puntos
-¿Fumas más durante las primeras horas después de levantarte?		
Sí.		1 punto
No.		0 puntos.
-¿Fumas aunque estés tan enfermo que tengas que estar en la cama?		
Sí.		1 punto
No.		0 puntos

Dra. Maria Gea Brugada

	<b>Servicio de Prevención</b>	<b>03/01/2012</b> <b>Rev. 01</b>
	<b>HealthAhead</b>	
TABACO. Elemento 4		

Puntuación	Grado de Dependencia
0 a 2 puntos	Ninguna dependencia
3 a 4 puntos	Dependencia débil
5 puntos	Dependencia media
6 a 7 puntos	Dependencia fuerte
8 a 10 puntos	Dependencia muy fuerte
<b>DATOS ADICIONALES:</b>	
- Factores de Riesgo CV:	
<b>-1ª Consulta:</b> Fecha: _____ CO inicial: _____ - Peso: _____ Talla: _____ I.M.C. _____ T.A: _____ Otros: _____ - Tratamiento: _____	
<b>- 2ª Consulta:</b> Fecha _____ CO: _____ - Peso: _____ IMC _____ T.A: _____ S. Abstinencia: _____ Otros: _____ - Tratamiento: _____	
<b>- 3ª Consulta:</b> Fecha _____ CO: _____ - Peso: _____ IMC _____ T.A: _____ S. Abstinencia: _____ Otros: _____ - Tratamiento: _____	
<b>- 4ª Consulta:</b> Fecha _____ CO: _____ - Peso: _____ IMC _____ T.A: _____ S. Abstinencia: _____ Otros: _____ - Tratamiento: _____	
<b>- 5ª Consulta:</b> Fecha _____ CO: _____ - Peso: _____ IMC _____ T.A: _____ S. Abstinencia: _____ Otros: _____ -- Tratamiento: _____	
<b>- 6ª Consulta:</b> Fecha _____ CO: _____ - Peso: _____ IMC _____ T.A: _____ S. Abstinencia: _____ Otros: _____ -- Tratamiento: _____	
<b>- 7ª Consulta:</b> Fecha _____ CO: _____ - Peso: _____ IMC _____ T.A: _____ S. Abstinencia: _____ Otros: _____ -- Tratamiento: _____	
<b>Tasa de CO2</b>	
21-50+ ppm	Gran fumador
9-20 ppm	Fumador moderado
0-8 ppm	No fumador

Dra. Maria Gea Brugada

▪ **Elemento 4. Deshabituación Tabáquica.** Campaña anual. Se ha realizado: comunicación de la campaña por email a los empleados, consultas médicas iniciales con historia clínica tabáquica (Fig. 2) y consultas periódicas de seguimiento y de soporte para no ganar peso, y suplementación si procede. Comenzamos a evaluar resultados a partir del **año 2010**.

**Los resultados** los podemos objetivar en la Tabla 1 y son los siguientes:

**TABLA 1**

Año	3 m.	6 m	1 año	18 m	2 años	3 años	4 años	5 años
<b>2011</b> 47 p.	82,97%	65,95%	48,93%	44,68%	27,65%	25,53%	23,40%	19,15%
<b>2012</b> 11 p.	63,63%	63,63%	54,54%	54,54%	54,54%	54,54%	27,27%	
<b>2013</b> 7p.	71,42%	71,42%	42,85%	28,57%	28,57%	28,57%		
<b>2014</b> 11 p.	90,90%	54,54%	45,45%	45,45%	45,45%			
<b>2015</b> 7p.	71,42%	28,57%	14,28%					
<b>Total</b>	<b>80,48%</b>	<b>59,75%</b>	<b>45,12%</b>	<b>45,33%</b>	<b>33,33%</b>	<b>30,76%</b>	<b>24,13%</b>	<b>19,15%</b>

▪ **Elemento 5: Actividad física.** Se han realizado las siguientes actividades:

- **Creación de Sala Wellness.** Ideada y creada por la Dirección para la promoción de la actividad física en la Compañía. En ella se imparten más de 300 clases de Pilates y entrenamiento funcional /año por monitor especializado y subvencionadas en su práctica totalidad por la Dirección. La sala está a disposición de los empleados durante toda la jornada laboral.
- **Company Sports**, con la constitución, por los propios empleados, de equipos de fútbol, ciclismo, golf, baloncesto, padle, etc.
- **Reembolso del importe de Gimnasio externo**, hasta 245 euros/año.

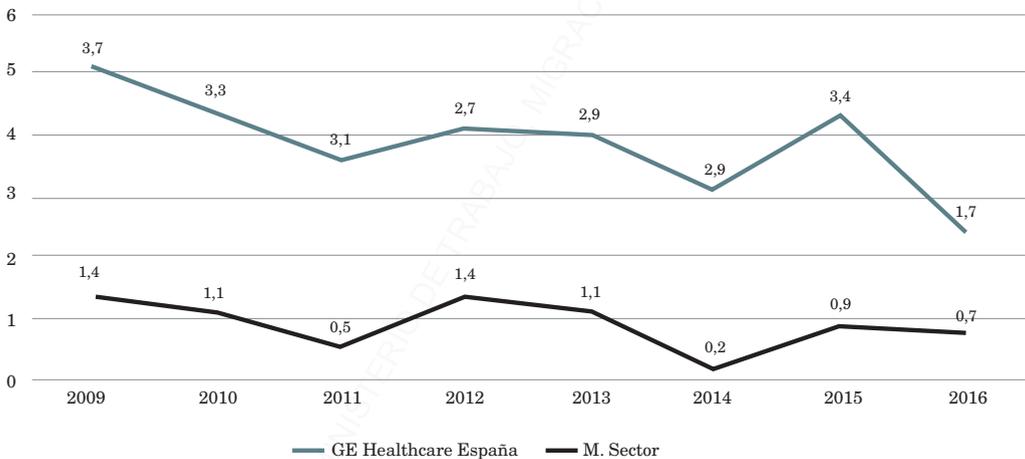
- La abstinencia permanente fue: 59,75% a los 6 meses. 45,33% a los 18m y 19,15% a los 5 años (Tabla 1).
- El 75% mantuvieron o disminuyeron peso durante los 6 primeros meses.
- El beneficio total para la Compañía ha sido 188.000€

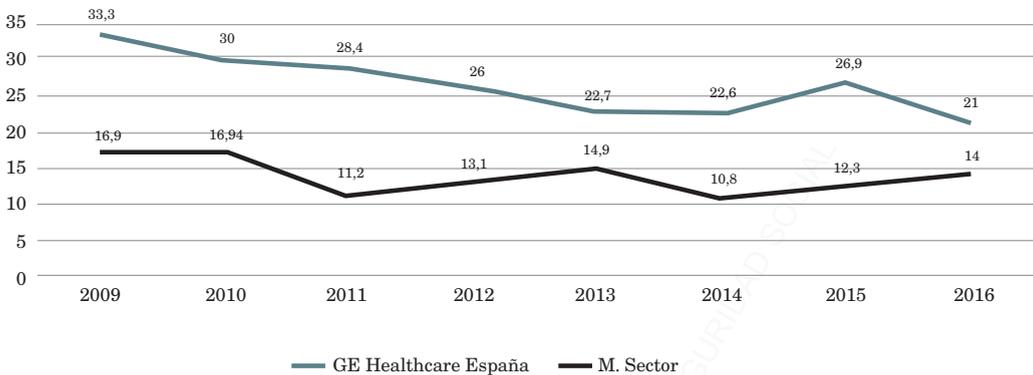
Todas las Actividades son financiadas por la Compañía y se pueden realizar dentro y fuera de horario laboral.

- **Elemento 6: Gestión del estrés y las emociones.** Las actividades realizadas han sido las siguientes:
- **Consulta y comunicación a los DP** y empleados sobre las acciones programadas para su bienestar, previa aprobación por la Dirección.
- **Diagnóstico e identificación del nivel de Riesgo de estrés:** Colectivo (Evaluación de Riesgos Psicosociales), e individualizado (.Historia clínica y manifestaciones clínicas de estrés, valoración de neuromediadores).
- **Prevención y tratamiento del estrés**, mediante:

- Formación en: Liderazgo y estrategia de aliados a la Dirección, Gestión del estrés y las emociones, Sofrología y alto rendimiento personal, Cómo mejorar tu salud cerebral.
- Asesoramiento psicológico telefónico gratuito.
- Tratamiento individualizado con micronutrientes.
- Política de Resolución de Conflictos.
- Sesiones de fisioterapia y osteopatía en la oficina y en horario laboral.
- Sesiones de Reiki, Chikung y Mindfulness.
- MeQuilibrium. Mejora tu capacidad de adaptación al estrés. Herramienta corporativa.
- **Elemento 7. Seguimiento del absentismo.** Los índices de absentismo de la Compañía son de 1/3 con respecto al resto de las empresas del sector, tanto por contingencia común, como por contingencia profesional.

**FIGURA 3. ÍNDICES DE INCIDENCIA DE BAJAS POR CP**



**FIGURA 4. ÍNDICES DE INCIDENCIA DE BAJAS POR CC**

▪ **Elemento 8. Espacio cardioprotectado.** Disponemos de desfibrilador externo semiautomático desde el 2009 y un equipo de 1º auxilios entrenado anualmente en el mismo desde el 2009.

#### Resultados del caso práctico 2010-2016:

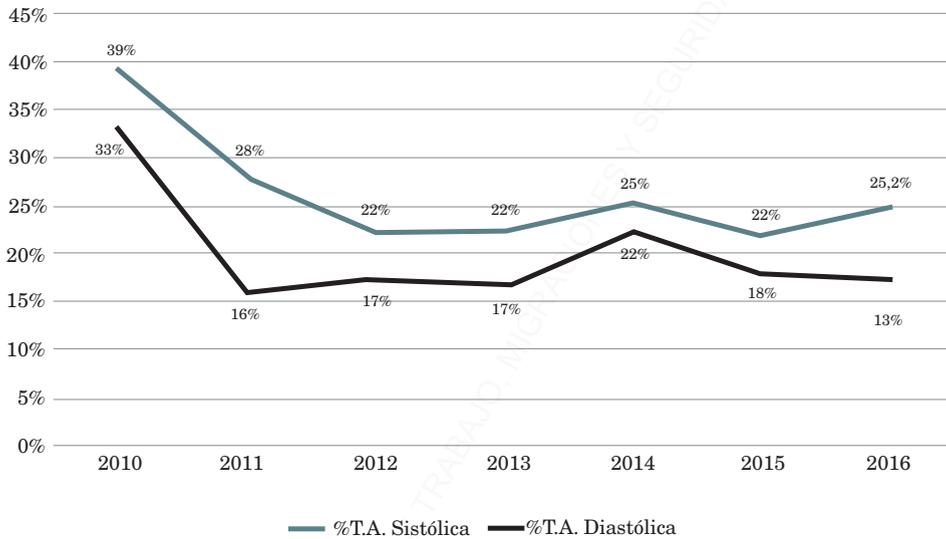
- Logros en promoción de la **salud y seguridad**:
  - Disminución del 30% en el nº de hipertensos (Fig. 5).
  - Disminución del 30% en personas con hipercolesterolemia (Fig. 6).
  - Disminución del 60% en el nº de diabéticos/hiperglucemias (Fig. 7)
  - 30% respecto al sector en índice de incidencia por CP (Fig. 3).
  - 50% respecto al sector en índice de incidencia por CC (Fig. 4).

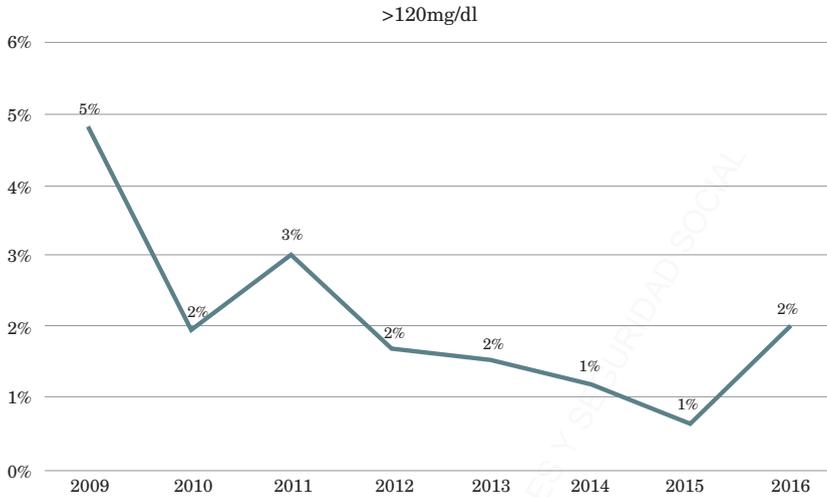
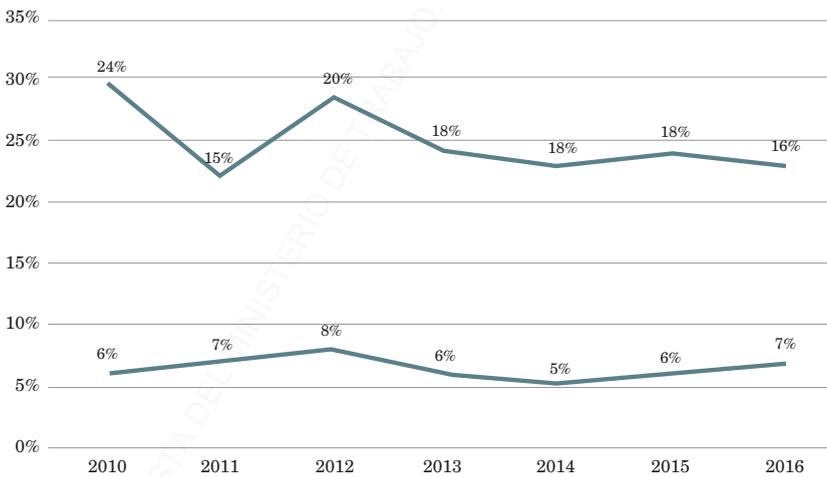
– La compañía ha sido reconocida como una de las 50 mejores empresas para trabajar, por *Great Place to Work*.

- Logros **económicos y certificaciones**:
  - Auditorías voluntarias y Legales en Prevención de Riesgos Laborales, satisfactorias.
  - Certificación OHSAS 18001 de Salud y Seguridad en el Trabajo, satisfactoria. 2007 –.
  - Certificación ISO 39001 en Seguridad Vial. Satisfactoria. Diciembre 2016 –.
  - Reconocimiento en buenas prácticas en promoción de la salud, por el INS-HT. Mayo 2017 –.
  - Auditoría del Consejo de Seguridad Nuclear. Satisfactoria.
  - Inspecciones del Consejo de Seguridad Nuclear. Satisfactoria.

- Inspecciones de Trabajo. Ok y sin sanciones.
- REA (Certificado de Empresas Acreditadas en Obra).
- Autorización por la CAM, del Servicio de Medicina del Trabajo,
- Obtención bonus (R.D 404/2010). 2012 –.
- Bonificación por la Fundación Tripartita de las Formaciones en Salud y Seguridad.
- 6.708 horas ahorradas en 2016 debido a las 1677 visitas médicas y de enfermería. Ello supone el salario promedio de 4 empleados.

**FIGURA 5. EVOLUCIÓN DE LA TENSIÓN ARTERIAL**



**FIGURA 6. EVOLUCIÓN DEL COLESTEROL Y TRIGLICÉRIDOS****FIGURA 7. EVOLUCIÓN DE LA GLUCEMIA**

## 9. CONCLUSIONES

La promoción de la salud fue introducida por la OMS en los últimos decenios del siglo XX y se ha consolidado tanto a nivel de salud pública como en el entorno laboral para conseguir un mayor bienestar y protección del trabajador.

Las Empresas suponen un medio óptimo para el desarrollo de la promoción de la salud y el bienestar entre sus empleados, debido a la cercanía, comodidad y confianza por parte del empleado, por lo que la promoción de la salud encuentra en el medio laboral un medio idóneo para su difusión.

La implementación de las actividades de promoción de la salud se traduce en beneficios económicos y para la salud física, emocional, social. Mejora la productividad, el clima laboral y el absentismo, tanto para la Dirección como para el empleado.

Para desarrollar la promoción de la salud es fundamental:

- Disponer de una política de salud y comunicarla a los empleados.
- Un elevado compromiso de la Dirección de la Empresa y del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales.
- Comunicación, participación e implicación de los empleados en las actividades que realiza la Empresa para mejorar su salud y bienestar.
- Desarrollar un plan de acción y presentarlo a la Dirección anualmente junto con los resultados del año anterior.
- Medir los resultados y determinar indicadores para gestionarlo y mejorarlos constantemente.

El Instituto Nacional de Higiene, Seguridad y Bienestar en el Trabajo está realizando una gran labor como parte integrante de la ENWHP compartiendo experiencias entre

empresas y desarrollando el reconocimiento como Empresas Saludables.

Con los datos que nos proporcionan los estudios acerca de los beneficios humanos y económicos que conlleva la promoción de la salud en la empresa, podemos afirmar, que esta seguirá evolucionando hasta implementarse e integrarse en todo el ámbito de organizaciones productivas.

## BIBLIOGRAFÍA

- 60ª Asamblea Mundial de la Salud. Ginebra, Mayo 2007.
- CARRILLO PULIDO, M. «Mindfulness sencillamente» 2014.
- Conferencia de Ottawa para la Promoción de la Salud. Ginebra 1986.
- Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y modelos de la OMS.
- ESTRUCH, R., ROS, E., SALAS-SALVADO, J. «Primary Prevention of Cardiovascular Disease with a Mediterranean Diet» *N Engl. J Med* 2013;368:1279-1290.
- Ley 31/95 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.
- Instituto Nacional de Higiene y Seguridad en el Trabajo y Bienestar. Portal para la Promoción de Salud en el Trabajo.
- Enciclopedia de seguridad y salud en el trabajo. Volumen 3. Ed. Mº de Trabajo y Seguridad Social. Madrid 1989.
- GEA BRUGADA, M. «Deshabitación Tabáquica en el Medio Laboral». Ponencia en XV Jornadas Sociedad Española de Especialistas en Tabaquismo. Madrid, 24 septiembre 2016.
- GEA BRUGADA, M. «Experiencia y Buenas Prácticas en Seguridad Vial en las Empresas». 2ª Jornada ARVAL de Seguridad Vial & Seminario Internacional Praise. Madrid, 5 de octubre 2017.
- GEA BRUGADA, M. «La gestión del estrés y los riesgos psicosociales en la Empresa» Jornada Gestión del estrés. Entornos de Trabajo Saludables. Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Madrid. 29 de abril 2014.
- GIL LÓPEZ, G. GEA BRUGADA, M. «Nutrición Saludable en el Medio Laboral: Aplicación Práctica». Ponencia en el V Congreso Internacional de Salud Laboral y Prevención de Riesgos.» Avances en las Estrategias Preventivas». Madrid, 10 junio 2017.

- JIMÉNEZ GUTIÉRREZ, A. GARCÍA LÓPEZ, O. Actividad Física y Ejercicio, una inversión segura. Ed. Universidad Europea de Madrid y Sanitas. Madrid, 2011.
- MINGOTE ADÁN, JC. Satisfacción, estrés laboral y calidad de vida del médico. Real Academia de Medicina del Principado de Asturias. Oviedo 2003.
- PIÉDROLA GIL, G. DOMINGUEZ CARMONA, M. CORTINA GREUS, P. Medicina Preventiva y Salud Pública. 8ª edición. Ed. Salvat. Barcelona 1989.
- RESCALVO SANTIAGO, F. Medicina del trabajo. Tomo I. Ed. P y CH& Asociados. Madrid 2000.
- ROMÁN GARCÍA, J., GELPI MENDEZ, J.A., CANO VINDEL, A. « Cómo combatir el estrés laboral» Ed. Arteanima SL. Madrid 2009.
- SANZ-GALLÉN, P; IZQUIERDO, J. PRAT MARÍN, A. Manual de Salud Laboral. Ed. Springer-Verlag Ibérica, SA. Barcelona 1995.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**RESUMEN**

En las últimas décadas del siglo pasado, la medicina amplió su actividad, ocupándose también de la prevención de las enfermedades, además del diagnóstico y tratamiento. Concretamente en los servicios de medicina del trabajo de las empresas se comenzó a realizar una medicina preventiva así como actividades de promoción de la salud para mejorar la salud de los empleados, tanto a nivel colectivo como individual: Campañas de prevención del VIH, de factores de riesgo cardiovascular, de prevención del cáncer de mama y colon, etc.

La promoción de la salud ha sido un factor clave desde nuestros orígenes. Este es un término nuevo, el cual está creciendo y consolidándose cada vez más en las últimas décadas. De acuerdo con la OMS y con el Ministerio de Sanidad, la promoción de la salud es «el proceso que permite a las personas incrementar el control de su propia salud para mejorarla». La diferencia con la prevención es que supone un paso más, ya que implica a la propia persona en los procesos necesarios para mejorar su salud y que la evolución de la misma sea óptima. Esto representa un mayor avance en el mantenimiento de la salud y bienestar de los empleados y sus familias, así como un beneficio importante para las empresas.

En 1996, se constituyó la Red Europea para la Promoción de la Salud en los Entornos de Trabajo (ENWHP), en el marco del programa comunitario de promoción de la salud. En ella participan, entre otros, el Instituto Nacional de Higiene, Seguridad y Bienestar en el Trabajo (INSHT). Su función es «recoger y distribuir ejemplos de buenas prácticas y métodos de salud en el lugar de trabajo entre todos los países y sectores económicos con vistas a aumentar los conocimientos a nivel europeo sobre metodologías y ejemplos que merecen ser replicados».

La ENWHP elaboró en 1997 la Declaración de Luxemburgo, documento consenso en el que se establecían los principios básicos de actuación y el marco de referencia de una buena gestión de salud en el trabajo.

En mayo del 2007, cuando se celebró la 60ª Asamblea Mundial de la Salud, tratando el «Plan de acción Mundial sobre la Salud de los trabajadores 2008-2017» y marcando los 5 objetivos siguientes:

1. Elaborar y aplicar normativas nacionales para proteger y promocionar la salud de los trabajadores.
2. Proteger y promover la salud en el lugar de trabajo.
3. Mejorar el funcionamiento de los Servicios de Salud Ocupacional y el acceso a los mismos.
4. Proporcionar evidencias para fundamentar las medidas y las prácticas.
5. Integrar la salud de los trabajadores en otras políticas.

La empresa es un medio ideal para que el Servicio de Medicina del Trabajo motive e implique al empleado en la mejora de su propia salud y la de su familia, debido a la cercanía, comodidad y confianza por parte del trabajador.

Todas las políticas y actividades deben orientarse hacia la identificación y resolución de las áreas de mejora en seguridad, salud física y salud emocional de cada empresa. Entre las más frecuentes y sobre las que se consiguen mejores resultados figuran: los factores de riesgo cardiovascular (Sobrepeso, hipertensión arterial, diabetes...), sedentarismo, gestión de las emociones y seguridad vial.

En la mayoría de los casos, nos enfrentaremos con diferentes circunstancias que pueden dificultar la implementación. La escasa motivación en ocasiones y la necesidad de elegir

un momento adecuado para iniciar determinadas campañas, son dos de los más frecuentes. Además, suele conllevar dificultades el compatibilizar la participación en las campañas con la actividad laboral. Por último, un 50% de los participantes en los programas que requieren implicación por parte del empleado, como por ejemplo las campañas de pérdida de peso, vuelven a sus hábitos iniciales a partir de los 8-10 meses de haber finalizado el mismo.

Una vez implementado el sistema de gestión para la mejora de la salud y evaluadas las actividades del programa de Promoción de la Salud, se puede optar al reconocimiento de buenas Prácticas por parte del INHSBT o bien a la certificación por una entidad certificadora.

Con los datos que nos proporcionan los estudios acerca de los beneficios humanos y económicos que conlleva la promoción de la salud en la empresa, podemos afirmar, que esta seguirá evolucionando hasta implementarse e integrarse en todo el ámbito de organizaciones productivas.

**Palabras clave:** Promoción de la Salud; Empresa saludable; Medicina del Trabajo; Bienestar laboral; Seguridad Vial.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**ABSTRACT**

In the last century, medicine expanded its activity, also dealing with the prevention of diseases, in addition to diagnosis and treatment of them. Specifically, in the occupational health services of companies, preventive medicine and health promotion activities started to improve the health of employees, both at a collective and individual stage: HIV prevention campaigns, cardiovascular risk prevention factors, breast and colon cancer prevention, etc.

The health promotion has been a key factor since our origins. It is a new term, which is growing and consolidating in recent decades. According to the WHO and the Ministry of Health, the health promotion is «the process which allows people to increase control of their own health to improve it». The difference between promotion and prevention is that the first one is a further step, since it involves the person in the necessary processes to improve their health. This represents a major step forward in maintaining the health and well-being of employees and their families, as well as an important benefit for companies.

In 1996, the European Network for Health promotion in Work Environments (ENWHP) was set up within the community program framework for the Health promotion. The National Institute of Hygiene, Safety and Welfare in the Workplace (INSHT) participated, among others, in the ENWHP. Its function is «to collect and distribute examples of good practices and methods of health in the workplace among all the countries and economic sectors».

In 1997, the ENWHP prepared the Luxembourg Declaration, a document which established the basic principles of action and the framework of good management of health at work.

In May 2007, when the 60th World Health Assembly was held to discuss the «Global Plan of Action on Workers' Health 2008-2017», there were marked the 5 following objectives:

1. To elaborate and apply national regulations to protect and promote the health of workers.
2. To protect and promote health in the workplace.
3. To improve the programs of Occupational Health Services and the general access to them.
4. To provide evidence to support the Health promotion measures and practices.
5. To integrate the health of workers in politics.

The company is an optimal way for the Occupational health Service to motivate and involve the employee in the improvement of their own and his family health, due to the closeness, comfort and confidence of the worker.

All policies and activities should be oriented towards the identification and resolution of improvement areas in safety, physical and emotional Health. Among the most frequent improvement areas there are: cardiovascular risk factors (overweight, high blood pressure, diabetes...), sedentary lifestyle, emotion management and road safety.

In most cases, we will face different circumstances that may hinder implementation. The lack of motivation and the need to choose an appropriate time to start certain campaigns are two of the most frequent ones. In addition, it is usually difficult to combine the participation in campaigns with work activity. Finally, 50% of participants in programs that require involvement by the employee, such as weight loss campaigns, return to their initial habits after 8-10 months of having completed it.

Once the management system for improving health has been implemented and the activities of the Health Promotion program have been evaluated, it is possible to opt for the recognition of good Practices by the INHSBT or to the certification by a certifying entity.

With the data provided by studies about the human and economic benefits of Health promotion in the company, we can say that it will continue to evolve until it is implemented and integrated into the entire field of productive organizations.

**Keywords:** Health promotion; Healthy Company; Occupational medicine, Labour welfare, Road safety.

# De la prevención de riesgos a la promoción de la salud en el trabajo: avances en la negociación colectiva

# From prevention of occupational risk to workplace health promotion: progress in collective bargaining

BEATRIZ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO\*

## INTRODUCCIÓN: NUEVAS CONCEPCIONES DE LA SALUD LABORAL

**E**n una interpretación generalizada de la prevención de riesgos laborales, el sistema de protección de la seguridad y salud se construye sobre la base del principio jurídico clásico del «deber de no dañar a otro». En el contexto empresarial eso significa que el empleador asuma las consecuencias que tiene el crear una fuente de riesgo en la que se van a ver integrados los empleados e incluso terceras personas, que tienen derecho al mayor respeto de sus bienes fundamentales vida e integridad física y psíquica. La lógica que inspira el modelo es la del rechazo a los comportamientos que pueda estar conectados causalmente con los daños. Se imponen unos deberes de prevención de las circunstancias potencialmente lesivas exigiendo que se establezcan las más exigentes medidas de prevención para evitarlas. Si analizamos el sistema regulado por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales con detenimiento, iremos comprobando que casi todas las medidas reguladas por la misma pivotan

sobre la idea de evitar que el riesgo creado llegue a materializarse en daños y éstas son las coordenadas para medir si la conducta empresarial se ajusta a Derecho.

Sin embargo se van abriendo camino otras concepciones más ambiciosas de la protección de la seguridad y salud en el trabajo que se guían, no ya por el objetivo de evitar perjuicios, sino por el aún más extenso de la mejora del bienestar del trabajador. Esto significa avanzar desde la «prevención de daños» al «impulso o fomento de la salud». Representa por tanto un siguiente paso en la evolución jurídica de la concepción de esta materia, que desde la lógica de la reparación de daños—ligada a unos orígenes que se remontan a la Ley de 1900 de Accidentes de Trabajo—pasa a la lógica de prevención de dichas consecuencias lesivas, para en un tercer estadio aspirar a un objetivo aún más ambicioso, que es el de alcanzar el mejor nivel de salud posible<sup>1</sup>. Una interpretación de la salud en sentido integral así lo exige. Según la Declaración de Principios de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud se

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM.

<sup>1</sup> Destaca la evolución y tensión entre reparación y prevención, MONEREO PÉREZ, J. L.: «La protección integral de los riesgos profesionales a veinte años de vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: prevención versus reparación», Revista de Derecho de la Seguridad Social, n. 3, 2015.

define como «un completo estado de bienestar en los aspectos físicos, mentales y sociales». No se trata por tanto únicamente de la ausencia de daño, traducido en enfermedad o lesiones, sino de la búsqueda del bienestar global.

En esta línea, nace en el contexto internacional el concepto de «promoción de la salud en el trabajo» —que se viene identificando con el acrónimo PST<sup>2</sup>— que intenta avanzar sobre la noción de «prevención de riesgos». Ya el Convenio 187 de la OIT de 15 de junio de 2006, que precisamente lleva por título «sobre el marco promocional de la seguridad y salud en el trabajo», establece la necesidad de alcanzar ambientes de trabajo no solo sanos sino «saludables»<sup>3</sup>. La OIT insiste en esta visión, habiendo creado incluso lo que denomina el paquete de formación SOLVE, para avanzar en la «integración de la promoción de la salud en las políticas de seguridad y salud»<sup>4</sup>. En el contexto europeo, este planteamiento va imponiéndose también y de hecho ha nacido la Red Europea de Promoción de la Salud en el Trabajo, que integra las instituciones públicas principales en la materia de los distintos países miembros, en nuestro caso el INSHT. Esta Red bajo el auspicio de la Comisión Europea ha desarrollado multitud de iniciativas, reunidas en parte bajo el lema «Trabajadores sanos en empresas saludables»<sup>5</sup>. Dentro de la Estrategia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020 podemos reconocer este enfoque en la medida en que se habla, no de la salud de los trabajadores, sino de la «buena salud de los trabajadores», destacando —lo que

también es de gran interés— que ésta «tiene un efecto positivo directo y mensurable en la productividad y contribuye a mejorar la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social. Evitar que los trabajadores sufran accidentes graves o padezcan enfermedades profesionales y procurar que disfruten de buena salud a lo largo de toda su vida laboral, desde el primer empleo, es clave para que puedan trabajar más tiempo»<sup>6</sup>. También en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2014-2020, se establece literalmente, como un objetivo clave, la «promoción de la salud» entendida como el fomento «de la cultura de la salud potenciando hábitos saludables en el entorno laboral», llegándose a especificar líneas en las que ha de concretarse<sup>7</sup>.

Este cambio de visión tiene una consecuencia práctica importante y es que subraya que la salud en este sentido amplio es un aspecto siempre mejorable y que para aspirar a ello es necesario actuar en todos los ámbitos en los que se desenvuelve el trabajador y precisamente la dimensión laboral —como regla general— es uno de los espacios principales desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo para un trabajador. Ello exige dinámicas de perfeccionamiento continuo, que solo pueden derivarse de su integración como valor esencial en la cultura de empresa, inspirando el conjunto de prácticas y estructuras de la organización empresarial a un nivel individual y colectivo. Esta visión de la protección de la salud como proceso siempre perfeccionable también puede conectarse con el deber general de protección de máximos que el art. 14 LPRL establece, al imponer al empresario un deber de «garantizar» la seguridad y salud de sus trabajadores. Se debe diferenciar entre riesgos evitables y riesgos inevitables. Siempre existe un margen

<sup>2</sup> <http://www.insht.es/portal/site/PromocionSalud/menuitem.2e7e1d6c79942ab0610d8f20e00311a0/?vgnnextoid=541e8581a9b2c210VgnVCM1000008130110aRCRD>

<sup>3</sup> Así lo destaca BALLESTER PASTOR, M.A.: «La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales», Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 1, núm 4, 201, p. 18.

<sup>4</sup> [www.ilo.org/safework/info/instr/WCMS\\_203117/lang-es/index.htm](http://www.ilo.org/safework/info/instr/WCMS_203117/lang-es/index.htm).

<sup>5</sup> [www.insht.es/portal/site/PromocionSalud/menuitem.084224e92eb1cbde435b197280311a0/?vgnnextoid=af3073b265f74310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=dfda0958cfe04310VgnVCM1000008130110aRCRD](http://www.insht.es/portal/site/PromocionSalud/menuitem.084224e92eb1cbde435b197280311a0/?vgnnextoid=af3073b265f74310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=dfda0958cfe04310VgnVCM1000008130110aRCRD)

<sup>6</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, Bruselas, 6.6.2014 COM(2014) 332 final, p. 2.

<sup>7</sup> [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/ESTRATEGIA%20SST%2015\\_20.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/ESTRATEGIA%20SST%2015_20.pdf), p. 23.

de riesgo que el estado actual de la ciencia y la técnica no alcanza a eliminar. El riesgo 0 o la seguridad 100% es un objetivo al que aspirar, pero imposible de garantizar. El ordenamiento no puede imponer deberes imposibles de cumplir pero sí puede exigir que se haga todo lo posible por alcanzarlo. Ello implica que desde la lógica clásica de «prevenir daños» también haya siempre algo por hacer para intentar garantizar el mayor nivel de seguridad posible. Pero al hablar de promoción de la salud se da un paso más. Precisamente, dentro del binomio seguridad y salud, el optar por desplazar el foco de atención desde el primero, la seguridad –con connotaciones garantistas de evitar daños–, al segundo, la salud –identificada con el objetivo de alcanzar el bienestar global–, representa ya un cambio hacia una óptica más ambiciosa. No se pretende ya solamente evitar que la actividad laboral en la organización productiva pueda suponer una merma de la salud del trabajador sino que sea un espacio para potenciarla.

En este terreno de la promoción de la salud laboral, el criterio que legitima la imposición al empresario de la carga de potenciar la salud de sus empleados, no es ya solo el hecho de que la organización productiva –que él dirige, controla y de la que se lucra– implique un riesgo para la salud de sus trabajadores. También se considera que la estructura empresarial es idónea para servir de catalizadora para llevar a la práctica y desarrollar medidas que enlazan con políticas de salud pública<sup>8</sup>. De ahí que en este terreno, la empresa reciba el soporte y apoyo de instituciones diversas implicadas en la materia. Consecuencias de ello es que, como regla general no se da el paso, en respeto de la libertad de empresa, a imponer al empresario auténticos deberes de implementar medidas

de promoción de la salud. Decimos como regla general, puesto que el legislador ha avanzado en algunos casos a reconocer auténticos derechos al trabajador que implican verdaderos deberes empresariales en esta línea, como son las medidas en favor de la protección de las víctimas de violencia de género, algunas medidas de conciliación de la vida laboral o familiar o ciertos condicionantes sobre tiempo de trabajo y descansos. En todo caso existe un espacio fronterizo en el que es difícil establecer los límites entre qué es preservar la salud laboral y qué es promocionarla, puesto que al fin y al cabo son distintas vertientes de un objetivo muy amplio y prioritario: la protección de la salud de los trabajadores. En esta zona fronteriza la sujeción empresarial a verdaderos imperativos de conducta es difícilmente cuestionable, como por ejemplo, la exigencia empresarial de proteger a los trabajadores frente a ciertos riesgos psicosociales, en cuyo origen se encuentran factores personales del trabajador, en los que la organización productiva no es más que el terreno en que éstos se manifiestan sin haberse potenciado siquiera. De ahí la importancia de la negociación colectiva en este ámbito, para avanzar en esta línea de la promoción de la salud y ofrecer seguridad jurídica sobre cuáles son las exigencias a las que se ve sometido el empresario, como explicaremos a continuación.

Esta evolución en la concepción de la salud laboral va teniendo entrada en la negociación colectiva<sup>9</sup>. Si nos acercamos a la realidad de nuestros convenios colectivos encontramos multitud de ejemplos que de una manera u

<sup>8</sup> Se reconoce este planteamiento en el art. 30 del Convenio colectivo del Grupo Vodafone España (BOE de 7 de octubre de 2016) cuando afirma, tras referirse al concepto de salud de la OMS: «Periódicamente la Empresa podrá promover acciones encaminadas al desarrollo de hábitos saludables en relación a alimentación, ejercicio, deshabitación tabáquica, antigripal, etc. o aquellas campañas sanitarias recomendadas por los sistemas públicos de salud».

<sup>9</sup> También es cierto que en ocasiones la referencia a la promoción de salud puede ser un recurso o una declaración vaga de intenciones, que no deja de tener su valor, pero todavía no puede considerarse una apuesta madura al respecto. Pongamos como ejemplo, el Convenio colectivo de Activa Innovación y Servicios, SAU (BOE de 19 de enero de 2018), cuando es su art. 47 dice que la «protección y promoción de la Salud de los trabajadores/as constituye un objetivo básico y prioritario de las partes firmantes, y para alcanzar el mismo se utilizarán todos los medios que la legislación vigente establezca». Precisamente esto último, la limitación de los compromisos al cumplimiento de la norma, relativiza el significado de esa referencia.

otra intentan recoger, incluso expresamente, este planteamiento<sup>10</sup>. Algunos convenios colectivos se remiten literalmente a una noción de «salud física, mental y social, entendida como el concepto integral formulado por la Organización Mundial de la Salud»<sup>11</sup>. Y no es casualidad que precisamente en muchos de los convenios que recogen este concepto de salud de la OMS se afirme al mismo tiempo que «se pretende no sólo el cumplimiento de las obligaciones legales y las responsabilidades de las partes implicadas en el marco de la empresa, sino también fomentar una nueva cultura de la prevención que avance en el desarrollo de la misma en el sector»<sup>12</sup>. En ocasiones se puede

inferir de estas expresiones una intención de las partes de subrayar el carácter voluntario de la iniciativa de adoptar compromisos para avanzar hacia la «promoción de la salud», ya que cuando se trata, no ya de no dañar la salud, sino de «generarla», el grado de imperatividad de la exigencia de conducta que se espera del empresario es inferior, como decíamos anteriormente. No obstante hay convenios colectivos que también explicitan que la única forma de abordar muchos riesgos propios de sistemas y entornos productivos actuales es a través de una intervención más amplia y global, que va más allá de la estricta lógica de prevenir daños. En este sentido, algunos convenios subrayan la necesidad de una actuación empresarial más ambiciosa, afirmando que la «obligada aplicación de la legislación vigente debe superarse en las lagunas y desfases que pueda presentar ante los nuevos sistemas de trabajo y los riesgos profesionales que de ellos se deriven. Los planteamientos de estas acciones y medidas deberán estar encaminados a lograr una mejora de la calidad de vida y medio ambiente de trabajo, desarrollando objetivos de promoción y defensa de la salud, mejoramiento de las condiciones de trabajo, potenciación de las técnicas preventivas como medio para la eliminación de los riesgos en su origen y control y participación sindical en los centros de trabajo»<sup>13</sup>.

Por otro lado existe una serie de convenios que sin hacer una mención expresa al concepto de salud de la OMS, se aproximan al mismo refiriéndose bien a un concepto que va en la

<sup>10</sup> Por poner algunos ejemplos, distingue expresamente entre prevención de riesgos y promoción de la salud, el Convenio colectivo de la empresa Opel España, S.L.U., art. 28 (BOPZ de 16 de marzo de 2018) o el X Convenio colectivo nacional de Schweppes, SA, art. 1, del Anexo XII (BOE 21 de julio de 2012). Por otro lado, son muchos los convenios que recogen la expresión de «la promoción de la salud» en sus articulados, pero podríamos destacar entre otros, el Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa, art. 50 (BOE 28 de febrero de 2019); Convenio colectivo de trabajo de la Federación Valenciana de Municipios y Provincias, art. 41, que establece acciones contra el tabaquismo (BOPV de 23 de abril de 2014); Convenio colectivo de Altadis, SA., art. 88.12, que establece los «Servicios de Vigilancia de la Salud realizarán campañas de promoción de la salud cara a la mejora de los hábitos saludables en la población trabajadora» (BOE 13 de junio 2012); XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas, que en su Disposición Adicional Primera, crea un «Órgano específico para la promoción de la salud y seguridad en el trabajo de carácter paritario y ámbito estatal (...). Este órgano asumirá todas las competencias contempladas en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), y disposiciones de desarrollo» (BOE 9 de octubre de 2013). En el mismo sentido, el Acuerdo entre la Federación Española de Asociaciones de Empresas Forestales y del Medio Natural y las Federaciones Agroalimentarias de CC.OO y UGT, para el fomento de la prevención de riesgos laborales, la formación y las cualificaciones profesionales en el sector forestal, art. 6 (BOE 9 de marzo de 2012).

<sup>11</sup> Por ejemplo el VI Convenio colectivo de Telefónica Móviles España, SAU., art. 72 (BOE 19 de junio de 2013).

<sup>12</sup> Entre otros, el II Convenio colectivo nacional de servicios de prevención ajenos, art. 71 (BOE 7 de octubre de 2017); V Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales, art. 57 (BOE 4 de noviembre de 2015); XVIII Convenio colectivo general de la industria química, art. 66 (BOE 19 de agosto de 2015); Convenio colectivo de Sociedad de Prevención de Fremap, SLU.,

art. 77 (BOE 20 de marzo de 2014); Convenio colectivo de Tüv Rheinland Ibérica Inspection, Certification & Testing, SA, art. 33 (BOE 21 de abril 2012); II Convenio colectivo de Sun Planet, SA., art. 20 (BOE 31/1/2011).

<sup>13</sup> Así el Convenio colectivo estatal para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos, Disposición Transitoria I (BOE de 10 de octubre de 2012); Convenio colectivo do sector da industria siderometalúrxica da provincia da Coruña, 2015-2019, art. 65 (BO Provincia de A Coruña de 5 de diciembre de 2017). En términos similares, entre otros muchos, el Convenio Colectivo de Automoción de Málaga (BO Provincia de Málaga, de 2 de septiembre de 2017).

misma línea, el de la «salud integral»<sup>14</sup> –y se remiten incluso al art. 21 de la Ley de Sanidad que lo recoge<sup>15</sup>– o bien subrayan como objetivo a alcanzar la «mejora de la calidad de vida» de los trabajadores<sup>16</sup>. En sus articulados se puede reconocer esta apuesta más avanzada en favor de la promoción de la salud, por ejemplo expresando que las partes firmantes comparten, como objetivo prioritario, no ya solo el «disminuir la siniestralidad», sino también «mejorar la calidad de vida, cuidar y mantener hábitos saludables»<sup>17</sup>. Incluso algún convenio llega a afirmar que existe un compromiso empresarial «de promover un entorno de trabajo en el que tanto la salud y bienestar de los empleados/as como el desempeño y productividad,

se perciban con la misma relevancia. En este ámbito y dado que el estado de salud de las personas puede incidir también directamente en los procesos, entornos y resultados de las empresas, las partes creen conveniente prestar una especial atención a la protección de la salud de los trabajadores/as, tanto en el puesto de trabajo y la vida profesional como en la vida personal, y se comprometen a continuar aportando nuevas medidas y acciones específicas (...) en el marco de la gestión de la salud y la prevención de los riesgos en el puesto de trabajo»<sup>18</sup>.

También se encuentran, lógicamente, apuestas mucho más tímidas a este respecto, pero que en todo caso son positivas y pueden ofrecernos importantes elementos de reflexión. Pongamos por ejemplo el Convenio colectivo de la empresa Compañía Operadora de Corto y Medio Radio «Iberia Express, Sociedad Anónima Unipersonal» (Tripulantes Cabina de Pasajeros)<sup>19</sup>. A la hora de regular los «límites de tiempos de vuelo, de actividad y mínimos de descanso» establece unos principios de programación. Entre éstos recoge en quinto lugar la «mejora de la calidad de vida» de la tripulación, pero diciendo expresamente que los principios son enumerados en orden de importancia y especificando que éste referido a la calidad de vida se seguirá siempre que sea compatible con los anteriores, entre los que se encuentra en segundo lugar el «procurar y fomentar la productividad de la empresa, la utilización óptima de sus recursos financieros y humanos y la salvaguarda de los intereses comerciales» (art. 7). En este caso se está condicionando la búsqueda del bienestar de los empleados a objetivos económicos de la empresa. Este condicionamiento es un planteamiento que, en la noción más estricta la prevención de riesgos –entendida como evitar daños personales– no es admisible y choca con

<sup>14</sup> Vid. Convenio Colectivo de la empresa Cruz Roja Española en la Comunidad de Madrid (BOCM de 11 de abril de 2015) en su art. 66; Convenio colectivo de la empresa «Nutricia, Sociedad de Responsabilidad Limitada», se refiere a esta materia como «Prevención de riesgos y Salud integral», Disp. Adicional II (BOCAM 6 de enero de 2018).

<sup>15</sup> Entre otros, el Convenio Colectivo del sector Transporte Sanitario de Navarra, art. 39 (Boletín Oficial de Navarra de 18 de noviembre de 2014); el Convenio colectivo de trabajo de la Diputación Provincial de Valencia para su personal sujeto a régimen jurídico-laboral, sector no sanitario, art. 116 (Boletín Oficial de la Provincia de Valencia de 9 de noviembre de 2011) o el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Zizur Mayor para el personal laboral fijo y temporal, anexo III (Boletín Oficial de Navarra de 12 de enero 2017).

<sup>16</sup> Así por ejemplo el Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados de Madrid, en el art. 39, tras aludir a la búsqueda de que las condiciones de trabajo «representen el menor riesgo y no afecten negativamente a la salud de los trabajadores», establece que en «todo caso, los planteamientos, actuaciones y medidas que conjuntamente empresarios y trabajadores pongan en ejecución, sin condicionar la actividad irán encaminadas a lograr una mejora de la calidad de vida de los trabajadores afectados». En los mismos términos VI Convenio colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garaje, art. 77 (BOE 17 de mayo de 2017).

<sup>17</sup> Así el Convenio Colectivo para las empresas del Comercio Textil de la provincia de Castellón, a propósito del tiempo de trabajo, en su art. 27, Boletín Oficial de la provincia de Castellón de la Plana, 30 enero de 2017. En el mismo sentido el Convenio Colectivo del sector textil de Alicante (BOP 28/8/2017), art. 27. Distingue entre evitar riesgos laborales y el fomento de hábitos saludables el Convenio Colectivo Marina Salud, art. 40 (BO de Alicante, 8 de abril de 2014) o el Convenio Colectivo de trabajo de la empresa Centro de Empleo, Estudios y Formación, S.L.U., art. 45 (BO Provincia de Valencia de 9 de enero de 2015).

<sup>18</sup> Así el Convenio Colectivo de Allianz Popular Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima (BOCM de 30 de enero de 2016) en su art. 16 en relación al estrés del trabajador.

<sup>19</sup> BOE de 24 de marzo de 2016.

el amplísimo deber de prevención que impone el art. 14 LPRL<sup>20</sup>. Cuando se está hablando de daños potenciales, el argumento económico no es justificación para una limitación de las exigencias preventivas. Sin embargo cuando estamos hablando de algo más que vulneración de derechos fundamentales a la vida e integridad física y psíquica, como es el fomentar el bienestar de los trabajadores, aunque éste fin se interprete incluso como una forma de promoción de esos mismos derechos fundamentales, ya el equilibrio con el derecho a la libertad de empresa en conflicto ha de reajustarse.

En todo caso, a la hora de avanzar en esta evolución jurídica, desde la mencionada concepción o filosofía clásica anclada en evitar daños, a la búsqueda del bienestar integral, la negociación colectiva es una herramienta clave. En palabras de Rodríguez-Piñero Royo<sup>21</sup>, la negociación colectiva está llamada a ejercer una función «prelegislativa», avanzando en aquellas líneas que el legislador todavía encuentra lastres para cubrir. Existen otros canales en los que se pueden formalizar esos objetivos empresariales como son los instrumentos en los que se formalizan las políticas de responsabilidad social corporativa<sup>22</sup>. Sin embargo, que sea la negociación colectiva la que abandere esta cuestión, supone un refuerzo esencial. No solo porque es fuente de auténticos deberes de conducta

y correlativos derechos para trabajadores y empresarios, exigibles jurídicamente, aunque en ocasiones las partes puedan optar por rebajar el grado de imperatividad ante, como decíamos, objetivos tan ambiciosos, que tampoco en muchos casos son exigidos heterónomamente. Se cumplirá en estos últimos casos una función orientadora y pedagógica cuya importancia no se debe despreciar. La negociación colectiva es clave también porque el hecho de que una materia sea recogida en un convenio colectivo implica un compromiso bilateral contractual entre la parte empresarial y los representantes de los trabajadores y ello imprime un grado superior de vinculatoriedad frente a los compromisos comunes de responsabilidad social. En todo caso, no se deben desdeñar las sinergias que pueden existir en ambos planos y cómo pueden alimentarse recíprocamente. Un juego articulado entre los objetivos genéricos recogidos en sede de responsabilidad social corporativa y/o los convenios colectivos, con vocación de ser concretados e implementados, y la negociación colectiva, como vehículo para esa materialización, puede ser muy fructífero. Por todo ello, vamos a analizar el grado de recepción de esta nueva concepción de la salud laboral está teniendo en la negociación colectiva. Para ello hemos centrado el análisis en algunos de los aspectos que las mismas instituciones supranacionales mencionadas concretan esta visión integral de la salud<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Por ello son cuestionables planteamientos algo confusos como el del Convenio Colectivo de transporte sanitario para los trabajadores de la empresa «Ambuibérica, S.L. (BOCM 29 de agosto de 2015), que refiriéndose a «las acciones y medidas que sean necesarias en materia de seguridad y salud laboral para lograr que las condiciones de trabajo sí es que así fuese, representen el menor riesgo y no afecten negativamente la salud de los trabajadores», es decir prevención de daños, a continuación y sin matización alguna afirma que «los planteamientos, actuaciones y medidas que conjuntamente empresa y trabajadores pongan en ejecución, sin condicionar la actividad irán encaminadas a lograr una mejora en la calidad de vida de los trabajadores afectados» (art. 36).

<sup>21</sup> [http://www.empleo.gob.es/es/sec\\_trabajo/ccncc/G\\_Noticias/Jornadas/2017\\_Miguel\\_RodriguezPinero.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/2017_Miguel_RodriguezPinero.pdf)

<sup>22</sup> Vid. al respecto PERÁN QUESADA, S.: «La responsabilidad social de las empresas en materia de prevención de riesgos laborales», Comares, Granada, 2010.

<sup>23</sup> No obstante se debe tener presente que estos objetivos son muchos y encontramos también ejemplos de su regulación colectivo. Entre otros nos podemos referir al ejercicio físico (Convenio Colectivo Empresa Municipal de Aguas y Saneamiento de Murcia, S.A. EMUASA (BO de la Región de Murcia de 30 de noviembre de 2017) que en su art. 35 establece un Fondo para el Deporte y Hábitos Saludables, de cerca de 7500 euros anuales); a los hábitos alimentarios (Convenio Colectivo del sector de la estiba y desestiba en el Puerto de Sevilla (BO Provincia de Sevilla de 24 de octubre de 2015) art. 12); la conciliación de la vida laboral y familiar (Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017 (BOE 3 de julio de 2015), art. 30); el tiempo de trabajo (Comercio Textil de la provincia de Castellón (BO Provincia de Castellón de La Plana de 8 de febrero de 2017) art. 27).

## LA TRASCENDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN DE LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS RIESGOS PSICOSOCIALES

La protección frente a los riesgos psicosociales es una de las materias principales en las que las instituciones que abogan por avanzar hacia la «promoción de la salud» concretan las líneas de actuación para alcanzar dicho objetivo<sup>24</sup>. El concepto de riesgo psicosocial «introduce una concepción nueva del entorno laboral sano, que no se limita a los factores de riesgos clásicos, sino que pretende la consecución de un concepto de salud más extenso»<sup>25</sup>.

Por factores de riesgo psicosocial se entiende aquellas condiciones y características del entorno laboral que son susceptibles de afectar a la salud física, psíquica o emocional del trabajador y que están directamente relacionadas con: a) la organización del trabajo y las relaciones sociales que se entablan a su alrededor; b) el contenido de la prestación laboral, en lo relativo tanto al objeto como a la forma de realizar los cometidos y tareas. Estos factores pueden concretarse en aspectos muy variados y también muy variadas pueden ser las respuestas del trabajador expuesto (fisiológicas, problemas cognitivos, trastornos emocionales y sociales...).

En estos casos el nexo de causalidad con el poder organizativo y de control del empresario no se rompe, puesto que al fin y al cabo el antecedente de estas dolencias se encuentra en la organización productiva. En este nexo es en el que se sustenta la atribución al empresario del deber de velar y promocionar la salud del trabajador. Sin embargo, también es cierto que en el establecimiento de este nexo, hay cierto margen de atribución legal, en la medida en que en ocasiones –no siempre–, más que poderse afirmar que la causa de las

dolencias en sentido estricto sea la organización productiva, ésta representa más bien el contexto en el que éstas se manifiestan. En muchas ocasiones el «trabajo y las condiciones en las que éste se realiza son sólo una parte del problema, aunque la mayoría de las veces son fundamentales para su solución», como se manifiesta en la Declaración de Edimburgo sobre la salud mental y el bienestar en el trabajo de la Red Europea de Promoción de la Salud en el Trabajo<sup>26</sup>. Ésta es por otro lado una problemática que va ligada en general a las distintas vías de avanzar en una concepción más ambiciosa de la salud, en la que todos los condicionantes del trabajador, también los extralaborales, influyen como analizaremos posteriormente. El estado final de salud es el resultado de un conjunto muy amplio de factores físicos, personales, ambientales y sociales y las interacciones y las sinergias entre ellos. Todo está conectado.

La protección frente a los riesgos psicosociales puede justificarse en una concepción de la protección de la salud sobre la lógica del «deber de evitar provocar daños», pero ahí encuentra limitaciones. Una apuesta profunda a la hora de tratar estos riesgos encuentra mejor acomodo en esa concepción más ambiciosa de la «promoción de la salud» por muchas causas entre las que se podría destacar que: a) estas reacciones físicas y psíquicas son muchas veces de aparición lenta y la identificación y diferenciación de los elementos desencadenantes difíciles de concretar, lo que exige un seguimiento muy delicado de múltiples factores, también extralaborales, lo que excede de las coordenadas de la LPRL; b) el grado de vulnerabilidad del trabajador expuesto depende de factores personales del propio afectado, más allá de lo que se puede considerar cuestiones estrictamente médicas, sobre las que pivota el deber de vigilancia de la salud regulado en el art. 22 de la Ley 31/1995, de 8

<sup>24</sup> Vid. en esta línea, MORENO JIMÉNEZ, B.: «Salud laboral. Riesgos laborales psicosociales y bienestar laboral», Pirámide, Madrid, 2013.

<sup>25</sup> BALLESTER PASTOR, M.A.: op. cit., p. 2.

<sup>26</sup> [http://www.insht.es/PromocionSalud/Contenidos/Promocion%20Salud%20Trabajo/Documentos%20ENWHP/Documentos%20estrategicos/Ficheros/22\\_5%20Declaracion\\_edimburgo.pdf](http://www.insht.es/PromocionSalud/Contenidos/Promocion%20Salud%20Trabajo/Documentos%20ENWHP/Documentos%20estrategicos/Ficheros/22_5%20Declaracion_edimburgo.pdf)

de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, como pueden ser habilidades sociales, capacidad de resiliencia...; c) con frecuencia es difícil demostrar que la causa principal de su aparición sea la situación laboral, frente a otras situaciones personales que pueda atravesar el sujeto e incluso no es raro que se tienda a cuestionar su carácter exógeno y sean calificadas como endógenas. Por ello, no es de extrañar que convenios que se extienden sobre algún riesgo psicosocial específico recojan esta visión más ambiciosa de la salud conectada con el bienestar<sup>27</sup> o la salud integral<sup>28</sup> o que ésta se infiera de algunas opciones reguladoras como, por ejemplo, la de integrar la problemática de las víctimas de violencia de género en el marco de la regulación de la seguridad y salud y, en concreto, en la regulación de los riesgos psicosociales<sup>29</sup>.

Estos factores y riesgos<sup>30</sup> siempre han existido, pero su lugar en el debate sobre las exigencias laborales no siempre ha sido reconocido como debían. Con el tiempo han ido recibiendo una mayor atención y preocupación en la doctrina, jurisprudencia y negociación

<sup>27</sup> Así el Convenio Colectivo de Allianz Popular Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima (BOCM de 30 de enero de 2016) afirma en su art. 16 que, de «acuerdo con la política de las empresas en materia de estrés relacionado con el trabajo, se reitera el compromiso de promover un entorno de trabajo» en el que es de la mayor relevancia «la salud y bienestar de los empleados/as».

<sup>28</sup> Así por ejemplo el Convenio Colectivo de la empresa Cruz Roja Española en la Comunidad de Madrid, en su art. 66, se refiere al deber de promover «una concepción integral de la salud, poniendo atención tanto a los riesgos psíquicos como físicos y desarrollando actuaciones preventivas dirigidas al conjunto de trabajadores/as».

<sup>29</sup> De hecho así lo hace el propio Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo [www.insht.es/portal/site/RiesgosPsicosociales/menuitem.8f4bf744850fb29681828b5c180311a0/?vgnextoid=1e0c84fbb7819410VgnVC-M1000008130110aRCRD](http://www.insht.es/portal/site/RiesgosPsicosociales/menuitem.8f4bf744850fb29681828b5c180311a0/?vgnextoid=1e0c84fbb7819410VgnVC-M1000008130110aRCRD).

<sup>30</sup> En rigor se debe hacer una distinción entre qué son factores psicosociales y riesgos psicosociales, aunque en muchas ocasiones no se distingue entre los mismos. Con acierto, *vid.* ROMERO RÓDENAS, M. J.: «El estrés laboral como factor desencadenante de los riesgos psicosociales. Su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral», *Revista de Justicia Laboral*, n. 22, 2005.

colectiva<sup>31</sup>. Por otro lado se reconoce también que en el contexto actual de las dinámicas de las organizaciones productivas<sup>32</sup> y las derivadas que éstas tienen en las relaciones sociales de sus integrantes han hecho que algunos de estos riesgos se intensifiquen e incluso se pueda hablar de «riesgos emergentes»<sup>33</sup>. Todo esto deriva en que se admita ya de forma generalizada, que afrontar el control y neutralización de los factores y riesgos psicosociales es una tarea que ha de afrontarse en toda su magnitud en los distintos planos individual y colectivo. Por lo tanto, la negociación colectiva, como norma que ofrece la adaptabilidad y el dinamismo que esta tarea exige tiene una importante responsabilidad a la hora de abordar el tratamiento de esta materia y especialmente de los principales factores y riesgos psicosociales y sus consecuencias: el estrés<sup>34</sup>, la

<sup>31</sup> *Vid.* al respecto, entre otros, RIVAS VALLEJO, P.: «La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial», Comares, Granada, 2008; MORENO JIMÉNEZ, B. y BÁEZ LEÓN, C.: «Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas», Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010; MOLINA NAVARRETE, C.: «Los riesgos psicosociales. Su particularidad en la legislación positiva», en *Tratado de salud laboral*, Tomo I, en AA. VV., MONEREO PÉREZ, J. L., RIVAS VALLEJO, P. (Dirs.), GARCÍA VALVERDE, M.ª D. (Coord.): «Aspectos jurídicos de la prevención de riesgos laborales», Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

<sup>32</sup> En general sobre el impacto en el deber de protección de la seguridad y la salud de las nuevas dinámicas empresariales y en concreto el de la globalización, RODRÍGUEZ DE LA MORENA, R.: «Deber de protección. Una revisión de la prevención de riesgos laborales en el marco de la internacionalización de las empresas», Aranzadi, Navarra, 2015.

<sup>33</sup> *Vid.* RAMOS QUINTANA, M. I. (Dir.): *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*, Bomarzo, Albacete, 2014.

<sup>34</sup> Destaca, porque asocia el estrés no a las causas más conocidas, sino al mismo hecho del uso de algo tan extendido en la práctica como es la tecnología, el Convenio Colectivo de la empresa «G y J Publicaciones Internacionales, Sociedad Limitada, y Cía. S en C», que establece en su art. 54, que el «trabajo de terminales de ordenador, pantallas de grabación y pantallas de vídeo conlleva unas características que pueden derivar en situaciones de estrés y otras enfermedades laborales. Para lo cual, los trabajadores que prestan sus servicios en cualquiera de estos puestos de trabajo deberán tener la posibilidad de un sistema de organización del trabajo que les permita poder intercalar sus diferentes funciones, con el fin de no permanecer demasiado tiempo continuo frente a la pantalla, facilitando así la disminución del riesgo a los trabajadores».

fatiga<sup>35</sup>, la violencia, el acoso laboral, el acoso sexual, del síndrome del desgaste profesional o burnout...<sup>36</sup>.

Pero es más, no es que la negociación colectiva tenga que recoger nuevos contenidos para afrontar como se debe esa cuestión. Es que la negociación colectiva es la sede natural de ordenación de uno de los factores desencadenantes de los riesgos psicosociales más importantes, como es la inseguridad y la falta de calidad en el empleo. Las relaciones interempresariales dinámicas en las que la propia titularidad o la dirección de la organización productiva cambia o se comparte, la deslocalización productiva, las nuevas tecnologías que relativizan las coordenadas de tiempo y espacio... todo ello hace que potencien las tensiones sobre el mantenimiento del puesto de trabajo, el futuro de las carreras profesionales, la escasa sensación del control sobre el propio trabajo y sus resultados, el exceso de presión sobre la carga o ritmo de trabajo, los agravios comparativos con las condiciones de terceros, etc. La negociación colectiva como instrumento de gobierno y ordenación de las relaciones laborales tiene por tanto un papel

aún si cabe más protagonista respecto de esta fuente de riesgo.

Un análisis de la negociación colectiva permite concluir, como decíamos, un creciente interés de los negociadores por los riesgos psicosociales<sup>37</sup>. Sin embargo, también hay que destacar que la respuesta todavía es como regla general tímida, incluso aunque se haya llegado a importantes acuerdos colectivos europeos sobre algunos de estos riesgos<sup>38</sup>. Lo más frecuente es encontrar que los convenios se limitan a adherirse a estos acuerdos o a reconocer que los riesgos psicosociales han de ser objeto de la evaluación de riesgos<sup>39</sup>. También es muy frecuente que los convenios se limiten a incluir alguna referencia a alguno de los mismos —como el acoso, la violencia...— dentro del listado de infracciones que corresponde al poder disciplinario. Esto es síntoma entonces de que todavía hay mucho que hacer en este ám-

<sup>35</sup> Vid. art. 76 del Convenio colectivo del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 7 de octubre de 2017) en el que no se llega a hablar de la promoción de la salud, pero si se afirma en el art. 73 una concepción muy amplia de la prevención de riesgos afirmando que las «organizaciones empresariales y organizaciones sindicales representadas en la mesa negociadora del presente Convenio» son «conscientes de que la protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación en la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto de deberes y obligaciones empresariales y, más aún, de la simple corrección a posteriori de situaciones de riesgo ya manifestadas».

<sup>36</sup> Vid. MARTÍN CHAPARRO, M. P., VERA MARTÍNEZ, J. J., CANO LOZANO, M. C., MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al 'burnout' en clave psicosocial», *Temas laborales*, n. 75, 2004.

En la negociación colectiva encontramos ejemplos al respecto, aunque no abundantes, como el del Convenio Colectivo de Clínica de Sabadell (centre Clínica del Vallès) 2016-2018 (BOBP de 18 de marzo de 2018), Anexo C; o el Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Terrassa 2012-2015, (BOBP 19 de febrero de 2015).

<sup>37</sup> ROMERAL HERNÁNDEZ, J.: «Los riesgos psicosociales en la negociación colectiva», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 98, 201; AA. VV.: «La negociación colectiva en riesgos psicosociales», dir. J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS, UGT 2015, <http://www.ugt.es/Publicaciones/guiaNegociacion.pdf>; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. y PÉREZ CAMPOS, A. I.: «Tratamiento de los riesgos psicosociales en la negociación colectiva», en AA. VV., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.), GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., HIERRO HIERRO, F. J. (Coords.), «Los riesgos psicosociales: teoría y práctica», Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009; AA. VV.: «El tratamiento convencional de los riesgos psicosociales. Estado actual y nuevas propuestas, Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales UGT-CEC, 2010», dir. C. MAZZUCONI SAN MARTIN, [[http://portal.ugt.org/saludlaboral/observatorio/publicaciones/estudios/2010\\_estudio\\_02.pdf](http://portal.ugt.org/saludlaboral/observatorio/publicaciones/estudios/2010_estudio_02.pdf)]; FUENTES RODRÍGUEZ, F.: «El papel de la Negociación Colectiva en materia de riesgos psicosociales», en VV. AA.: Análisis de la regulación jurídico-laboral de los riesgos psicosociales, MTAS <http://www.seg-social.es/stpri00/groups/public/documents/bunario/100617.pdf>

<sup>38</sup> El Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Laboral de 8 de octubre de 2004 o el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo de 26 de abril de 2007.

<sup>39</sup> Algunos convenios se detienen algo más sobre este tema de la evaluación de riesgo, como por ejemplo, el Convenio colectivo de Empresas de Educación Ambiental, en cuyo art. 38 establece, aunque sea al hilo de tratar los problemas de acoso, que la empresa habrá de garantizar «que en las evaluaciones de riesgos psicosociales se evalúen también los riesgos derivados de la organización del trabajo» y en el art. 50, en el apartado dedicado al plan de prevención de riesgos, establece como una línea independiente de evaluación la de los riesgos psicosociales.

bito y que las partes deben aumentar el grado de concienciación sobre lo crucial de esta materia. Regular esta cuestión vía régimen disciplinario implica que los esfuerzos no se centran en diseñar una acción preventiva sobre los mismos, sino en reaccionar a posteriori y solo sobre los factores y riesgos que puedan ser imputados a conductas graves y culpables de un trabajador. Se intenta, por fuerza de la sanción, evitar que no se repita, pero no se establecen medidas para evitar las causas los mismos<sup>40</sup>.

Por otro lado, cuando los convenios colectivos entran a regular con mayor amplitud alguno de los riesgos psicosociales, en la mayoría de los casos se limitan a hacerlo respecto del acoso laboral y sexual en el trabajo<sup>41</sup>, lo que por otro lado viene exigido por el art. 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. No obstante, en ocasiones al hilo de la regulación del acoso se encuentran referencias a otros riesgos psicosociales, como el estrés<sup>42</sup>, contem-

plándose con cierta autonomía y no necesariamente como consecuencia de dicho acoso.

Para prevenir y evitar los factores y riesgos psicosociales de forma global se necesita por un lado regular aspectos que tienen mejor acogida en el concepto de promoción de la salud que en el de prevenir daños, como son el tratamiento de la salud mental<sup>43</sup>, las gestiones de enfermedades crónicas<sup>44</sup>, la atención al envejecimiento del trabajador<sup>45</sup>... Pero es clave también, como decíamos, revisar desde esta óptica la regulación de la organización trabajo, entendida ésta como el objeto de la actividad laboral a realizar —que incluye el diseño, la distribución, la coordinación, el reconocimiento de tareas—, la forma de ejecutarse y desarrollarse esta actividad —que integra los volúmenes de trabajo, la preparación para el puesto<sup>46</sup>, la carga de responsabilidad, los rit-

«formación sobre la gestión y el desarrollo de las personas, los equipos de trabajo, el control del estrés y los estilos de dirección participativos y motivadores».

<sup>43</sup> La regulación de este aspecto cuando se hace de manera independiente al tratamiento de las consecuencias del acoso en el trabajo, lo que es excepcional, suele encontrarse en el reconocimiento de ayudas económicas para el tratamiento facultativo. Por ejemplo, el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Sorbas, Personal Laboral (BO Provincia de Almería de 7 de junio de 2012) Anexo II reconoce unas ayudas que «tienen por objeto compensar los gastos realizados para tratamientos de salud mental, trastornos del aprendizaje y de la estimulación temprana, la desintoxicación y la deshabituación, así como los tratamientos de rehabilitación o recuperación médico funcional y los trastornos alimentarios de origen psicológico».

<sup>44</sup> La forma más frecuente de tratamiento de estas enfermedades, descritas por la OMS como de larga duración o progresión lenta, es extendiendo las medidas de vigilancia de la salud a las mismas cuando no tienen un conexión con la actividad laboral. Son muy frecuentes en esta línea los convenios que contemplan pruebas para controlar el cáncer de mama o próstata en los controles médicos.

<sup>45</sup> Excepcionalmente algún convenio contempla las necesidades de adaptación al envejecimiento de plantillas. Por ejemplo el Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad, Disp. Adicional 4ª (BOE de 1 de febrero de 2018). Pero la gran mayoría que contempla este aspecto lo hacen mediante una referencia al «envejecimiento activo» al hilo de la regulación de la jubilación parcial.

<sup>46</sup> Es interesante la opción de convenios como el de Convenio Colectivo Marina Salud, art. 40 (BO de Alicante, 8 de abril de 2014), en el que se crea, en su art. 40, una comisión de formación, pero con funciones muy variadas, incluidas la evita-

<sup>40</sup> Pero como afirma, por ejemplo, el Convenio Colectivo de la empresa «Rials, Artículos Caucho, Sociedad Anónima», art. 46, se han de tomar «en consideración con finalidad preventiva los factores de riesgo derivados de la organización y ordenación del trabajo tal como previene el artículo 4.7 de la LPRL. En virtud de ello, y en cumplimiento de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, los riesgos psicosociales tendrán que ser evaluados y, en su caso, objeto de intervención preventiva, siendo evitados y combatidos en su origen como los restantes riesgos».

<sup>41</sup> De hecho hay convenios que bajo una rúbrica más ambiciosa que alude en general a los riesgos psicosociales, finalmente se centran únicamente en regular el acoso. Así el Convenio Colectivo de la empresa «Amazon Spain Fulfillment, Sociedad Limitada Unipersonal», que en su art.51 titulado «Riesgos psicosociales», establece que las partes afectadas por el presente Convenio, asumen el compromiso de velar porque exista en la Empresa un ambiente exento de riesgo para la salud psíquica de los trabajadores y, en concreto, para el acoso sexual o laboral, estableciendo procedimientos que deberán seguirse para presentar quejas por quienes sean víctimas de tales tratos, a fin de obtener ayuda inmediata. Las partes negociarán y acordarán un protocolo de actuación para la prevención del acoso en el trabajo».

<sup>42</sup> Este es el caso por ejemplo del Convenio Colectivo de la empresa «IVECO España, Sociedad Limitada» (BOE 1 de noviembre de 2014) en el que, dentro del protocolo contra el acoso laboral y el mobbing», en el art. 6, implanta acciones de

mos de trabajo<sup>47</sup>, los tiempos de descanso, el control externo y el margen de iniciativa— y el control de las condiciones y entorno en que ésta se realiza —lo que abarca las relaciones con compañeros, clientes y proveedores, el conocido como «apoyo social», los estilos de dirección<sup>48</sup>, la política de incentivos o sanciones—. De hecho esta planificación exigirá un importante esfuerzo de revisar —desde el prisma de la protección y promoción de la salud del trabajador—, casi la globalidad de condiciones laborales: a) la clasificación profesional y movilidad funcional, en aras de una correcta adjudicación de puestos, buscando que las tareas estén bien definidas, diseñadas, distribuidas; b) el poder de dirección, inspirado en un equilibrio entre el control y permitir la iniciativa del trabajador y su capacidad de desarrollo; c) los derechos fundamentales a la dignidad, intimidación, libertad de expresión en busca del reconocimiento del trabajo, la imposición razonable de carga de trabajo, el respeto de la

ción de riesgos y la promoción de hábitos saludables, obteniéndose así una visión transversal de la materia (¶a) Adaptación del titular al puesto de trabajo. b) Actualización y puesta al día de los conocimientos profesionales exigibles en la categoría y el puesto de trabajo. c) Especialización en sus diversos grados en alguna materia del propio trabajo. d) Facilitar y promover la adquisición por los de títulos académicos vinculados a la actividad sanitaria. e) Adaptar la mentalidad del trabajador hacia una dirección participativa. f) Ampliación de los conocimientos de los trabajadores y trabajadoras que les permita prosperar y aspirar a promociones profesionales y adquisición de los conocimientos correspondientes a otros puestos de trabajo. g) Conocer las condiciones laborales de su puesto de trabajo en evitación de riesgos laborales y promoción de hábitos saludables. h) Favorecer el acceso de las trabajadoras y trabajadores a categorías superiores y puestos directivos»). En el mismo sentido el convenio colectivo de trabajo de la empresa Centro de Empleo, Estudios y Formación, S.L.U., art. 45 (BO Provincia de Valencia de 9 de enero de 2015).

<sup>47</sup> Interesante es el Convenio Colectivo de las empresas del grupo «Madrileña Red de Gas, Sociedad Anónima Unipersonal», cuando en el art. 49 establece que se prestará especial atención a aquellos trabajadores que permanezcan hasta 15 años en turno TRR. En sus revisiones de salud, serán sometidos a pruebas específicas biométricas y psicosociales, para detectar secuelas inherentes a la turnicidad y se adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

<sup>48</sup> Por ejemplo el Convenio Colectivo de la empresa «IVECO España, Sociedad Limitada», art. 6 (BOE 1 de noviembre de 2014).

propia personalidad y expresión de los sentimientos y estados de ánimo; d) el tiempo de trabajo, permitiendo el descanso, la flexibilidad, la adecuación del tiempo al volumen o dificultad del trabajo; e) la conciliación de la vida laboral y familiar, acabando con la conocida como «doble presencia» asociada a la dificultad de atender a las dos esferas profesional y personal; f) las formas contractuales y condiciones de contratación y extinción del contrato, buscando evitar o aminorar la inseguridad laboral; g) la política salarial y de incentivos, evitando la inadecuación entre el valor del esfuerzo y trabajo realizado y su recompensa; h) el principio de igualdad, evitando los agravios comparativos y unas relaciones entre compañeros equilibradas; i) ascensos y promociones, buscando una realización profesional, un reconocimiento y una confianza en el futuro laboral, etc. Por otro lado, también el cambio de las condiciones de trabajo tiene que ser planificado y gestionado teniendo en cuenta la «salud psicosocial». De hecho precisamente estas situaciones conflictivas representan un marco especialmente propicio para que esta faceta de la salud de los trabajadores se vea afectada<sup>49</sup>.

En todo caso, también sería interesante que los convenios diseñen canales para que sea el propio trabajador el que proponga cambios en las condiciones individuales o en cuestiones de organización colectiva, dado lo sutil de estos riesgos y sus consecuencias, su condicionamiento a cuestiones de trato social difícil de detectar y evaluar desde fuera, como decíamos anteriormente, y la importancia de su localización y erradicación precoces. En esta línea destaca por ejemplo el Convenio Colectivo de la empresa Cruz Roja Española en la Comunidad de Madrid (BOE 11 de abril de 2015), que en el «Procedimiento de selección para cobertura de vacantes superiores a seis meses» establece: «Previo a la publicación de

<sup>49</sup> Vid. VILLAR CAÑADA, I. y VALLECILLO GÓMEZ, R.: «Reestructuraciones empresariales, riesgos psicosociales y bienestar en el trabajo. Una nueva dimensión del modelo comunitario de gestión social», Comares, Granada, 2011.

la convocatoria interna, se tendrán en cuenta las solicitudes de traslado efectuadas por los trabajadores/as que, al menos, tengan un año de antigüedad en la Institución, cuando estas hayan sido solicitada motivos de riesgos psicosociales» (Anexo I).

## EL TRATAMIENTO DE LAS DROGODEPENDENCIAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Uno de los objetivos que marca el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para los años 2015, 2016 y 2017, de fecha 8 de junio de 2015, es el abordar la problemática que se deriva del «consumo de alcohol, drogas y otras sustancias y establecer los instrumentos para, en el marco de la prevención de accidentes de trabajo, identificar y buscar solución a las situaciones y rasgos derivados de dicho consumo». Es cierto que este objetivo se ubica en este acuerdo en la lógica de evitar accidentes, es decir daños, pero ya se vislumbra una óptica más ambiciosa de aspirar a encontrar en el marco de la empresa soluciones a la problemática general que este consumo plantea.

En muchas ocasiones el consumo de drogas, fármacos y en general productos adictivos es considerado como una manifestación de riesgo psicosocial o resultado de la exposición al mismo. Sin embargo es una materia que tiene una sustantividad propia suficiente para recibir un tratamiento específico y a la hora de abordar éste, de nuevo encuentra un recorrido mucho más amplio en la lógica de la «promoción de la salud»<sup>50</sup>, que en la más limitada de

«prevención de que se produzcan daños». De hecho las apuestas más avanzadas de regulación en este ámbito por convenios que regulan protocolos o programas de actuación global contra la drogodependencias, incluyen en sus articulados referencias a la promoción de la salud<sup>51</sup>, fomento de la salud y la mejora de la «calidad de vida»<sup>52</sup> o la «mejora de la salud»<sup>53</sup>.

No obstante, sin perjuicio de las apuestas avanzadas mencionadas, por lo general la prevención de las drogodependencias y farmacodependencias es una materia que necesita incorporarse de manera más renovada al texto de nuestros convenios. Decimos renovada, porque el problema del consumo de alcohol y de otras drogas ha sido un contenido clásico en muchos sectores negociales. Sin embargo

---

destaca el Convenio Colectivo de YELL Publicidad, S.A. (BOE de 13 de enero de 2007), en cuyo art. 80 se establece que se «desarrollará una estrategia sanitaria para promover y proteger la salud comunitaria de los trabajadores, basada en campañas salubristas y de medicina preventiva: la lucha contra el hábito de fumar, contra el alcoholismo, la drogadicción, contra la obesidad y el riesgo cardiovascular, contra los accidentes de tránsito viales», a lo que suma el objetivo de «la formación en socorrismo y primeros auxilios del mayor número de empleadas que sea posible».

<sup>51</sup> Así el Convenio Colectivo de la empresa Vega Mayor, S.L. de Milagro (BO Navarra de 6 de marzo de 2018), que en su art. 85 establece un plan de prevención, que contempla «actuaciones, desde un punto de vista preventivo, asistencial e insertador», que perseguirán los siguientes objetivos: «Promocionar la salud por medio de la prevención del consumo del alcohol y las drogas»; «Fomentar la colaboración y responsabilidad de todo el colectivo laboral en el cumplimiento de esta actuación preventiva»; «Proporcionar información y apoyo al tratamiento a los trabajadores con problemas»; «Prevenir y reducir la accidentalidad laboral y el absentismo»; «Mejorar la productividad, calidad del trabajo y las relaciones laborales».

<sup>52</sup> XII Convenio Colectivo de RENFE (BOE de 14 de octubre de 1998) art. 556 ss., regulando el Plan de Acción contra la Drogodependencia y el Alcoholismo»; Convenio colectivo de Ferrovial Servicios, SA, y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes (BOE 26 de enero de 2018), anexo I titulado «Plan de prevención en materia de drogodependencia y alcoholismo»; IV Convenio colectivo de Cremonini Rail Ibérica, SA. (BOE 11 de julio de 2013) anexo II.

<sup>53</sup> Convenio Colectivo de la empresa Limpieza Pública y Protección Ambiental, S A Municipal (Lipasam) (BO Provincia de Sevilla de 18 de julio de 2016) en cuyo Anexo VI regula un «Programa de prevención y asistencia ante el consumo de alcohol y otras drogas en el trabajo de Lipasam».

---

<sup>50</sup> A la que alude por ejemplo el Convenio colectivo de trabajo de la Federación Valenciana de Municipios y Provincias (BOPV de 23 de abril de 2014), art. 41: «Promoción de la Salud. Deshabituación tabáquica. Teniendo en cuenta las orientaciones de los organismos tanto nacionales como internacionales, así como la legislación vigente relacionada con el tabaquismo, la FVMP, a través de los servicios de la Mutua proporcionará a los/as trabajadores/ras fumadores/as que así lo deseen un programa para la deshabituación tabáquica como medida de promoción de salud de los/as trabajadores/as. La asistencia a dicho programa se computará como trabajo efectivo». También

su tratamiento se ha venido haciendo desde la lógica punitiva del poder disciplinario. Se recoge como objeto de una conducta tipificada como infracción laboral disciplinaria, en seguimiento del propio esquema implantado por el Estatuto de los Trabajadores, que considera estos comportamientos, cuando se dan las exigencias de gravedad y culpabilidad oportunas, una causa legítima y suficiente para imponer la sanción más grave que el ordenamiento contempla, que es el despido disciplinario (art. 54.2 f) ET). Son muchos los convenios que tratan el tema de la drogodependencia, pero muchos menos los que lo hacen al margen de contemplar la embriaguez y toxicomanía —expresión clásica que se utiliza con más frecuencia—, como infracción disciplinaria o sancionar el incumplimiento de la prohibición legal de fumar en los centros de trabajo<sup>54</sup>.

Incluso hay convenios, que en una concepción lógica dentro del poder disciplinario —pero restrictiva desde el punto de vista de la protección y promoción de la salud— intentan ser muy escrupulosos con no afectar a la faceta personal del trabajador, y resaltan especialmente que solo será legítimo reaccionar cuando el comportamiento condicionado por el consumo de sustancias adictivas se esté manifestando en el entorno laboral<sup>55</sup>, lo que decíamos se supera desde la concepción de la «promoción de la salud».

El tratamiento de la problemática en sede disciplinaria es una manera de abordar la

cuestión en «clave negativa», en el sentido de que solo se reacciona y mediante una acción sancionadora, cuando se ha detectado un comportamiento diferente al que se presupone correcto<sup>56</sup>. No debemos olvidar además que la lógica del poder disciplinario es la de reprimir aquellos comportamientos del trabajador que, por suponer un incumplimiento de los deberes o directrices laborales, no cumplen las expectativas para la buena marcha de la empresa y no satisfacen el derecho subjetivo de crédito del empresario. Muy forzado es querer reconocer en estas infracciones disciplinarias tal como vienen tipificadas normalmente en los convenios, una medida preventiva en aras de la protección de la salud del trabajador. También lo es la regulación que contempla algún convenio de controlar los tiempos que los trabajadores fumadores dedican a hacerlo fuera de las dependencias de la empresa para su recuperación<sup>57</sup>.

En todo caso también hay que destacar que existen convenios que, aunque se centran en tomar medidas disciplinarias, intentan buscar soluciones más sensibles con la situación del trabajador, pasando por medidas menos gravosas de separación del servicio y bajas, antes de acudir a la extinción del contrato<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> La mayoría de los convenios no se detienen a regular el comportamiento que se espera, porque éste se presupone. No obstante, hay convenios que sí que lo tipifican como el art. 44 el Convenio Colectivo de la empresa Servicios Auxiliares Sanitarios de Urgencias, Sociedad Limitada (BOCM 19 de noviembre de 2016) que queda «prohibido llevar a cabo las tareas propias de conducción y de técnico de emergencias sanitarias bajo los efectos de las drogas y/o el alcohol. Del mismo modo, queda prohibida la ingesta de cualquier tipo de estas sustancias durante la jornada de trabajo».

<sup>57</sup> En este sentido el Convenio Colectivo de la empresa Izar Cutting Tools, S.A.L (BO de Vizcaya de 31 de marzo de 2017) establece en su art. 39, que todas las personas de la Plantilla de Izar deberán respetar y cumplir los procedimientos internos que, en su caso, se establezcan (apuntarse en un listado para ausentarse del puesto, fumar fuera del recinto de la empresa, fichar en el reloj de marcaje las entradas y salidas, recuperar el tiempo de ausencia, etc.).

<sup>58</sup> Así el Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Viajeros por Carretera de Servicios de Transporte Regular (BOEM de 6 de diciembre de 2017), que establece en el art. 28 que en «el caso de resultar no apto temporal para el puesto

<sup>54</sup> Entre otros muchos el Convenio Colectivo Aludium Transformación de Productos (BO Provincia de Alicante de 3 de abril de 2017) art. 46.2; Convenio Colectivo de la empresa «Compañía Española de Petróleos, Sociedad Anónima Unipersonal (BOE de 26 de diciembre de 2016) art. 2 del Título X.

<sup>55</sup> Así utilizando una expresión muy repetida, el art. 28 del Convenio Colectivo del Consejo General de la Abogacía Española, se refiere a la «embriaguez habitual y drogodependencia manifestada en jornada laboral y en su puesto de trabajo». En los mismos términos, entre otros muchos, el art. 35 del Convenio Colectivo de la empresa «Altamarca Grupo de Gestión, Sociedad Anónima»; art. 57 del Convenio Colectivo de la empresa «Hansen Et Cawley»; art. 46 del Convenio Colectivo de la empresa «DAF Vehículos Industriales, Sociedad Anónima Unipersonal».

En otros casos la sanción o penalización consiste en perder algún beneficio económico<sup>59</sup> y excepcionalmente se renuncia a sancionar al trabajador en general<sup>60</sup> o cuando éste colabore a cambiar su conducta hacia hábitos saludables<sup>61</sup>.

Pero en todo caso, mientras se contemple el despido como medida de reacción empresarial más o menos inmediata, debería plantearse que dicha extinción justificada en el consumo de sustancias adictivas habría de ser considerado, en muchos casos, no un despido disciplinario, sino un despido por causas objetivas, asociado a un incumplimiento involuntario ligado a una enfermedad o desequilibrio

---

de trabajo como consecuencia de resultados positivos en drogadicción o alcoholemia se volverá a realizar nuevamente un análisis, no antes de treinta días en caso de drogadicción y de siete días en alcoholemia, durante dicho período se le dará vacaciones al trabajador y de no tenerlas disponibles se suspenderá el contrato, salvo acuerdo entre partes. Reincorporándose en función de dar apto para el puesto de trabajo o bien causando baja en la empresa en caso de resultar positivo definitivo. De existir un nuevo análisis realizado a cuenta del trabajador y que dé resultado negativo, la empresa reincorporará de inmediato al trabajador».

<sup>59</sup> El Convenio Colectivo del Transporte de Mercancía por Carretera y Operadores de Transporte contempla en el art. 18 la pérdida de la ayuda económica a un seguro que le garantice salarios si pierde puntos o en el art. 16 el derecho a ser recolocado en otro puesto de trabajo en el mismo caso. En el mismo sentido el Convenio Estatal para el sector de contratas ferroviarias, art. 53 (BOE 6 de marzo de 2018) o el Convenio Colectivo del Sector de Alquiler de Vehículos con y sin Conductor (BOCM de 10 de septiembre de 2014) art. 12.

<sup>60</sup> En este sentido el Convenio Colectivo para la Empresa Fundación Hospital General de la Santísima Trinidad (BO de la Provincia de Salamanca de 21 de julio de 2017) establece en su art. 35 que el «consumo de drogas legales (fundamentalmente alcohol y tabaco) e ilegales implica problemas de salud con repercusiones individuales y colectivas, por ello se desarrollara un plan integral contra las drogodependencias en la empresa con una vertiente preventiva, asistencial, reinvertida, participativa, no sancionadora, voluntaria y planificada».

<sup>61</sup> Así el Convenio Colectivo del sector de ayuda a domicilio de Sevilla y provincia (BO Provincia de Sevilla del 10 de abril de 2018) establece que el «personal que se acoga a un programa de tratamiento no podrá ser objeto de sanción o despido y se le asegurará su reincorporación inmediata a su puesto de trabajo» (art. 26). En el mismo sentido, entre otros muchos, el Convenio Colectivo de Asientos de Galicia (BO Provincia Pontevedra de 25 de enero de 2018) art. 34.

de salud físico y psíquico. Con carácter general, en la medida en que la seguridad y salud es un deber de autoprotección también para el trabajador, ello significa que puede apuntarse este carácter imperativo a través de la imposición de una sanción disciplinaria. Sin embargo, no se puede olvidar que los principios del poder disciplinario exigen –como presupuesto de legitimidad de la imposición de la sanción– el factor de voluntariedad y culpabilidad por parte del trabajador y precisamente en los casos drogodependencia la concurrencia de estos elementos es cuestionable. De ahí que, no solo no es constructivo que la negociación colectiva se limite a contemplar las situaciones de drogodependencia como una infracción laboral más. Es que en ocasiones, un régimen regulador que no haga distinciones y matizaciones según la gravedad de la conducta del trabajador puede ser hasta ilegítimo. De hecho hay muchísimos convenios que, tratando de no ser permisivos en cuanto al nivel de tolerancia, consideran siempre al menos grave la infracción en que consiste el comportamiento drogodependiente. Pero como decimos, esta «dureza» en la graduación de la infracción, sin hacer distinciones en de las circunstancias, puede provocar disfunciones importantes con principios generales del Derecho Sancionador, como el de interpretación restrictiva e intervención mínima, que son también aplicables aunque de manera relajada al poder disciplinario empresarial. En este sentido es interesante lo preceptuado por algunos convenios en los que se condiciona la vía punitiva al hecho de que el trabajador no haya hecho lo posible para luchar contra su adicción<sup>62</sup>. El hecho de que haya una voluntad de superar este problema de salud por parte del trabajador le exculpa del comportamiento cometido. El sometimiento al tratamiento se

---

<sup>62</sup> Así por ejemplo el Convenio Colectivo Estatal de perfumería y afines (BOE de 24 de enero de 2017), entre otros, establece que la «embriaguez habitual, salvo que el trabajador haya puesto los medios necesarios, mediante el tratamiento adecuado a través de los servicios médicos o psicológicos públicos que así lo certifiquen, para normalizar tanto su salud como su vida laboral» se considerará infracción muy grave (art. 61).

considera prueba en contra de la culpabilidad o simplemente, se renuncia a sancionar la conducta como medida de apoyo al trabajador.

Preservando el poder disciplinario entonces para situaciones en las que se cumple sus exigencias, los negociadores colectivos deberían pactar medidas de formación, vigilancia de la salud, adaptación del puesto, apoyo personal, movilidad funcional, modulaciones del tiempo de trabajo como descansos o reducciones de jornada, permisos, suspensiones y excedencias con reserva de puesto de trabajo de la relación laboral, tratamientos rehabilitadores, mejoras voluntarias específicas en caso de incapacidad temporal, etc., además de las siempre positivas medidas de sensibilización a las que se limitan algunos convenios<sup>63</sup>.

Algún convenio se detiene en regular mecanismos de control del consumo de sustancias adictivas o que pueden mermar la capacidad del trabajador de desempeñar su trabajo en circunstancias óptimas de seguridad para ellos o terceros. Sin embargo estas regulaciones más elaboradas de esta cuestión<sup>64</sup> hay que destacar que se encuentran principalmente en convenios que regulan actividades profesionales en las que hay una especial preocupación al respecto<sup>65</sup>, en ocasiones también inculcada por campañas públicas de sensibilización, como el caso de las actividades de conducción de vehículos. Por lo tanto estas regulaciones

no pueden considerarse demostración clara de que la atención por tratar estos temas desde la perspectiva del cuidado o promoción de la salud esté calando de forma sólida en la negociación colectiva.

No obstante, hay que volver a destacar que, además de los convenios que mencionábamos al principio de este epígrafe que establecen un protocolo contra las drogodependencias, hay otros que establecen una regulación más avanzada sobre la materia como confiar en el Comité de Seguridad y Salud para que haga un estudio de la problemática de las drogodependencias y diseñe un plan de prevención y asistencia<sup>66</sup> o resaltar unos especiales compromisos de interlocución con los representantes de los trabajadores en cualquier medida relacionada con las drogodependencias<sup>67</sup> o al menos hacen un llamamiento a la necesidad de buscar el tratamiento adecuado al problema<sup>68</sup>, especificando las líneas en las que éste

<sup>63</sup> Así por ejemplo el Convenio Colectivo de la empresa municipal limpieza colegios y dependencias municipales de Huelva (BO Huelva de 5 de diciembre de 2016) establece en su disp. Adicional 1ª que las «partes firmantes de éste convenio, conscientes de la problemática de la drogodependencia y en aras de dar soluciones a este colectivo, especialmente con la intencionalidad de procurar acciones positivas de prevención actuaciones no deseables de dependencias de drogas, acuerdan la inclusión en el mismo de las (...) acciones de carácter preventivo», aunque de naturaleza exclusivamente formativa, informativa o sensibilizadora».

<sup>64</sup> Destaca por su elaboración el Convenio Colectivo de la empresa «Candispe, Sociedad Limitada», que regula en su art. 29 una «Política de alcohol y drogas» (BOCM de 21 de octubre de 2017).

<sup>65</sup> Por ejemplo el Convenio colectivo de empresa 2017-2020, «Strategic Minerals Spain, SL», art. 42 (Boletín Provincial de Orense de 26 de diciembre de 2016).

<sup>66</sup> Convenio colectivo de trabajo del personal laboral al servicio del Excmo. Ayuntamiento de Valencia (BO Provincia de Valencia de 2 de marzo de 2012), art. 85; Convenio Colectivo de las Universidades Públicas de Madrid (Personal Laboral) (BOCM de 10 de enero de 2006) art. 92 y el Convenio Colectivo de las Universidades Públicas de Madrid (Personal Docente e Investigador) dentro del Acuerdo general sobre formación, acción social, salud laboral y derechos sindicales (BOCM 12 de julio de 2003). En esta línea destaca el Convenio Colectivo de la empresa «Metro de Madrid, Sociedad Anónima», que en su art. 34 establece que el «Comité de Seguridad y Salud será informado de la revisión del proceso de vigilancia toxicológica actualmente vigente, para la implantación, dentro del primer semestre de 2014, de un nuevo sistema de detección toxicológica, de carácter aleatorio; sustituyendo progresivamente a los actuales. El Comité de Seguridad y Salud determinará a partir de cuándo y a qué colectivos se someterá al nuevo proceso de vigilancia toxicológica».

<sup>67</sup> Así el Convenio Colectivo del personal laboral de FEVAL (BO de Extremadura de 8 de noviembre de 2017) establece en el art. 25, que en «materia de drogodependencias en el ámbito laboral (alcohol, tabaquismo y otros) las partes acuerdan consensuar en materia de Salud Laboral cualquier norma, conflicto o situación derivada de este tipo de adicciones. Para ello, se comprometen a negociar protocolos de actuación e intervención en supuestos de conflictos laborales por cuestiones de drogodependencias». Fórmula que es repetida en varios convenios del mismo ámbito territorial.

<sup>68</sup> En esta línea «cuando se aprecien comportamientos extraños de carácter psíquico y/o farmacológico de especial

tratamiento se ha de concretar<sup>69</sup>. Algunos convenios, aunque todavía son excepcionales, dan el paso a tomar medidas para la efectiva recuperación de la salud, como una excedencia para «el tratamiento personal de toxicomanía y alcoholismo bajo vigilancia médica»<sup>70</sup>.

intensidad y habitualidad, la empresa, por propia iniciativa, a instancia del interesado, o a la de la representación de los trabajadores/as, pondrá los medios necesarios para que aquél sea sometido a reconocimiento médico especial y específico que contribuya a poder diagnosticar las causas y efectos y facilitar el tratamiento adecuado, obligándose al trabajador a colaborar con el equipo médico facultativo para cuantos reconocimientos, análisis y tratamientos sean necesarios» Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA, art. 26 (BOE 28 de febrero de 2018); Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad, art. 26 (BOE 1 de febrero de 2018); Convenio colectivo de la empresa Grupo Control Empresa de Seguridad, Sociedad Anónima, art. 51 (BOE 25 de octubre de 2014), y bastantes otros, entre los que predominan del sector de seguridad, aunque no exclusivamente, por ejemplo Convenio de empresa de Proinseer Energía, S.L, art. 32 (Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de 23 de febrero de 2016).

<sup>69</sup> En este sentido destaca el Convenio de Oficinas y Despachos de Ávila, en el que se hace un tratamiento global de la cuestión, afirmando, en un epígrafe titulado «Salud laboral y drogodependencias» que el consumo de drogas legales e ilegales implica problemas de salud con repercusiones individuales y colectivas. El inicio o incremento del consumo de drogas (fundamentalmente alcohol y tabaco) en el medio laboral viene en muchos casos determinado por condiciones de paro, precariedad o malas condiciones de trabajo. De ahí que se estime conveniente incluir en» el convenio un «plan integral en sus vertientes preventiva, asistencial, participativa, voluntaria y planificada». «Preventiva: Se pondrán en práctica medidas educativas, informativas y formativas (que motiven la reducción y el uso inadecuado de drogas y promocionen hábitos saludables. Asimismo, se potenciara la modificación de factores de riesgo y la mejora de las condiciones de trabajo. Asistencial y voluntaria: Se facilitara tratamiento a aquellos trabajadores/as que lo soliciten voluntariamente. A tal efecto, se realizaran y aplicaran programas de asistencia específicos por los servicios de prevención. Participativa: Toda iniciativa empresarial relacionada con la salud laboral y/o drogodependencias será consultada, con carácter previo, a los representantes de los trabajadores o en su defectos a los trabajadores» art. 26 titulado Seguridad y Salud en el Trabajo (BOP de 3 de enero de 2017). En términos similares el Convenio Colectivo de Convenio Colectivo «Kiabi España Ksce, s.a.» art. 45 (BOE 23 de septiembre de 2017), Convenio Colectivo de Cespa, s.a. con su personal de los servicios de limpieza viaria, recogida domiciliaria de basuras y eliminación de las mismas en Huelva capital, art. 38 (Boletín Oficial de Huelva 17 de octubre 2017).

<sup>70</sup> Colectivo de Empresas Comercializadora de Juego Colectivos, Dinero y Azar, art. 27 (BOCM de 12 de octubre de

## LA NEGOCIACIÓN DEL COMPROMISO DEL TRABAJADOR CON LA PROTECCIÓN DE SU PROPIA SALUD COMO PRESUPUESTO DE LA POLÍTICAS DE PROMOCIÓN DE LA SALUD

Una evolución del concepto de salud laboral hacia la salud integral exige, no solo un replanteamiento de la responsabilidad empresarial al respecto, sino también un avance acompasado del papel que ha de desempeñar el trabajador en la protección de sus propios bienes e intereses. Se podría distinguir entre dos estadios en la protección de la salud laboral. Por un lado, un primer nivel en el que se enmarcaría la protección frente a daños potenciales derivados de los riesgos característicos de la organización productiva. Esta protección se integra en la deuda clásica de seguridad, que le es imputable al empresario como titular de la misma y respecto de la que el trabajador se encuentra en una situación de derecho-deber. Un segundo nivel en el que, más allá de la ausencia de daños, lo que se busca es un óptimo estado de salud del trabajador, en el que —si bien el empresario sigue teniendo un papel protagonista puesto que es él quien tiene el poder organizativo en la empresa— exige un mayor grado de iniciativa e implicación por parte del trabajador. Se trataría de una «corresponsabilización» de empresario y trabajador en la búsqueda de ese objetivo más ambicioso. En este nivel la lógica de la imperatividad estricta empieza a ceder en favor de la lógica del compromiso conjunto, de manera que si el trabajador no contribuye con la mejor disposición posible, no se le puede atribuir al empresario el fracaso en la consecución de los objetivos. En este planteamiento el empresario tiene la carga de ofrecer ese sistema ambicioso de promoción de la salud, pero una vez que se supera el nivel informado por el principio de «no dañar a otro», para avan-

2016). En el mismo sentido el Convenio Colectivo del Sector Mayoristas y Exportadores de Pescados (BOCM de 28 de febrero 2015).

zar al terreno de la promoción, el empresario adopta una posición de «facilitador», dada la importancia de la esfera profesional en la vida de los individuos en sociedades como la nuestra, no solo en términos cuantitativos de tiempo de dedicado, sino también en términos cualitativos de implicación personal.

Este planteamiento no quiere decir que la «promoción de la salud» no se pueda enmarcar en una posición de débito por parte del empresario. Como manifiesta el INSHT la «promoción de la salud de los trabajadores y trabajadoras de la empresa» exige un esfuerzo de empresarios (mediante la creación de entornos seguros y saludables) y de los trabajadores (cuidando de su propio bienestar)<sup>71</sup> y el éxito deriva de la participación y compromiso de todos. Pero entendemos que hay que introducir dosis de razonabilidad respecto de las exigencias al empresario, cuando se está hablando de algo tan ambicioso como conseguir, en los términos marcados por la OMS, un estado de completo bienestar físico, mental y social del trabajador. No debe renunciarse al objetivo ambicioso de un deber de promocionar la salud, pero no pueden tampoco imponerse imperativos de conducta desorbitantes. A la hora de analizar su cumplimiento, es necesario valorar los condicionamientos de toda índole que puedan neutralizar o frustrar los esfuerzos realizados por el empresario y, sobre todo, el compromiso del trabajador en la colaboración.

Y esta corresponsabilización del trabajador permite además resolver un conflicto importante que se plantea a la hora de llegar a implementar medidas de promoción a la salud, esto es, la injerencia en la esfera extralaboral, con la que se produce un conflicto en dos sentidos:

- a) Por un lado, una promoción de la salud integral pasa por tener conocimiento del estado global de la misma y su se-

guimiento, para conocer las posibilidades de mejora. Ya un deber de vigilancia de la salud del trabajador en relación a los riesgos del puesto de trabajo como impone la LPRL supone un importante conflicto con el derecho a la intimidad. Cuando estamos hablando de aspirar a una salud integral, ésto exige en la mayoría de los casos acceder a datos relativos a aspectos pertenecientes a la esfera privada del trabajador (como hábitos y situaciones personales, condicionantes ambientales, cargas emocionales...). Por lo tanto este terreno ya es mucho más delicado. Solo puede llegar a desarrollarse con la colaboración y el consentimiento del empleado.

- b) Por otro lado, incluso desde la óptica del propio trabajador resultaría conflictivo con sus libertades básicas un deber de «autoprotegerse», no ya frente a daños previsible, sino para alcanzar el mejor nivel de salud posible. De nuevo solo puede resolverse esta cuestión con la voluntad y el compromiso conjunto del trabajador.

Un recorrido por la negociación colectiva permite reconocer que muchos de los convenios que recogen una concepción ambiciosa en materia de salud laboral apelan a esta necesaria colaboración del trabajador. Se considera así «una labor de todos» el conseguir el «objetivo común» de «favorecer un ambiente sano de trabajo y el bienestar del trabajador»<sup>72</sup>. Teniendo como objetivo marcado expresamente el concepto de salud «integral formulado por la Organización Mundial de la Salud» se subraya que se requiere «la colaboración activa de todos los empleados de la empresa». «La política preventiva forma parte de las funciones de todos y cada uno de los empleados que integran las Empresas»<sup>73</sup>. El tra-

<sup>72</sup> Convenio colectivo de Ferrovial Servicios, SA y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes, art. 88 (BOE de 26 de enero de 2018).

<sup>73</sup> Convenio Colectivo de las empresas vinculadas a Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU, art. 169 (BOE 21 de enero de 2016).

<sup>71</sup> [www.insht.es/portal/site/PromocionSalud/menuitem.084224e92eb1cbede435b197280311a0/?vgnnextoid=488aa56cdb134310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=78a15a20753c4310VgnVCM1000008130110aRCRD](http://www.insht.es/portal/site/PromocionSalud/menuitem.084224e92eb1cbede435b197280311a0/?vgnnextoid=488aa56cdb134310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnnextchannel=78a15a20753c4310VgnVCM1000008130110aRCRD)

bajador deberá «promover y buscar las mejores condiciones en general de seguridad en su área y puesto de trabajo y realizar propuestas de mejora de los mismos»<sup>74</sup>. Se persigue «fomentar la cultura preventiva y los cambios de actitud, requiriéndose para ello el compromiso recíproco entre la Empresa que la desarrolla y la imparte y el trabajador que la recibe»<sup>75</sup>.

### LA CONEXIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES CON LAS POLÍTICAS DE CUIDADO DEL MEDIO AMBIENTE

Cada vez se van encontrando más ejemplos en la negociación colectiva de convenios que incluyen menciones a la problemática del medio ambiente y dentro de éstos, es frecuente que al hacerlo la conecten con la materia de prevención de riesgos laborales<sup>76</sup>. En algunos casos incluso a nivel formal, dentro de la estructura del convenio, se reserva un título o capítulo a estas materias, rubricando esta parte con una alusión conjunta tanto a la seguridad y salud en el trabajo como al medio ambiente<sup>77</sup> o incluso haciendo referencia solo

<sup>74</sup> Convenio Colectivo de Arcelor Mittal España, art. 58 (BOPA de 25 de julio de 2017).

<sup>75</sup> Convenio Colectivo del Grupo ENAGAS, art. 52 (BOE 16 de mayo de 2016). Por otro lado el Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados de Madrid, en el art. 39, tras aludir a la búsqueda de que las condiciones de trabajo «representen el menor riesgo y no afecten negativamente a la salud de los trabajadores», establece que en «todo caso, los planteamientos, actuaciones y medidas que conjuntamente empresarios y trabajadores pongan en ejecución, sin condicionar la actividad irán encaminadas a lograr una mejora de la calidad de vida de los trabajadores afectados». En el mismo sentido VI Convenio colectivo general de ámbito nacional para el sector de aparcamientos y garaje, art. 77 (BOE 17 de mayo de 2017).

<sup>76</sup> El Convenio Colectivo de la empresa «Arc Retail Ibérica, Sociedad Limitada» (BOE 1 de abril de 2017) incluye un Título IV que se inicia diciendo que el «compromiso con la prevención de los riesgos laborales y la protección del Medio Ambiente en todas nuestras actuaciones es uno de los elementos esenciales que integra e inspira la política empresarial».

<sup>77</sup> Así por ejemplo Convenio colectivo de trabajo del sector de las Industrias Transformadoras de Materias Plásticas de la provincia de Valencia, que recoge un capítulo XI, que titula

a la seguridad y salud, pero luego regulando cuestiones de salud unitariamente con otras de medio ambiente<sup>78</sup>. En otras ocasiones la apuesta es más modesta, reservándose un artículo concreto a la materia medioambiental pero integrado en las cuestiones de seguridad y salud<sup>79</sup>, o se regula a continuación de las mismas<sup>80</sup>.

La salud laboral es una materia poliédrica que enraíza con lo que es la esencia y orígenes de la ordenación de las relaciones laborales, pero a su vez conecta con los retos más ambiciosos de nuestra sociedad. Persigue la protección de la persona del trabajador y sus bienes e intereses extrapatrimoniales frente a agresiones o exposiciones a riesgos intolerables derivados de la organización productiva. Pero más allá de ello, en una concepción amplia de la salud, conecta –como decíamos– con la búsqueda del bienestar y el desarrollo saludable de las distintas potencialidades del trabajador. Esto solo puede hacerse en un entorno que lo permita. El cuidado del entorno se convierte así en una premisa para el cuidado de la persona en sus diferentes facetas.

El cuidado de la persona y el cuidado del ambiente en el que ésta se ha de desenvolver se entrecruzan, existiendo multitud de sinergias entre los mismos<sup>81</sup>. El cuidado del medio

«Seguridad, salud y medio ambiente» (BO de la Provincia de Valencia de 21 de diciembre de 2017) al igual que hace el Convenio Colectivo de Tolsa S.A. en su capítulo X (BOCM 29 de abril de 2017); Convenio colectivo de la empresa Opel España, S.L.U., en el título III (BOPZ de 16 de marzo de 2018).

<sup>78</sup> XVIII Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 19 de agosto de 2016), título X.

<sup>79</sup> Así por ejemplo el Convenio Colectivo del Sector de Empresas de Educación Ambiental, dedica el art. 58 a «Política Medioambientales» (BOCM 3 de junio de 2016) dentro de un Capítulo, el XI dedicado a la Seguridad y Salud Laboral, entre otros muchos.

<sup>80</sup> Convenio Colectivo de Acciona Energía art. 77 (BOE 21 de octubre de 2014); Convenio Colectivo de Arcelor Mittal España (BOPA 25 de julio de 2017); Convenio Colectivo de la empresa «CEPL Ibérica, Sociedad Limitada», art. 66; Convenio Colectivo de la empresa Cruz Roja Española en la Comunidad de Madrid, art. 65.

<sup>81</sup> *Vid.* al respecto MONEREO PÉREZ, J. L., RIVAS VALLEJO, P.: «Prevención de riesgos laborales y medio ambiente», Comares,

ambiente externo y el medio ambiente interno de la empresa están interconectados. En muchas actividades profesionales existe además una notable exposición del trabajador a factores ambientales, que implican por lo tanto una especial incidencia de los mismos en su estado de salud. En estos riesgos medioambientales no tiene el empresario en muchas ocasiones una responsabilidad exclusiva, ni siquiera protagonista o incluso relevante. Sin embargo, en la medida en que él ordena y dirige la organización productiva, recae sobre él un imperativo de neutralizar los mismos y de no contribuir a su agravamiento. Ésto se traduce finalmente en una exigencia de proteger a los empleados frente a potenciales daños cuya fuente es externa a la organización productiva. Como dice el Convenio Colectivo del Sector de Empresas de Educación Ambiental la «empresa, en el marco de sus responsabilidades, deberá desarrollar Políticas Medioambientales que protejan el Medio Ambiente y a los empleados a su servicio frente a estos riesgos» (art. 58)<sup>82</sup>. Pero es más, estas fronteras porosas entre cuáles son los riesgos intrínsecos a la organización productiva y cuáles son extrínsecos, acaba justificando un tratamiento articulado. «La defensa de la salud en los lugares de trabajo no puede ser eficaz, si al mismo tiempo no se asume la responsabilidad propia en relación con la gestión de la repercusión medio ambiental de las actividades laborales y no abarca la defensa del medio ambiente. Por consiguiente hay que evaluar y prevenir las condiciones en las que se desarrolla el trabajo y también las repercusiones del mismo sobre éste» (art. 57 del Convenio colectivo estatal de acción e intervención social 2015-2017<sup>83</sup>). Por otro lado, el mismo concepto de promoción de la salud de los trabajadores, más allá de la prevención de daños, también

enlaza con el planteamiento de que la empresa no se puede desentender, cuando tiene margen de actuación, de factores que pueden tener una repercusión negativa en la misma, aunque sea a largo plazo. En esta línea el III Acuerdo para el uso sostenible de los recursos, la protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español, afirma que las «partes firmantes consideran prioritario hacer compatible el progreso económico y social con el respeto al medio ambiente y a los recursos naturales y con la garantía de la salud de los trabajadores para una mejora de la calidad de vida, tanto para las generaciones presentes como para las futuras»<sup>84</sup>. Hay convenios que descienden a concretar medidas y llegan incluso a crear herramientas comunes para ambas materias, como manuales de «buenas prácticas de seguridad, salud y medio ambiente» o incluso formalizan esta conexión con la creación de una «unidad» encargada de tratar de manera complementaria las materias de salud y medio ambiente<sup>85</sup>.

En cuestiones de medio ambiente y su conexión con la salud integral en el trabajo de nuevo llegamos a la conclusión de que es ne-

<sup>84</sup> BOE de 24 de octubre de 2017.

<sup>85</sup> Art. 62 del Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Valencia 2015-2020 (Boletín Oficial de la Provincia de Valencia de 6 de marzo de 2018), art. 66 del XVIII Convenio colectivo general de la industria química (BOE de 19 de agosto de 2016). Crea una Comisión Paritaria de Seguridad y Medio Ambiente el Convenio colectivo del sector de empresas que realizan actividades deportivas para terceros en Álava, art. 46 (BOTH de 17 de noviembre de 2017). El IX Acuerdo Marco del Grupo Repsol, en cuyo art. 45 atribuye a los Delegados de Prevención funciones en materia de cuidado del medio ambiente (BOE 19 diciembre de 2017). También el Convenio Colectivo de la empresa «CEPL Ibérica, Sociedad Limitada» (BOCM 24 de abril de 2014, en su art. 66, establece que «existirá un Delegado de medio ambiente, designado por cada organización sindical de las que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal en aquellas empresas donde tengan presencia en los órganos unitarios de representación de los trabajadores. El Delegado de Medio Ambiente será elegido de entre los miembros del Comité de Empresa, Delegados de Personal o Delegados de Prevención de la empresa y no dispondrá de crédito horario propio para el desempeño de sus funciones».

Granada, 2010; SASTRE IBARRECHE, R.: «Cláusulas medioambientales y prevención de riesgos en la negociación colectiva», Estudios sobre negociación y convenios colectivos: homenaje al profesor A. Guanche Marrero, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.

<sup>82</sup> BOCM de 3 de junio de 2017.

<sup>83</sup> BOE 3 de julio de 2015.

cesaria la búsqueda de equilibrios complejos entre intereses muy distintos y la negociación colectiva representa un instrumento especialmente idóneo para alcanzar estos puntos de encuentro. De ahí que sea responsabilidad común utilizarlo en todas sus potencialidades. El desarrollo sostenible y responsable solamente puede generarse a partir de una transacción. Y el convenio colectivo es el instrumento por excelencia para ello. En la negociación colectiva puede tener cabida la regulación de materias que no pueden ser impuestas por la regulación heterónoma sin representar una injerencia insostenible. También el convenio permite el poder avanzar en establecer compromisos sobre una materia que no está vedada para el legislador, pero respecto de la que los imperativos de conducta que éste pueda imponer han de ser mucho más condicionados, porque la libertad de empresa y la interdicción del intervencionismo limitan el grado

de exigencia que se puede imponer en búsqueda de compromisos de mejora y contribución constructiva. El legislador no puede hacerlo con la libertad que disfruta la negociación colectiva. La clave de la negociación colectiva es que nace de la autonomía de la voluntad y como tal del compromiso voluntario de las partes. Pero este compromiso no se queda en ese nivel de voluntariedad, sino que adquiere una fuerza vinculante «autoimpuesta» y garantizada por el sistema jurídico en el que se integra. Éste es el salto cualitativo que ofrece el convenio colectivo, como sede de regulación de esta materia, frente a otros espacios en los que se contemplan las cuestiones medioambientales, como parte de códigos de conducta o declaraciones institucionales conectadas en muchos casos con políticas de responsabilidad social corporativa, pero sin el componente de autovinculación jurídica que fortalece al convenio colectivo.

**RESUMEN**

Gracias al impulso de diversas instituciones supranacionales y nacionales va abriéndose un espacio cada vez mayor el concepto de «promoción de la salud en el trabajo», que supera la lógica de evitar daños para avanzar en la de procurar el mejor estado de salud posible. La salud se identifica aquí, en el sentido marcado por la Organización Mundial de la Salud, con el bienestar integral y la mejora de la calidad de vida. Esto representa por tanto un siguiente paso en la evolución jurídica de la concepción de la protección de la salud de los trabajadores, que desde la lógica de la reparación de daños –cuyos orígenes se remontan a la Ley de 1900 de Accidentes de Trabajo– pasa a la lógica de prevención de dichas consecuencias lesivas, para en un tercer estadio aspirar a un objetivo aún más ambicioso, que es el de la promoción del mejor nivel de salud alcanzable.

La negociación colectiva es un canal idóneo para desarrollar las medidas en que este objetivo tan ambicioso ha de concretarse. Pero es que además, hay un valor adicional que solo ofrece el convenio colectivo, porque supone el canal a través del cual compromisos que son adoptados libremente, como consecuencia del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, pasan a convertirse en auténticos imperativos de conducta exigibles a empresario y trabajador. Ante objetivos tan ambiciosos en aras de la salud, el respeto al derecho a la libertad de empresa y la interdicción del intervencionismo estatal exigen rebajar el grado de imperatividad de la posición de débito del empresario, en aras de un compromiso conjunto con el trabajador. También se debe tener en cuenta que en este espacio de la promoción de la salud laboral se proyectan objetivos de salud pública. Se considera a la empresa un catalizador idóneo para alcanzarlos. Pero de nuevo el respeto de la libertad de empresa y la interdicción del intervencionismo exigen no imponer sino impulsar e incentivar al empresario, lo que por otro lado tiene importantes ventajas para la organización empresarial como el aumento de la productividad, la reducción del absentismo, la fidelización de los trabajadores... El paso entonces para que se generen auténticos deberes empresariales de promoción de la salud laboral pasa porque un convenio colectivo así lo establezca. Mientras que en el nivel de la estricta prevención de riesgos/daños laborales, es decir, cuando se está hablando de «preservar la salud del trabajador» se impone un deber de máximos y el argumento del coste económico empresarial no es válido para reducir el nivel de exigencia, en el nivel de la promoción de la salud, es decir, ante la lógica de «generar la salud», sí que las consecuencias patrimoniales justifican una limitación del nivel de exigencia, también por argumentos económicos. En este delicado equilibrio de intereses de empresarios y trabajadores el carácter transaccional de la norma pactada convencional es clave.

Por todo ello en este trabajo, tras profundizar sobre el marco teórico de la noción de promoción de la salud, se hace un estudio del estado de la regulación por la negociación colectiva de aquellas materias en las que las propias instituciones que abogan por este concepto concretan las principales líneas de actuación. Se analiza el tratamiento que hacen los interlocutores sociales de la protección frente a los riesgos psicosociales, frente al problema de las drogodependencias...incluso la conexión que en muchos convenios se establece entre la cuestión de la protección de la salud laboral y la protección del medio ambiente.

Se profundizada también en cuál es la situación jurídica en la que se encuentra el trabajador. En las coordenadas clásicas de la prevención de riesgos laborales, se considera al empresario como el principal deudor de seguridad y la situación de sujeción jurídica del trabajador se encuentra mediatizada por ese protagonismo empresarial en la deuda de seguridad. El trabajador tiene un deber de protegerse a si mismo, algo realmente original en el marco de un contrato privado. Pero ello es consecuencia de su situación de dependencia y subordinación en el contrato de trabajo, que le exige asumir y cumplir el sistema

preventivo que haya establecido el empresario. De hecho el empresario tiene incluso un deber de neutralizar los efectos lesivos de las imprudencias no temerarias del trabajador. Sin embargo en el espacio de la promoción de la salud laboral, emerge la idea del compromiso conjunto entre empresario y trabajador como presupuesto del desarrollo de las medidas promocionales que pueda disponer el empresario, en cuanto titular y responsable de la organización productiva. Y esto es así, porque por un lado el grado de exigencia al empresario, como decíamos anteriormente, es más relajado y por otro lado, porque en muchos casos estas medidas promocionales de la salud exigen una injerencia en la faceta extralaboral del trabajador que tiene que ser aceptada por éste. Cuando analizamos los convenios colectivos comprobamos que es tónica general que se recoja, como presupuesto de la promoción de la salud en el trabajo, la necesidad de que sea una tarea compartida, sin perjuicio de la posición preeminente del empresario como titular de la organización productiva.

El balance que se hace tras un examen de la negociación colectiva es que, aunque se encuentran muchos casos de regulación convencional ejemplar, todavía queda mucho por hacer y los negociadores deben tomar el testigo que se les ofrece. Son muy frecuentes los convenios colectivos que recogen algún tipo de referencia a este nivel de promoción de la salud en el trabajo y marcan como objetivo establecer políticas y programas para avanzar en este camino. Esto ya representa un cambio de concepción muy interesante. No obstante, todavía son escasos los convenios que desarrollan medidas concretas en esta línea. El convenio permite el poder avanzar partiendo del compromiso voluntario de las partes. Pero este compromiso no se queda en ese nivel de voluntariedad, sino que adquiere una fuerza vinculante «autoimpuesta» y garantizada por el sistema jurídico en el que se integra. Éste es el salto cualitativo que ofrece el convenio colectivo, como fuente de regulación de esta materia, frente a otras posibles como códigos de conducta o instrumentos de formalización de la responsabilidad social corporativa. Por eso no se debe desaprovechar.

**Palabras clave:** Promoción de la salud en el trabajo; negociación colectiva; prevención de riesgos laborales; salud pública; riesgos psicosociales; drogodependencias; protección del medio ambiente.

**ABSTRACT**

Thanks to the effort of several supranational and national institutions, the concept of «workplace health promotion» has grown stronger with time and has become widespread. It goes beyond the goal of avoiding harm in order to advance in the pursuit of the best possible health level. Health is identified here, following the concept stated by the WHO, with integral well-being and the improvement of the quality of life. Therefore, this represents a further step in the legal evolution of health at workplace conception. From the first logic consisting in damage repairing – that goes back to the Law of 1900 of Work Accidents– it advances on to the logic of preventing these harmful consequences. Now the third stage focuses on an even more ambitious objective: the promotion of the best attainable health level.

Collective bargaining is an ideal channel to develop the measures in which this ambitious goal has to be implemented. But there is an additional value that only the collective agreement offers. It implies the way in which commitments, that are freely adopted, turn into authentic behavioral imperatives, as a consequence of the free exercise of the autonomy of the will. Faced with such ambitious objectives in the interest of health, the due respect for the freedom to run a business and the limits of State intervention require a reduction in the degree of imperativeness of the debit position of the employer. It rather turns into a joint commitment with the employee. It should also be taken into account that public health objectives play an important roll in this area of occupational health promotion. The company is considered an ideal catalyst to achieve them. However, the respect of entrepreneurial freedom and the interdiction of interventionism demand not to impose but to promote and encourage the entrepreneur, which, in fact has important benefits for the business organization such as increasing productivity, reducing absenteeism, retaining employees' loyalty... The right way to reach genuine employers juridical duties to promote occupational health is the collective agreement. At the level of prevention of risks / occupational injuries in a strict sense, that is, when we are talking about «preserving the employees health», a maximums duty is imposed to the employer. Therefore, the economic burden argument is not valid to reduce the legal strictness of that duty. But at the level of the workplace health promotion, that is to say, when referring to «generate health», the consideration of patrimonial consequences justify a limitation of exigency's level, also by economic arguments. In view of this delicate balance of interests of employers and employees, the collective bargain transactional nature is crucial.

That is why in this paper, after analysing the theoretical framework of workplace health promotion notion more closely, we have gone further studing how the social parties have regulated by collective bargaining those topics in which the institutions that advocate for this workplace health promotion concept specify the main lines of action. It is analyzed the social partners' treatment of protection against psychosocial risks, the problem of drugs' consumption and dependency ... as well as the connection that in many agreements is established between the issue of occupational health promotion and the environmental protection is evaluated to.

It also considers in depth the juridical position of employees. When we get into the strictly occupational risks prevention field, the employer is considered as the main debtor of security and the situation employee's legal subjection is mediated by that entrepreneurial prominence in the security debt. The worker has a duty to protect himself, something really unusual within the framework of a private contract. But this is a consequence of his subordination position in the work contract, that requires him to comply with the preventive system established by the employer. In fact, the employer has even a duty to neutralize the harmful effects of the worker's non-reckless imprudence. However, the scheme changes in the area of occupational health promotion. Here, the idea of a joint commitment between employer and employee is the premise for the development of promotional measures to be adopted by the employer, as owner and responsible for the productive organization. This is due, on the one hand, to the relaxed level of strictness

of employers' juridical duties, as earlier said. On the other hand, because in many cases these promotional measures of health promotion demand to encroach on the personal sphere of employees' private life and that is why there is a need for his acceptance. The study of collective bargaining leads to the conclusion that, in general, negotiators establish, as a premise of health promotion at workplace, that it must be a shared task, despite of the pre-eminent employer's position because he is the one heading the productive organization.

The outcome of the assessment that can be made after an examination of the content of a representative sample of collective agreements is that, although there are many cases of exemplary conventional regulation on workplace health promotion, there is still much to be done and the negotiators must take the witness that is offered to them. Collective agreements including some kind of reference to this workplace health promotion are very frequent and they emphasize the objective of establishing policies and programs to move forward in this matter. This already represents a very interesting evolution of occupational health conception. However, there are still few agreements that develop specific measures implementing this objectives. The agreement allows to progress on the basis of voluntary commitment of the parties. But this commitment does not remain at that level of voluntariness, but acquires a binding force «self-imposed» and guaranteed by the legal system in which it is integrated. This is the qualitative leap offered by the collective agreement, as regulation source of this matter, compared to other sources such as codes of conduct or diverse formalization instruments of corporate social responsibility.

**Keywords:** Workplace health promotion; collective bargaining; prevention of occupational risks; public health; psychosocial risks; drugs addiction; environmental protection.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

# Vigilancia de la salud laboral y protección de datos

# Health surveillance in workplace and data protection

SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR\*

---

## 1. LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN EL CONTEXTO DE LOS VEINTE AÑOS DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

**E**l marco de derechos, obligaciones y responsabilidades en seguridad y salud en el trabajo desde la perspectiva de la integración en el propio proyecto empresarial que instauró la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) siguiendo las pautas de la Directiva Marco, ha tenido, sin duda, una repercusión favorable en la mejora de las condiciones en la que se realiza el trabajo.

A esta mejora ha contribuido todo el marco reglamentario de concreción legislativa, desarrollado sobre la base de lo dispuesto en el artículo 6 de la LPRL; las guías y notas Técnicas del Instituto Nacional de Salud, Seguridad y Bienestar en el Trabajo, que han tenido un papel relevante en la dinamización y entendimiento de esa prevención; y las propias Estrategias Españolas de Seguridad y Salud que han reflejado las carencias detectadas y han

marcado el camino para adoptar medidas hacia una prevención realmente eficaz. También hay que valorar las acciones de los Institutos de Seguridad y Salud Laboral de las distintas Comunidades Autónomas, tales como los programas de reducción de la siniestralidad poniendo al servicio de las empresas con serias deficiencias en materia preventiva los recursos técnicos de la Administración con el objetivo de mejorar la gestión de la prevención en las mismas como garantía de competitividad y calidad. A su vez, la labor de la Inspección de Trabajo que, como órgano encargado del control y vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social, ha sido determinante en el cumplimiento empresarial de las obligaciones de seguridad y salud y, además, tiene el mérito de haber dado mayor visibilidad a la protección del bienestar psíquico de los trabajadores fomentando la implicación de las empresas en la evaluación y prevención de los riesgos psicosociales. Y, por último, mencionar también la acción de los interlocutores sociales proyectada, fundamentalmente, a través de los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva marcando las cuestiones preventivas a las que debía prestarse una mayor atención.

A pesar de ello, los nuevos métodos y formas de trabajo y las exigencias de los procesos pro-

---

\* Profesora contratada Doctora, (acreditada a titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Zaragoza.

ductivos ante el nuevo escenario económico en el que se desarrollan las relaciones laborales demandan mejoras en la normativa preventiva para que las garantías y responsabilidades establecidas cumplan, de manera efectiva, con el objetivo de llegar a un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo.

Demandas de mejora que se proyectan sobre las distintas obligaciones preventivas y alcanza, así, a la obligación de vigilancia de la salud tanto en su vertiente individual como en su vertiente colectiva o epidemiológica; esto es, como medida de acción preventiva conformada por un conjunto de actuaciones sanitarias diagnósticas aplicadas personalmente a trabajadores para evaluar su estado de salud en relación con los riesgos laborales y orientar las actividades y estrategias preventivas<sup>1</sup> y, por otro lado, como recopilación de datos epidemiológicos de los daños derivados del trabajo en la población activa (de cualquier ámbito geográfico, empresa o territorio) para controlarlos. Esta última dimensión resulta muy útil en el denominado Sistema de Información Sanitaria en Salud Laboral (SISAL) como estructura para la recogida, procesamiento, análisis y transmisión de la información para dar soporte a la formulación, implantación, seguimiento y evaluación de las políticas de salud, en este caso sectorial, proyectada en el ámbito laboral<sup>2</sup>. La base legal de estas dos dimensiones la encontramos, además de en reglamentos específicos según riesgos y normas sectoriales de aplicación, en los artículos 22 y 23 de la LPRL; artículos 37, 38 y 39 del *Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención (RSP)*; el *Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los cri-*

*terios básicos sobre organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención; y en los artículos 32 y 33 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.*

Esa dimensión colectiva plantea, entre otras cuestiones, la necesidad de una adecuada coordinación con el Sistema de Información del Sistema Nacional de Salud. Por su parte, la dimensión individual demanda una diferenciación clara con una protección de la salud general que pueden ofrecer las empresas como parte de una condición más beneficiosa o acción de responsabilidad social; la información que debe darse para un consentimiento no viciado; una delimitación más clara de los supuestos de obligatoriedad; perfilar el papel de la negociación colectiva al respecto; su periodicidad por sectores; una mayor presencia del personal médico y de enfermería del trabajo en actividades preventivas «no sanitarias» como la propia evaluación de riesgos; validar la pertinencia del informe de representación de los trabajadores para los casos de imprescindibilidad; la problemática de la vigilancia de la salud de personas con trastorno mental grave; o la posibilidad de elevar a rango de Ley los protocolos sanitarios<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> *Vid.*, entre los más recientes, apuntando alguna de estas cuestiones GARCÍA GONZÁLEZ, G.: «El marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo: lagunas, imperfecciones y propuestas de reforma (y II)», *Trabajo y Derecho* nº 30, 2017, -apartado 5-; DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: «Vigilancia de la salud y trabajadores con trastorno mental grave», *Anuario Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá* nº 10, 2017, págs.203-229; VV. AA. (MOLINA NAVARRETE, C.; MIÑARRO YANINI, M.; GARCÍA JIMÉNEZ, M. -Dirs.-): «Guía-Propuestas para la mejora del marco normativo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Razones para una necesaria reforma», Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2016, págs. 142-157; MOLINA NAVARRETE, C.; SORIANO ARROQUIA, E.M.: «Intimidación, pruebas médicas y convenio ¿caducado?: el riesgo a terceros ¿'excepción general' a su voluntariedad?» (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 4ª, de 10 de junio de 2015, rec. núm. 178/2014), *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, nº 392, 2015, págs. 119-125; MUÑOZ RUIZ, A.B.: «Problemas recientes sobre vigilancia de la salud: los casos de las empresas 'Transportes Intercity' y 'Servicios Integrales KTZ'», *Revista de información laboral*, nº 1, 2015, págs.

<sup>1</sup> SERRA, C. y GARCÍA GÓMEZ, M.: «Vigilancia individual de la salud», VVAA., BENAVIDES, F.; RUIZ FRUTOS, C.; y GARCÍA, A.M.: «Salud Laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales», Barcelona, 2ª ed, Masson, 2000.

<sup>2</sup> BENAVIDES, F.; RUIZ FRUTOS, C.: «Sistemas de información en Salud Laboral», VV. AA., BENAVIDES, F.; RUIZ FRUTOS, C.; GARCÍA, A.M.[Coords.]: «Salud laboral:...», *op. cit.* 2ª ed. pág. 208.

Además, en un contexto tecnológico y de competitividad sin precedentes, en el que el «emporio Big Data» puede convertirnos en seres totalmente controlados y vulnerables y, a punto de aplicarse el Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea (Reglamento General sobre protección de datos o RGPD)<sup>4</sup> y adaptando nuestro sistema jurídico de protección de datos al mismo –incluso con nueva normativa, ya en trámite parlamentario<sup>5</sup>–, se hace preciso revisar y concretar los contornos del principio de confidencialidad en relación con los datos derivados de la puesta en marcha de esta obligación preventiva<sup>6</sup>. Una confidencialidad especialmente importante para que cualquier sistema de tratamiento de datos en relación con esa vigilancia no vulnere los derechos fundamentales del trabajador y que, precisamente, el Reglamento Europeo considera principio esencial del tratamiento de datos en su artículo 5.1.f)<sup>7</sup>. Puede afirmarse

---

67-75; NAVARRO NIETO, F.: «Los reconocimientos médicos como instrumentos de vigilancia de la salud laboral: condicionantes legales y jurisprudenciales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº.11, 2012. También, como monografías, LOUSADA AROCHENA, J.F.; NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: «La vigilancia de la salud laboral», Madrid, Tecnos, 2016; LUQUE PARRA, M.: «Estudio jurídico en materia de vigilancia de la salud de los trabajadores, UGT-FPRL», Barcelona, 2011; FERNANDEZ-COSTALES MÚÑIZ, J.: «La vigilancia de la salud de los trabajadores», León, EOLAS, 2009.

<sup>4</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas física en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DO L 119, de 4 de mayo de 2016). Conforme a su artículo 99.2., se aplicará el 25 de mayo de 2018, aunque su entrada en vigor fue dos años antes.

<sup>5</sup> *Vid.* Proyecto de Ley de Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (BOCG-Congreso de los Diputados de 24 de noviembre de 2017)

<sup>6</sup> Art. 22.2 de la LPRL dice expresamente que «Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud»

<sup>7</sup> «Los datos personales serán tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»). Un principio de confidencialidad exigible para el encargado del tratamiento

así, que un sistema adecuado de tratamiento de datos será aquél que se rija por un escrupuloso respeto a la confidencialidad de esos datos y cumpla, con el objetivo puesto en ese respeto, con la normativa de protección de los mismos que sea de aplicación. Cómo se configura actualmente el sistema de protección de los datos relacionados con la salud de los trabajadores y las adaptaciones que habrá que acometer con la aplicación del Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea es el objeto de este estudio.

## 2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS RELACIONADOS CON LA SALUD

En España, este derecho tiene su base jurídica constitucional en el artículo 18.4 de la Constitución en el que se establece que la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Un derecho fundamental diferente al derecho a la intimidad, aunque su objeto sea parcialmente coincidente, pues prácticamente todos los derechos de una persona pueden resultar afectados por el tratamiento indebido de datos, como señaló la STC 292/2000, de 30 de noviembre<sup>8</sup>.

---

(art. 28); en la seguridad del tratamiento (art. 32); para el delegado de protección de datos (art. 38); en las propias actuaciones del Comité Europeo de protección de datos (art. 76); y que recorre parte de los considerandos de esta norma (39,49,75, 83, 85, 162, 163).

<sup>8</sup> Señala el fundamento jurídico sexto de esta sentencia, entre otros argumentos que, «El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado». «De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE

Las dos normas básicas que regulan esta protección de datos en España son la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD)<sup>9</sup> que supuso la transposición de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de esos datos, –Directiva hoy derogada por el RGPD, cuya aplicación se hará efectiva el 25 de mayo de 2018–, y el *RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal* (RLOPD). Esta normativa deberá ser adaptada e interpretada a la luz de las nuevas disposiciones del Reglamento Europeo.

La Ley define en su artículo 3.a) los datos de carácter personal como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables y considera que los datos relacionados con la salud son datos que deben ser especialmente protegidos cuya obtención, tratamiento y cesión sólo podrá realizarse cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente (art. 7.3). No obstante, si el tratamiento resulta necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, y siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto (art. 7.6), no se requerirá ese consentimiento que, tampoco será necesario, si se ceden a terceros si esa cesión está autorizada por una ley (art. 11), como puede ser la autorización para la realización de estudios epidemiológicos. Es

otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos».

<sup>9</sup> En el marco de esta Ley, algunas Comunidades Autónomas han desarrollado sus propias leyes de protección de datos de carácter personal.

así que el trabajador no podrá oponerse al tratamiento de los datos relacionados con su salud siempre que se garantice la finalidad de evaluar su estado de salud en relación con los riesgos laborales<sup>10</sup> y se facilite información sobre el tratamiento de esos datos<sup>11</sup>. Sí podrá oponerse, empero, a la obtención de esos datos, en supuestos en que la vigilancia no se considere obligatoria, y a cesiones a terceros no autorizados por la normativa preventiva<sup>12</sup>.

El Reglamento Europeo es más concreto y, en su artículo 9 afirma que está prohibido el tratamiento de datos relacionados con la salud (entre otros) salvo que (en lo que a este estudio respecta): el interesado dé su consentimiento explícito para el tratamiento excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados Miembros establezca que el interesado no puede levantar esa prohibición (art. 9.2.a); que el tratamiento sea necesario para «el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho Laboral y de la Seguridad y Protección Social, en la medida

<sup>10</sup> Así lo pone de manifiesto, también, la Jurisprudencia Constitucional que justifica la creación de ficheros con datos derivados de la vigilancia de la salud para fines preventivos sin necesidad de consentimiento por exigencia de los artículos 22 y 23 de la LPRL. (Vid., fj 3º y 4º de la STC 202/1999, de 8 de noviembre).

<sup>11</sup> La Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe Jurídico 0648/2008 ([www.aepd.es](http://www.aepd.es)) resuelve que «no será preciso recabar el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de salud derivados de la realización de las acciones de vigilancia de la salud que él mismo hubiera consentido, si bien, será preciso incorporar a la documentación que se facilite a aquél un documento informativo sobre el tratamiento de tales datos» (apartado VI)

<sup>12</sup> Sobre la base de la normativa preventiva, la Agencia Española de Protección de datos entiende como cesión de datos autorizado la comunicación de los relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores a la nueva entidad que desarrolle el servicio de prevención, «derivado de la obligación de puesta a disposición del nuevo servicio, derivado a su vez, de la obligación de mantenimiento de la historia clínico laboral prevista en el RD 39/1997», si bien, y en amparo de la protección dada por el artículo 22 a los datos médicos, sólo podrán ser entregados al «personal sanitario o centro médico encargado de los servicios de prevención» AEPD: Informe 391/2006, Cambio en el Servicio de Prevención de riesgos laborales y cesión de datos de salud, obtenido a través de <http://www.aepd.es>

en que así lo autorice el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de intereses del interesado» (art. 9.2.b)); o que el tratamiento sea necesario «para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados Miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario» siempre que, en estos casos, el tratamiento sea realizado por «un profesional sujeto a obligación de secreto profesional, o bajo su responsabilidad, de acuerdo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos nacionales competentes, o por cualquier otra persona sujeta también a la obligación de secreto de acuerdo con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o con las normas establecidas por los organismos nacionales competentes» (art. 9.2.h) en relación con el art. 9.4). Por último, el Reglamento manifiesta que los Estados miembros «podrán mantener o introducir condiciones adicionales, inclusive limitaciones, con respecto al tratamiento de datos genéticos, datos biométricos o datos relativos a la salud» (art. 9.4), lo que abre la puerta a una legislación estatal restrictiva para evitar cualquier brecha en la filtración de los datos. En este sentido, el art. 88 de este Reglamento Europeo hace referencia al tratamiento de los datos en el ámbito laboral y establece que los Estados miembros podrán establecer normas —en sentido amplio, también menciona a los Convenios Colectivos— más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en particular, entre otros, a efectos de salud y seguridad laboral con especial atención a la transparencia, a la transferencia de los datos dentro de un grupo empresarial o unión de empresas y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo.

No obstante esta regulación, la Ley no define lo que debe entenderse por datos de salud, cosa que sí hacen tanto el RLOPD como el nuevo Reglamento de la Unión Europea. Así, el RLOPD establece en su artículo 5.1.g) que deben considerarse datos de carácter personal relacionados con la salud las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, e incluye, además aquellos datos referidos al grado de discapacidad y su información genética. El Reglamento Europeo, por su parte, si bien da una definición genérica en el apartado 15 de su artículo 4<sup>13</sup>, concreta con detalle lo que debe incluirse en ese término en su Considerando 35. Así, además de referirse al estado de salud física o mental en los distintos momentos temporales, señala que también se refiere a: la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia, de conformidad con la *Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*<sup>14</sup>; a todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; a la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro.

Si se considera datos de salud la información obtenida de pruebas o exámenes de una

<sup>13</sup> «Datos relativos a la salud: datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud».

<sup>14</sup> Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DO L n.º 88 de 4 de abril de 2011)

parte del cuerpo o de una sustancia corporal y también el historial médico, parece que se podrá incluir lo relacionado con el abuso de alcohol y consumo de drogas que se haya podido conocer por la realización de esas pruebas o reflejado en la historia clínica, así como cualquier anotación personal sobre esa cuestión que haya podido hacer el personal médico por sí mismo o por comunicación de, en el caso de estudio, el trabajador; igualmente cualquier dato que sirva para identificar una enfermedad o trastorno psicológico, incluso los que se deriven de manifestaciones en formularios o encuestas. Consideración como datos de salud por la que se decantó la Agencia Española de Protección de Datos<sup>15</sup> que recurrió a lo establecido en el apartado 45 de la Memoria explicativa del *Convenio núm. 108, de 28 de enero de 1981, sobre la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal*<sup>16</sup>; así como a la *Recomendación n.º (97) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a la protección de datos médicos*, en cuanto que refiere la expresión datos médicos no sólo a los de salud en sí, sino a aquéllos de carácter personal que tienen una clara y estrecha relación con la salud, además de los genéticos; y también a la *Recomendación n.º (91) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia de estudios epidemiológicos en el ámbito de salud mental*, en la que se hace expresa referencia a la necesidad de establecer las garantías necesarias para la protección de los datos psicológicos y referentes a la salud mental<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Vid. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: «Informe Jurídico sobre Naturaleza de los datos psicológicos a efectos de su tratamiento», 1999, en <http://www.agpd.es>

<sup>16</sup> Ratificado por instrumento de 27 de enero de 1984 y publicado en el BOE de 15 de noviembre de 1985. Ese apartado 45 de su Memoria Explicativa señala que «debe entenderse que estos datos comprenden igualmente las informaciones relativas al abuso del alcohol o al consumo de drogas».

<sup>17</sup> El informe de la Agencia sobre la Naturaleza de los datos psicológicos a efecto de su tratamiento referenciado trae causa de una consulta de una Corporación Local en relación con la posibilidad de proceder al tratamiento de datos de carácter psicológico, incluyendo determinados datos, obtenidos de la apreciación subjetivas de las personas encargadas de lle-

A mayor abundamiento, la *Recomendación n.º (2015) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito del trabajo* recoge también la posibilidad del tratamiento de los datos relacionados con la salud para cumplir con los objetivos de la medicina preventiva (apartado. 9.2). Además establece que la información que se derive de la realización de test psicológicos, que deberán ser llevados a cabo por especialistas, estará sometida a una confidencialidad análoga a la de los datos médicos.

Una vez delimitado qué se entiende por datos de salud y vista la consideración como «de especial sensibilidad» que le otorgan las normas nacionales e internacionales de aplicación a efectos de su tratamiento y protección, se hace necesario analizar cuál debe ser esa protección específica desde la relación normas de prevención de riesgos laborales –normas de protección de datos.

### 3. LA CONFIDENCIALIDAD COMO PRINCIPIO GUÍA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS. SU PROYECCIÓN EN LOS RESULTADOS Y CONCLUSIONES DE LOS EXÁMENES DE SALUD LABORALES

Como se ha señalado supra, el principio de confidencialidad es el «principio guía» sobre el que debe pivotar toda la protección de los datos. Que un dato sea confidencial supone su reservabilidad, el mantenimiento en secreto hacia personas que no tienen un interés legí-

var a cabo la realización material de encuestas, referentes a los «problemas» que presenta el perfil psicológico de los sujetos encuestados (tales como dificultades en el aprendizaje, alcoholismo, drogodependencia, desarraigo y otros). La Agencia hace hincapié en que el tratamiento de datos de carácter psicológico podría, en la práctica, generar un perfil completo del individuo del que se desprendiese el conocimiento de otros datos especialmente protegidos por el legislador, tales como las creencias morales y religiosas o la vida sexual del sujeto, y, por ello, es necesario someter a esos datos al régimen de los datos relativos a la salud de las personas.

timo en su conocimiento. El artículo 22 de la LPRL distingue varios tipos de datos o, más correctamente, documentación de datos estructurados en función de dos fines diferentes, y con una distinta exigencia de confidencialidad. Para los resultados de la vigilancia la confidencialidad es máxima –sólo modulable por el consentimiento expreso del trabajador o un interés legítimo como el perjuicio para terceros–, mientras que para las conclusiones la confidencialidad es mínima por el tipo de datos que incorporan y la mayor cantidad de sujetos a los que se comunican, bien entendido que en ninguno de los dos casos debe trascender de la empresa o de los sujetos –incluida la Administración sanitaria– con responsabilidades en materia de prevención.

Efectivamente, el artículo 22 de la LPRL después de establecer el principio de confidencialidad, como manifestación del derecho a la intimidad, en los datos derivados de la práctica de la salud, lo modula en función de la documentación de esos datos según esté articulada en forma de resultados o en forma de conclusiones.

### 3.1. Resultados

Los resultados de la vigilancia de la salud son los documentos que contienen los datos personales referidos a la salud del trabajador derivados de la práctica de las diferentes pruebas a las que ha sido sometido para detectar el efecto que los riesgos de su puesto de trabajo provocan en su salud. La LPRL se refiere a ellos en su artículo 22.3 señalando que serán comunicados a los trabajadores afectados y, también, en el artículo 22.4.2º párr., con los términos información médica –se entiende también la referida a los exámenes de salud psico-social– de carácter personal. Deben incorporar el diagnóstico, pronóstico, y, en su caso, el tratamiento que debe seguir el trabajador o la remisión a su médico de atención primaria o especialista, así como todos los aspectos relacionados con su puesto de trabajo o

actividad con precisión y claridad<sup>18</sup> poniendo de manifiesto si la alteración de su salud tiene origen laboral, si puede verse agravada como consecuencia de las funciones que desempeña o si su estado de salud le impide o dificulta el normal desarrollo de su actividad laboral, afecta a otros trabajadores o a otras personas en la empresa<sup>19</sup>. Además la información podrá ser continuada si el trabajador está sujeto a tratamiento o a periodo de observación<sup>20</sup>. Cosa distinta es que, a partir de esa información, tengan que extraerse unas conclusiones en relación, única y exclusivamente, con la aptitud del trabajador en relación con el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de mejorar o introducir medidas de prevención o protección para las que, como se verá infra, la exigencia de confidencialidad es menor.

Además del trabajador tendrá acceso a la misma, conforme al artículo 22.4.2ª de la LRPL, el personal médico, entendiéndose por tal los propios licenciados o graduados en Medicina y Cirugía y su correspondiente especialidad–; y los especialistas en Enfermería –en cuanto a la necesidad establecida normativamente de que los servicios de prevención dispongan de ellos–<sup>21</sup>, que intervengan direc-

<sup>18</sup> SEMPERE NAVARRO, A.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M.; CARDENAL CARRO, M.: «Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo», Madrid, Civitas, 2001, pág. 226.

<sup>19</sup> BLASCO PELLICER, A.: «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador» en VAA.: BORRAJO DACRUZ, E (Dir.): «Trabajo y libertades públicas», Madrid, La Ley-Actualidad, pág. 274.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Conforme a los apartados 1 y 2 del artículo 4.2 del Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención, «1) El servicio sanitario del servicio de prevención debe contar con un director técnico, con el título de especialista en medicina del trabajo. 2) El personal sanitario debe contar con la cualificación necesaria para el desempeño de sus competencias profesionales: los médicos deberán ser especialistas en medicina del trabajo o diplomados en medicina de empresa. Los enfermeros deberán ser especialistas en enfermería del trabajo o diplomados en enfermería de empresa. Podrán participar en el servicio sanitario otros médicos o enfermeros especialistas en posesión del título oficial, en función de la capacitación asociada a su especialidad o disciplina, cuyo tiempo de trabajo contará a

tamente en la práctica de esas pruebas y los documentalistas que los incorporan a soporte informático y papel; no tendrán acceso, sin embargo, los ayudantes de esos profesionales, salvo en el caso en que este conocimiento resulte imprescindible. Para la vigilancia de la salud de tipo psicosocial el personal que tendrá acceso a estos resultados serán los psicólogos y sociólogos directamente encargados de esa vigilancia. Además, también podrán tener acceso a los mismos las autoridades sanitarias, entendiéndose por tales las que tengan competencia en materia de prevención de riesgos laborales<sup>22</sup> y limitado a los datos imprescindibles para que dichas autoridades puedan ejercer correctamente sus responsabilidades<sup>23</sup>.

La gestión de la comunicación de estos resultados debe recaer en los miembros del Servicio de Prevención con el que la empresa tenga concertado o contratado la práctica de esta medida preventiva. Deben entregarse por escrito, con exclusión de las posibles anotaciones subjetivas que se hayan realizado en el transcurso de la práctica de la vigilancia, en la medida en que las mismas forman parte –como pone de manifiesto el artículo 18.3

---

efectos de dotación de recursos de los servicios sanitarios del servicio de prevención.

<sup>22</sup> Efectivamente, esta alusión a las Autoridades Sanitarias deriva del protagonismo que tienen en la vigilancia de la salud, tanto por la regulación específica del artículo 10 de la LPRL en el que se hace referencia a la realización de protocolos, a la implantación de ese Sistema de Información en Salud Laboral –con la expresión «implantación de sistemas de información adecuados»–, a la realización de estudios epidemiológicos e investigaciones en salud laboral, y a la supervisión de la formación que, en materia de prevención y promoción de la salud laboral, deba recibir el personal sanitario actuante en los servicios de prevención autorizados. Este protagonismo ya venía reconocido en el Capítulo IV de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en el que, a estos efectos destaca el artículo 10.3, que fija el deber de mantener la confidencialidad de toda la información relacionada con el proceso realizado en instituciones sanitarias que colaboren con el sistema público respecto a la salud laboral. *Vid.* también, artículos 38 y 39 del RSP sobre colaboración de los servicios de prevención con el Sistema Nacional de la Salud.

<sup>23</sup> BLASCO PELLICER, A.: «El deber empresarial de vigilancia de la salud y el derecho a la intimidad del trabajador», *op. cit.*, pág. 275.

de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica– del derecho a la intimidad del médico o, en su caso, también del psicólogo o sociólogo<sup>24</sup>. Con el avance de las nuevas tecnologías, con ordenadores, móviles y táblets cada vez más sofisticados y con acceso a múltiples aplicaciones, lo habitual es que se depositen en alguna plataforma donde el trabajador pueda acceder con alguna clave o, bien, se remitan a éste directamente por correo electrónico. En cualquier caso, deberán adoptarse medidas que garanticen el respeto a la integridad y confidencialidad de esos datos. Si el trabajador lo prefiere, también puede recibirlos en su propio domicilio o en el casillero de empresa en sobre cerrado y sellado o firmado por los responsables del servicio de prevención. También podrán comunicarse de palabra, cumpliendo con los principios éticos de actuación recogidos en los diversos Códigos Deontológicos de los profesionales intervinientes en la vigilancia de la salud, cuando se haga necesario por la especial trascendencia de los resultados<sup>25</sup>.

Esta entrega de los resultados de la vigilancia forma parte del derecho a la intimidad como confidencialidad de los datos que forman parte de la propia persona y que deben ser conocidos por su titular quien, como manifestación de su libertad, puede decidir no conocerlos expresándolo por escrito. Esta renuncia al conocimiento no exime a los trabajadores de la obligación de cooperar con el empresario para que éste puede garantizarles unas condicio-

---

<sup>24</sup> En la Doctrina Jurídica hay desacuerdos, no obstante, sobre la concreción de lo que implica esa apreciación subjetiva. *Vid.*, entre los más recientes: VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: «La historia clínica como fichero de datos personales: responsabilidad por inobservancia de la Ley Orgánica de Protección de datos en su gestión», en *W. AA.*, «Derecho y salud como realidades interactivas», Cizur-Menor, Aranzadi, 2015, –apartado. 2.3–; o VIGUERAS PAREDES, P.: «La historia clínica: acceso, disponibilidad y seguridad», en <http://www.bioderecho.es>, núm 6, 2017, pág. 15 y las referencias en uno y otro señaladas.

<sup>25</sup> Por ejemplo, por haberse detectado una grave enfermedad.

nes de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para su seguridad y su salud (artículo 29 de la LPRL) y, en consecuencia, las medidas que los servicios de prevención recomienden adoptar o se exijan en las conclusiones de esos resultados deberán ser cumplidas por el trabajador, ya se trate de vigilancia de la salud obligatoria o voluntaria, con la consecuencia de sanción disciplinaria en caso de incumplimiento, salvo que, obviamente, esas medidas sean abusivas o atenten directamente contra los derechos fundamentales de los trabajadores

Tanto personal como autoridades sanitarias deben, conforme a esa obligada confidencialidad recogida en el artículo 22.2 de la LPRL, guardar secreto sobre el contenido de esos resultados frente al resto de las personas relacionadas de alguna forma con la obligación preventiva de vigilancia de la salud (empresario, representantes de los trabajadores...) y también respecto de terceros, salvo que de la no revelación de esos datos pudiera derivarse un perjuicio para la salud de otros trabajadores o de terceros relacionados con la empresa o que, por imperativo legal, se establezca lo contrario, pues, como se ha puesto de manifiesto, el límite de los derechos individuales se encuentra, según el Tribunal Constitucional, en el respeto al derecho de los otros y en lo que puedan determinar las leyes. Un secreto que no alcanza solamente a lo que pueda extraerse de esos resultados, sino también a todo aquello que el trabajador haya podido confiar al médico o a cualquiera de las personas involucradas en esa vigilancia<sup>26</sup>, así como todo lo que esas personas hayan visto, oído o comprendido con ocasión del desarrollo de sus funciones<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Pues, ciertas enfermedades pueden investigarse a partir del conocimiento de determinados hábitos sociales, como el consumo de drogas o ciertas prácticas sexuales, o deducirse a partir de enfermedades concurrentes. (En este sentido, SÁNCHEZ TORRES, E.: «El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», Relaciones Laborales, octubre 1997, pág. 113).

<sup>27</sup> Vid. concreción de lo que implica el secreto médico en FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ: «El secreto médico profesional y el

Por otra parte, debe advertirse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 22.4.2º párr., el trabajador podrá disponer que la información sobre el estado de salud contenida en los resultados sea facilitada al empresario o a otras personas –relacionadas o no con la prevención– con su consentimiento expreso –y aunque no lo diga expresamente la LPRL, por escrito y señalando concretamente a qué personas, físicas o jurídicas, quiere facilitar esos datos–. Sólo él, exceptuando los supuestos de perjuicios para terceros o cuando así esté establecido por una ley, puede romper la confidencialidad para que el conocimiento de su estado de salud por la empresa o terceros no se considere intromisión ilegítima<sup>28</sup>.

### 3.2. Conclusiones

Las conclusiones pueden definirse como la información final derivada de los datos de los resultados de los exámenes de salud físicos o psico-sociales practicados que señalan la aptitud o no del trabajador para el desempeño de un determinado puesto de trabajo y/o<sup>29</sup> la

---

deber de sigilo de los delegados de prevención en el ámbito del tratamiento y protección de datos de salud» en Revista técnico laboral, Vol. 34, nº. 133, 2012, págs. 360-373.

<sup>28</sup> Conforme al artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado su consentimiento expreso». Vid. también STS –Sala Contencioso-Administrativa– de 20 de octubre de 2009, en el que la se confirma la sanción de la Agencia Española de Protección de Datos a una Mutua al poner en conocimiento de una empresa información sobre la salud de un trabajador que había obtenido de un examen médico realizado cuando el trabajador estaba al servicio de otra empresa sin el consentimiento de aquél. A mayor abundamiento, la AEPD, en su Informe 0206/2010, establece la necesidad de ese consentimiento para la cesión a laboratorios externos o profesionales médicos independientes que colaboren con el servicio de prevención.

<sup>29</sup> Vid. la interesante interpretación sobre esa conjunción y disyuntiva junto con una crítica al recurso constante a la exclusividad de los «certificados de aptitud» en las conclusiones en RODRIGUEZ JAREÑO, M.C., DE MONTSERRAT y NONÓ, J.: «¿Es posible mejorar la utilidad preventiva de la vigilancia de la

necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención.

Conforme a las orientaciones establecidas por la OIT en la Recomendación núm. 171 de 1985 sobre los servicios de salud en el trabajo<sup>30</sup>, no deberían contener información de índole médica o, más bien, podría decirse, de índole clínica<sup>31</sup>. No pueden reflejar, así, la concreta enfermedad o problema de salud que el trabajador tiene evitando, de este modo, posibles tendencias empresariales hacia la discriminación<sup>32</sup>.

La comunicación de las mismas podrá ser individual, referenciando la aptitud para cada trabajador, aunque se entreguen en documento conjunto, o colectivas. Estas últimas dan una visión genérica del estado de salud de todos los trabajadores en conjunto aconsejando las medidas de protección que deban adoptarse, siempre que los resultados no determinen la necesidad de ofrecer unas conclusiones individualizadas<sup>33</sup>.

Las personas que pueden tener acceso a las conclusiones, según lo dispuesto en el artículo 22.4 de la LPRL, son, por un lado, la empresa y, por otro, las personas y órganos con responsabilidad en materia de prevención para que «puedan desarrollar correctamente sus funciones» respecto a la misma; luego, el uso de la información derivada de las conclusiones se limita, así, a lo estrictamente necesario para el correcto desempeño de sus funciones.

Esos sujetos con responsabilidades preventivas<sup>34</sup> son, en primer lugar, los delegados

salud de los trabajadores en el actual marco normativo?», en Archivo de Prevención de Riesgos Laborales, nº 20 (2), 2017, págs. 86 y 87

<sup>30</sup> Apartado 16 de la Recomendación citada. Puede encontrarse el texto en <http://www.ilo.org>

<sup>31</sup> Incluyendo, con más facilidad en este término, la dimensión psíquica de la salud.

<sup>32</sup> *Vid.* sobre las características de la aptitud en la obra de la autora de este trabajo, PEDROSA ALQUÉZAR S.I.: «La vigilancia de la salud en el ámbito laboral. Regulación legal, límites y cuestiones problemáticas», Madrid, CES, 2005, págs.126 a 129.

<sup>33</sup> Por ejemplo, porque en una empresa, todos los trabajadores son aptos para desempeñar sus respectivos puestos.

<sup>34</sup> Se reitera, habiendo revisado las novedades doctrinales y con alguna nueva aportación lo ya establecido por la autora

de prevención, en cuanto que entre sus funciones, recogidas en el artículo 36 de la LPRL, está la de colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva y, expresamente, en cuanto a sus competencias, la de tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones, con las limitaciones previstas en el artículo 22.4 de la LPRL. En segundo lugar, el Comité de Seguridad y Salud, como «órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos» (art. 39 LPRL) a quien la LPRL le atribuye la competencia de conocer cuantos documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones (art. 39.2.b)), así como la de conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas (art. 39.2.c)). En tercer lugar, la representación unitaria y sindical de los trabajadores en cuanto que los artículos 19 y 64 de Estatuto de los Trabajadores, así como el 18 de la LPRL, les atribuye funciones preventivas.

Además, considero que también tienen derecho al conocimiento de las conclusiones, los trabajadores designados para tareas preventivas (arts 10 y 12 del Reglamento de Servicios de Prevención), que complementarán las labores de los servicios de prevención, y los integrantes de los servicios de prevención que, salvo circunstancias excepcionales, no tienen acceso a los resultados, como auxiliares técnicos sanitarios o integrantes diferentes a los que tienen la función de vigilancia. En estos dos casos sólo cuando los que realizan la vigilancia de la salud lo consideren necesario en función de las circunstancias de la empresa, carácter de los riesgos en la misma y funciones atribuidas a esos colectivos. Por otro lado,

en PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.: «La vigilancia de la salud en el ámbito laboral», op. cit., 129-132.

también la autoridad laboral, en virtud de su derecho de acceso a la documentación sobre práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores y conclusiones obtenidas de los mismos recogido en el artículo 23.1.d) de la LPRL y, unida a ella, la Inspección de Trabajo y Seguridad, siempre que solicite esas conclusiones para cumplir con su función de asistencia técnica o de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas laborales.

Todos ellos están sometidos a un deber de confidencialidad entendiéndose que cuando el art. 22.2 de la LPRL dice «las medidas de vigilancia y control de la salud se llevarán a cabo respetando...la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud» hace referencia no sólo a los datos incorporados a los resultados y que llevarán a las conclusiones, sino también a las conclusiones mismas en cuanto documento final que resuelve sobre si el estado de salud del trabajador es el correcto para el desempeño del concreto puesto de trabajo<sup>35</sup>.

Además, el art. 36.2.b) de la LPRL prevé el respeto a la confidencialidad de las conclusiones para los Delegados de Prevención y la normativa sobre Inspección de Trabajo regula un deber de sigilo<sup>36</sup> que recoge también el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 62.2 y 65.2 para los representantes de los trabajadores. Por otro lado, los trabajadores designados para tareas preventivas y los miembros de los servicios de prevención, se encuentran sometidos también a un deber de sigilo de prevención conforme al artículo 30.4 de la LPRL que puede definirse como un secreto o prudencia concreta respecto a la información relativa a la empresa de la que tuvieran conocimiento como consecuencia del desempeño de sus funciones preventivas y en el que no hace falta

reunir ningún requisito de profesionalidad para su exigencia –información relativa a la empresa que puede incluir la aptitud o no de sus trabajadores para el desempeño de ciertos trabajos y a la que se le puede atribuir el carácter de reservada por causa justa<sup>37</sup>.

La confidencialidad empresarial también viene justificada por las exigencias de la buena fe contractual (art. 20.2 del ET) y del deber que se incorpora al tipo infractor del artículo 13.5. del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS)<sup>38</sup>.

Debe señalarse, además, que los miembros del servicio de prevención no encargados directamente de la vigilancia a quienes le son comunicadas las conclusiones tienen obligación de respetar la confidencialidad de los datos relacionados con la misma por prescripción de los artículos 15.2, para los servicios de prevención propios, y 18.3, para los servicios de prevención externos, del Reglamento de Servicios de Prevención cuya aplicación

<sup>37</sup> La empresa no puede atribuir a una información cualquiera ese carácter reservado. Éste debe determinarse de manera individualizada y objetiva, caso por caso y utilizando criterios de carácter objetivo, como la justa causa, con los que se llegue a concluir que una determinada información tiene carácter reservado. En la determinación de esos criterios tendrá un papel fundamental la negociación colectiva de empresa que, en función de las circunstancias de la misma, podrá dar orientaciones sobre lo que debe tener carácter reservado en ella (Vid. PEDROSA ALQUÉZAR, S.: «Ámbito de actuación y responsabilidades de los servicios de prevención en la Administración General del Estado», Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos, recursos humanos, nº 223, 2001, págs 147-148 con base en GARRIDO PÉREZ, E.: «La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información en los representantes de los trabajadores», Madrid, CES, 1995, págs. 331-362). Vid., alcance de ese carácter reservado en STC 213/2002, de 11 de noviembre que recuerda que no es suficiente con que el empresario califique unilateralmente como confidencial cierta información, sino que es necesario también que «desde un plano objetivo efectivamente lo sea» (fj. 9)).

<sup>38</sup> BOE de 8 de agosto. Su artículo 13.5 establece que se considerará infracción muy grave incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores.

<sup>35</sup> Así lo interpreta también el Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo, en su Nota Técnica de Prevención 959 sobre la vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales, pág. 4. Localizable en: <http://www.inssbt.es>.

<sup>36</sup> Vid., art. 10 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenador del Sistema de Inspección de Trabajo y la Seguridad Social

debe hacerse extensiva no sólo a los encargados de la actividad sanitaria –física, psíquica y social–, sino también a otros miembros del servicio de prevención en virtud del deber de coordinación entre sus componentes, también recogido en estos dos artículos.

Los miembros del Comité de Seguridad y Salud también se encuentran sometidos a este deber de confidencialidad, que puede justificarse en el deber de sigilo del artículo 30.4 en la medida en que sus miembros son sujetos con obligación de sigilo: Delegados de Prevención y representantes de los empresarios. Los que no integran pero participan en las reuniones de este órgano, no tendrán acceso a estas conclusiones, salvo que por otras funciones desempeñadas esté justificado el acceso a las mismas (Delegados sindicales)<sup>39</sup>, aunque sí que serán informados de las medidas adoptadas a partir de la práctica de la vigilancia.

Respecto a si las propuestas preventivas incorporadas a las conclusiones son o no vinculantes para el empresario, algunos autores niegan tal carácter en la medida en que la decisión última la tiene éste en virtud de sus poderes organizativos<sup>40</sup>. Si bien, las responsabilidades en las que puede incurrir el empresario por una vigilancia inadecuada, además de la necesidad de considerar a la vigilancia como una totalidad de práctica de exámenes de salud y medidas derivadas de esos exámenes que la LPRL encomienda a los servicios de prevención –aunque como manifestación de la obligación empresarial–, son motivo para po-

der afirmar que el cumplimiento de esas medidas propuestas no debería quedar a disposición del empresario. Tiene la obligación de asumirlas, pues la LPRL articula este deber de vigilancia a través del servicio de prevención. La empresa tiene obligación de poner en marcha la infraestructura adecuada, a través de los servicios de prevención, para llevar a cabo esa vigilancia que trae consigo unas consecuencias que forman también parte de esa obligación y, salvo, claro está, que el criterio del servicio de prevención vulnerara directamente alguno de los derechos fundamentales del trabajador sin ninguna justificación con el consiguiente perjuicio para el mismo<sup>41</sup>, debe cumplir con todas las implicaciones derivadas de ese deber<sup>42</sup>.

En refuerzo de esta línea argumental, debe señalarse que, en general, la normativa preventiva específica obliga al empresario a adoptar las medidas recogidas en las conclusiones. Así, el *Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos* establece, además, la obligación de «tener en cuenta las recomendaciones del médico responsable de la vigilancia de la salud al aplicar cualesquiera otras medidas necesarias para eliminar o reducir los riesgos...incluida la posibilidad de asignar al trabajador otro trabajo donde no exista riesgo de una nueva exposición» (art.6.8.c.); o el *Real Decreto 486/2010, de 23 de abril, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los*

<sup>39</sup> Además, también puede venir justificado en la propia garantía de confidencialidad general de los datos sanitarios y en la obligación de circunscribirse a las funciones preventivas que el ordenamiento le encomienda como criterios suficientes para asentar un implícito deber de sigilo al órgano como tal, independientemente de sus miembros, que, si se vulnera, permite al trabajador reclamar las responsabilidades que procedan.

<sup>40</sup> *Vid.*, SEMPERE NAVARRO, A; GARCÍA BLASCO, J.; *et al.*: «Derecho de la Seguridad...», *op. cit.*: «Las propuestas realizadas no son vinculantes para el empresario, de modo que la decisión empresarial entra en la esfera de sus poderes organizativos, si bien no puede desconocerse que una negativa a seguir las conclusiones formuladas puede determinar un incumplimiento empresarial...» (pág. 229).

<sup>41</sup> Si esta circunstancia se diera, habría que comentar la situación con ese servicio y adoptar otro tipo de medidas.

<sup>42</sup> Como pone de manifiesto MATEOS BEATOS, A., «...el informe o conclusión médica, además de ser operativo, termina siendo casi decisorio, puesto que deja escaso margen de maniobra al empresario sobre la elección del trabajador en relación al puesto de trabajo y, además, está facultado para entrar en el ámbito del poder de dirección del empresario, en cuanto que puede plantear medidas concretas de carácter preventivo que, en caso de ignorarse por el empresario, le comprometen en su responsabilidad» MATEOS BEATO, A.: «Diccionario de Seguridad y Salud Laboral: Conceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», Lex Nova, 5ª ed, Valladolid, 2006, pág. 1222.

riesgos relacionados con la exposición a radiaciones ópticas artificiales, que en su artículo 10 obliga al empresario a tener en cuenta las recomendaciones del médico responsable de la vigilancia de la salud al aplicar cualquiera otra medida que se considere necesario para eliminar o reducir riesgos<sup>43</sup>.

### 3.3. Algunos supuestos específicos

Para terminar con este análisis sobre los aspectos relacionados con los resultados y las conclusiones de la vigilancia de la salud, debe ponerse de manifiesto que algunos Reglamentos de desarrollo de la LPRL refuerzan la forma en que debe realizarse la comunicación de los resultados y las conclusiones adaptándolos al tipo de riesgo, además de coadyuvar a reforzar la idea de que la vigilancia es un todo que lleva inherente también las medidas preventivas o protectoras que se deriven de ella como obligación exigible al empresario.

Así, por ejemplo, el *Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos* exige la comunicación personal de los resultados cuando la vigilancia muestre que un trabajador padece una enfermedad identificable o unos efectos nocivos que, en opinión del médico responsable, son consecuencia de una exposición a un agente químico peligroso o bien cuando se supera un valor límite biológico de los indicados en el anexo II de ese Real Decreto –valores límite biológicos de aplicación obligatoria y las medidas de vigilancia de la salud en función de esos valores límite, aunque sólo hace referen-

<sup>43</sup> Otro ejemplo sería el RD 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo obliga al empresario a revisar la evaluación y las medidas de prevención y de protección colectivas e individuales adoptadas «cuando se hayan detectado alteraciones de la salud de los trabajadores que puedan deberse a la exposición a agentes cancerígenos, o cuando el resultado de los controles periódicos, incluidos los relativos a la vigilancia de la salud, ponga de manifiesto la inadecuación o insuficiencia de las mismas» (art.8.4);

cia al plomo y sus derivados iónicos—. En esa comunicación personal se podrá dar consejo sobre pautas saludables a seguir al finalizar la exposición y las recomendaciones oportunas cuando su enfermedad tenga que ser atendida por el Sistema Nacional de la Salud.

Por otro lado, hay que señalar que el artículo 24.3 de la LPRL y el artículo 10 del *RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales*, obligan a las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad que se desarrollen en sus centros de trabajo a vigilar el cumplimiento por las mismas de la normativa de riesgos laborales. De este modo, se hace necesario la comunicación de la empresa contratista o subcontratista de las conclusiones de la vigilancia de la salud para acreditar que se ha practicado la misma y los trabajadores pueden desarrollar las funciones contratadas y, por otro lado, podría ser posible la transmisión de resultados entre los diferentes servicios de prevención cuando sea necesario para garantizar el desempeño del trabajo en condiciones óptimas de salud.

## 4. EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS

### 4.1. Los sujetos intervinientes en el tratamiento

Las conclusiones, los resultados y el seguimiento continuado del estado de salud del trabajador suministran una serie de datos que se documentan y están sujetos a una elaboración y, posteriormente, a un proceso de archivación y puesta a disposición para su custodia y tutela, normalmente, en soporte informático. Fases, estas, del tratamiento de datos sobre vigilancia de la salud, en las que rige el principio de confidencialidad unido a otros que se analizan infra.

*El RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo*

de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (RLOPD), sobre la base de los principios de la Ley Orgánica y en desarrollo de su articulado, establece un sistema de protección en el tratamiento de los datos con medidas específicas para los considerados sensibles que deberá adaptarse a lo que dispone el Reglamento Europeo (RGPD). De hecho, la propia Agencia de Protección de Datos ha puesto a disposición de empresas y Administraciones diferentes documentos de apoyo para ayudarles a cumplir con las previsiones de ese Reglamento, de aplicación a partir del 25 de mayo de 2018 pero en vigor, como ya se recordó supra, desde mayo de 2016.

Debe determinarse en primer lugar quiénes son los responsables del tratamiento o del fichero entendiendo por tales, conforme a la definición dada por la LOPD en su artículo 3.d) y concretada por el artículo 5.1.q) del RLOPD, «la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente». Añade que también podrán serlo «los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados». Lo que caracteriza al responsable del fichero es el poder de decisión sobre el tratamiento de datos distinguiéndose, así, del encargado del tratamiento como «la concreta persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio» (art. 5.1.i del RLOPD en relación con el art. 3.g) de la LOPD). Así, el encargado seguirá las instrucciones de ese responsable pero, en virtud del artículo 12 de la LOPD, no bajo la dependencia o autoridad del mismo desde el punto de vista laboral, sino a través de

un contrato de outsourcing<sup>44</sup> y con responsabilidad equivalente al responsable del fichero conforme al artículo 43 de la LOPD<sup>45</sup>.

En el ámbito que nos ocupa y en relación con los ficheros de resultados el responsable

<sup>44</sup> La literalidad del artículo 12 de la LOPD reza como sigue: «1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento. 2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente».

<sup>45</sup> Si se quieren poner a disposición los datos a través de Internet con claves para que los distintos interesados y sólo ellos puedan consultarlos, los modelos de outsourcing más utilizados, siguiendo a TÉLLEZ, son, por un lado el contrato hosting y por otro el llamado contrato housing. El hosting es aquél en el que el encargado del tratamiento se limita a facilitar al responsable del fichero o tratamiento el emplazamiento, el hardware y las líneas de comunicación necesarios para poder realizar el tratamiento de los datos. Su responsabilidad es por la seguridad física de las máquinas, ya que es él quien puede disponer del emplazamiento y, por tanto, de la seguridad física que precise, salvo que se haya estipulado expresamente lo contrario, y el responsable del tratamiento deberá aplicar las medidas de seguridad lógicas. En el housing, el proveedor o encargado del tratamiento, presta toda la infraestructura para que el cliente introduzca sus datos y contenidos; además, explota el sistema. En este caso la responsabilidad en cuanto a la seguridad de evitar los accesos no autorizados es imputable a la empresa de housing, por lo que responderá de la efectiva aplicación de las medidas que se hayan determinado en el contrato y el documento de seguridad (TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Nuevas Tecnologías. Intimidad y protección de datos», Madrid, Edisofer, 2001, págs 119-121).

del mismo sería el servicio de prevención ajeno y, en el caso de que la vigilancia esté concertada con un servicio de prevención propio o mancomunado, la empresa<sup>46</sup>, si bien, dado que ésta no puede tener acceso a estos resultados, se tendrán que establecer distintos perfiles y facultades de acceso<sup>47</sup> para evitar el acceso de la misma a ese tipo de información.

En los ficheros de conclusiones, la calificación como responsable sería la misma que para la de resultados, si bien, si la empresa ha externalizado la vigilancia de la salud pero ha elaborado su propio fichero con el contenido de las conclusiones se considerará, también, responsable. Acción que probablemente sea lo más idóneo, teniendo en cuenta que la empresa va a decidir las medidas a adoptar en vigilancia de la salud con base en esas conclusiones y lógico es que pase a ser responsable del fichero al que van a tener acceso, también, como se señaló, otros órganos o personas físicas con responsabilidad preventiva. En este caso, para la imputación de responsabilidades derivadas de una manipulación inadecuada de datos de esas conclusiones, habrá que averiguar si ha venido del «responsable del fichero servicio de prevención» o del «responsable del fichero empresa». Cosa distinta es el fichero de conclusiones en los servicios de prevención propios. En este caso no haría falta la creación de un nuevo fichero en la empresa puesto que se entiende ya creado en la medida en que este servicio es considerado parte de la misma. El responsable sería el empresario, aunque la gestión correspondería al servicio de prevención propio.

No obstante, en aras del control del cumplimiento por la entidad de las exigencias establecidas en la LOPD y, en particular, del respeto de los derechos afectados por el tratamiento, el RLOPD, en su artículo 5.2.1) poniéndolo en relación con las medidas de se-

guridad que deben adaptarse en los ficheros, y de las que se hablará infra, regula la figura del responsable de seguridad. Se exige cuando se realicen tratamientos de datos que exijan la aplicación de medidas de seguridad de nivel medio o alto (art. 88.4 RLOPD). Son las personas físicas a las que el responsable del fichero ha asignado formalmente la función de coordinar y controlar las medidas de seguridad aplicables, pero que no eximen de responsabilidad al responsable del fichero. Debería ser una persona que tuviera conocimientos de informática a la vez que jurídicos para la coordinación de aspectos legales u organizativos que requieran esas medidas (procedimientos de acceso, rectificación, oposición y cancelación, etc...). Para la coordinación de medidas de seguridad que tuvieran que ver con los ficheros de vigilancia de la salud debería formar parte del servicio de prevención, independientemente que la empresa tuviera otros responsables de seguridad para otros ficheros. Si esto no es posible, deberá actuar con la mayor confidencialidad posible frente a la empresa en toda la gestión de esas medidas de seguridad aplicadas a la vigilancia de la salud.

El Reglamento Europeo define las figuras del responsable del tratamiento y encargado de tratamiento de forma similar (art. 4.6 y 4.7 del RGPD). Si bien, en cuanto a las obligaciones de los mismos, introduce alguna nueva y modifica algunos aspectos del régimen actual. En este sentido, debe resaltarse la llamada «responsabilidad proactiva» (art 5.2). Implica que el responsable del tratamiento debe aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento cumple con los principios regulados en el Reglamento. Esto es, que los datos personales son tratados de forma lícita, leal y transparente; que son adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con la finalidad para la que fueron recogidos; que son exactos; que su conservación es limitada; y que se rigen por la integridad y la confidencialidad (art. 5.1) y que todo esto puede demostrarlo (art. 5.2).

<sup>46</sup> Así lo aclara la propia Agencia de Protección de Datos en su Guía de Protección de Datos en las relaciones laborales, <http://www.aepd.es>, págs. 21 a 25.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

En aras de esa responsabilidad proactiva este Reglamento establece en su artículo 25 un enfoque de riesgo en la protección exigiendo que ésta se haga desde el diseño y por defecto, es decir, que se adopten medidas con anterioridad al inicio del tratamiento y también cuando se está desarrollando. Si el tratamiento puede entrañar un grave riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el Reglamento exige evaluaciones de impacto sobre la protección de datos a fin de identificar, evaluar y gestionar los riesgos a los que están expuestas sus actividades de tratamiento con el objetivo de adoptar medidas para garantizar los derechos y libertades de las personas físicas (art. 35 RGPD) que no está claro su obligatoriedad al tratamiento de datos relacionado con la salud laboral<sup>48</sup>. Por otro lado, el encargado y responsable del tratamiento podrán designar un delegado de protección de datos (Art. 37 RGPD) que siguiendo las *Directrices sobre los delegados de protección de datos del Grupo de Trabajo del artículo 29*<sup>49</sup> sería necesario en los casos del tratamiento por parte del servicio de prevención ajeno (en mi opinión también mancomunado) pero no en los casos en los que el tratamiento lo haga el servicio de prevención propio. Por otro lado, se requiere que se establezca el mecanismo y procedimiento en relación con la notificación de las quebras de seguridad que pudieran acontecer (art. 33).

Además, en relación con la relación encargado-responsable, el artículo 28 establece que el responsable deberá elegir al que ofrezca garantías suficientes<sup>50</sup> para aplicar medi-

das técnicas y organizativas apropiadas. En el contrato o acto jurídico<sup>51</sup> por el que se rija el tratamiento deberá constar el objeto, duración, naturaleza y finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados y las obligaciones y derechos del responsable (art. 28.3) así como las obligaciones del encargado recogidas en los apartados a-h del art. 28.3 (ayuda al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones, tratamiento de los datos personales siguiendo instrucciones documentadas del responsable etc...). Además, ambos, por indicación del artículo 32 del RGPD, tienen que adoptar medidas de seguridad para garantizar la integridad de los datos cuyo análisis se realiza a continuación.

#### 4.2. Las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad constituyen un instrumento de especial importancia en el tratamiento de datos derivados de la práctica de la vigilancia de la salud en la medida en que cualquier filtración de los mismos no sólo puede vulnerar la intimidad, sino llegar a atentar, más directamente que en otros ámbitos, contra la dignidad y la igualdad pues esa filtración de datos puede llegar a crear empresas con «trabajadores a la carta».

Su base jurídica actual se encuentra en el artículo 9 de la LOPD que las define como aquéllas necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del «estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almace-

<sup>48</sup> Vid. Directrices sobre la evaluación del impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/ 679 del Grupo de Trabajo del artículo 29, WP 248rev.1, de 4 de octubre de 2017.

<sup>49</sup> Directrices sobre los delegados de protección de datos del Grupo de Trabajo del artículo 29, WP 243rev.0, de 5 de abril de 2017, pág. 21

<sup>50</sup> Conforme al apartado 5 del artículo 28 de este Reglamento europeo la adhesión del encargado del tratamiento a un código de conducta aprobado a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42

podrá utilizarse como elemento para demostrar la exigencia de garantías suficientes.

<sup>51</sup> La posibilidad de regular esta relación a través de un acto jurídico unilateral del responsable del tratamiento es una aportación del RGPD. Ese acto, como podría ser una resolución administrativa, debe definir claramente la posición del encargado del tratamiento (Vid. para más información AEPD: Directrices para la elaboración de contratos entre responsables y Encargados de Tratamiento, 2017, localizable en <http://www.aepd.es>)

nados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural», prestando especial atención a los ficheros que contengan datos sobre salud u otros datos sensibles del artículo 7 de la LOPD, como ideología o religión (art. 9.1 en relación con el art. 9.3 de la LOPD).

Su desarrollo se encuentra en el Título VIII del RLOPD que las clasifica en niveles básico, medio y alto (art. 80). Para los ficheros que contengan datos sobre salud las medidas a adoptar deben ser las de nivel alto (art. 81.3.a)), si bien en el apartado 6 de ese artículo 81 matiza y señala que para los ficheros que contengan datos relativos a la salud «referentes exclusivamente al grado de discapacidad o la simple declaración de la condición de discapacidad o invalidez del afectado, con motivo del cumplimiento de deberes públicos» podrán implantarse medidas de nivel básico. Esto ha sido interpretado por la Agencia Española de Protección de Datos en el sentido de que para los ficheros con indicaciones de «apto» o «no apto» de un trabajador a los efectos previstos en la LPRL únicamente se exigirá el nivel básico. Por el contrario, si el fichero contuviera cualesquiera datos relacionados con los resultados de las acciones de vigilancia de la salud distintos del meramente referido a la aptitud del trabajador o incorporasen los datos relacionados con la concreta enfermedad o accidente padecido por el trabajador, se aplicará el artículo 81.3 y, por tanto, las medidas de nivel alto<sup>52</sup>. La Agencia ha señalado, además, que si se incorporase a ese fichero de aptitud un dato relacionado con la salud respecto del que no operase la citada excepción del 81.6, sería preciso que en ese mismo momento se implantasen las medidas de seguridad de nivel alto y se notificase la modificación del fichero en los términos previstos en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999<sup>53</sup>. Considero, no obstante que, en aras de una mejor seguridad, los sujetos implicados

en la gestión del tratamiento deberían, también en este caso, adoptar medidas de nivel alto.

Esas medidas de nivel alto se concretan en (arts. 89 a 104): las funciones y obligaciones del personal que tenga que ver con la utilización de ese fichero; registro de incidencias, control y registro de acceso, gestión y distribución de soportes y documentos, identificación y autenticación, copias de respaldo y recuperación, responsable de seguridad, auditoría, registro de incidencias; procedimiento de realización de copias de respaldo y de recuperación de datos; y cifrado o mecanismo similar en la transmisión a través de redes públicas o redes inalámbricas.

Estas medidas deben reflejarse en el denominado documento de seguridad, como instrumento que contiene las garantías precisas para evitar que los datos sean leídos, copiados, alterados o retirados por personas no autorizadas. Debe mantenerse actualizado y adecuarse en todo momento a las disposiciones vigentes en materia de protección de datos (art. 81.7 y 8 del RLOPD). Además, debe revisarse siempre que se produzcan cambios relevantes «en el sistema de información, en el sistema de tratamiento empleado, en su organización, en el contenido de la información incluida en los ficheros o tratamientos o, en su caso como consecuencia de los controles periódicos realizados o en la organización del mismo» (art. 81.7). La relevancia del cambio vendrá determinada por la posibilidad de repercutir en el cumplimiento de las medidas de seguridad implantadas (art. 81.7).

El Reglamento Europeo, en lugar de determinar con detalle y de forma exhaustiva por niveles las medidas de seguridad que deben aplicarse según el tipo de datos objeto de tratamiento, ordena a los representantes y encargados la necesidad de articularlas teniendo en cuenta los riesgos detectados en un análisis previo. Si con la regulación en el RLOPD se toman las medidas de seguridad sobre la base, casi exclusiva, del tipo de datos, con el Reglamento Europeo se debe considerar el coste de la técnica, los costes de aplicación, la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento y

<sup>52</sup> Vid., AEPD: Informe 0179-2008 y citado por otros como el 0574-2008 todos accesibles a través de la web <http://www.aepd.es>.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

los riesgos para los derechos y libertades (art. 32 RGPD). En este sentido, y en relación con la compatibilidad del ordenamiento español con los criterios del Reglamento, se podrá continuar aplicando las medidas tal y como se recogen en el RLOPD si el análisis de riesgo concluye que las medidas son realmente las más adecuadas para ofrecer un nivel de seguridad adecuado. En ocasiones será necesario completarlas con medidas adicionales o prescindir de alguna de esas medidas<sup>54</sup>.

Conforme al Reglamento Europeo, deben tomarse medidas (art. 32 RGPD) en relación con la seudonimización (art. 4.5 RGPD) como técnica que permite desvincular los datos personales de la persona a la que identifican, que limita la trazabilidad de la identificación, pero permite volver a vincular los datos y la persona<sup>55</sup>; con el cifrado de los datos de manera que impida el acceso a los mismos a personas no autorizadas; la confidencialidad, integridad, disponibilidad y resiliencia; la capacidad de restaurar la disponibilidad y el acceso a los datos personales de forma rápida en caso de incidente físico o técnico y el proceso de verificación, evaluación y valoración regulares de la eficacia de las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad del tratamiento.

#### 4.3. Principios y derechos del tratamiento de datos: su aplicación a la vigilancia de la salud

Resulta de gran interés analizar y exponer qué principios debe cumplir cualquier trata-

miento de datos obtenidos tras la práctica de la vigilancia de la salud, principios que suponen una garantía de respeto a los derechos de los trabajadores y que demuestran que un fichero informatizado no es algo arbitrario o una simple recogida de datos en un determinado ordenador, sino un almacén al que hay que dotar de todas las garantías precisas para realizar una vigilancia de calidad. A estos principios se añaden los derechos derivados del tratamiento para la persona afectada por el mismo que vienen a aumentar el elenco de derechos que deben respetarse en la práctica de esa vigilancia de la salud.

Los principios se encuentran regulados en el artículo 4 de la LOPD, artículo 8 del RLOPD y en el artículo 5 del RGPD y se aplican tanto a la recogida y almacenamiento de los datos, como a la utilización de los mismos contenidos en los ficheros de la empresa o de los servicios de prevención.

Las bases de datos relacionadas con la vigilancia de la salud deben cumplir con los principios de finalidad –fines determinados, explícitos y legítimos, dice el Reglamento Europeo–, respecto del cual la utilización de datos para otros fines compatibles debe interpretarse de forma extremadamente restrictiva por las implicaciones de la vigilancia con los derechos fundamentales. Por otro lado con el principio de pertinencia, en cuanto a la adecuación de los datos al fin pretendido. Veracidad en cuanto a la exactitud de los mismos, de especial interés para un diagnóstico adecuado sobre la aptitud del trabajador. Y también licitud, en cuanto prohibición de toma de datos por medios fraudulentos, como espiar los hábitos de vida de un trabajador que pueden influir en su salud. El Reglamento Europeo recuerda, también, la necesidad de transparencia en el tratamiento, integridad y confidencialidad.

Por otro lado, el empresario debe tener en cuenta que esos ficheros de vigilancia de la salud generan unos derechos para el trabajador que deben ser respetados (Título III, tanto de la LOPD como del RLOPD y Capítulo III del RGPD). Así, el de acceso a los datos, articula-

<sup>54</sup> En esta reflexión sobre lo que suponen las medidas de seguridad con la nueva normativa se ha seguido el documento AEPD: Guía del Reglamento General de Protección de Datos para Responsables del Tratamiento, localizable en <http://www.aepd.es>.

<sup>55</sup> Definición, sobre la base de ese artículo 4.5 del RGPD, de ORTEGA GIMÉNEZ, A.: «El Reglamento General de Protección de datos de la UE en la empresa: novedades prácticas (1)», en Diario La Ley nº 15, Sección Ciberderecho, 7 de marzo de 2018, ejemplar de internet, pág. 3.

do a través de la comunicación de resultados y conclusiones, pero, también, a través de la posibilidad de pedir información sobre los datos que han podido ser cedidos o solicitar copia de datos específicos de los resultados, por ejemplo; el derecho de rectificación y cancelación, inherentes al principio de veracidad; y el derecho de conservación limitada, en cuanto que los datos derivados de la práctica de la vigilancia de la salud sólo podrán estar en los ficheros durante el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de sus fines; es así que si tras un nuevo examen de salud carecen de utilidad los datos del anterior, deberán ser cancelados. Principios y derechos que suponen, en definitiva, una garantía de respeto a los derechos de los trabajadores y que demuestran que un fichero no es algo arbitrario o una simple recogida de datos, sino

un almacén al que hay que dotar de todas las garantías precisas para realizar una vigilancia de calidad.

## 5. CONCLUSIÓN

Con el nuevo Reglamento Europeo de Protección de datos la seguridad de éstos, flanqueada por el principio de confidencialidad, se ha visto reforzada. La responsabilidad proactiva y el enfoque de riesgo en la protección exigiendo que ésta se haga desde el diseño y por defecto, antes del inicio del tratamiento y también cuando se está desarrollando, y esa apuesta rigurosa por la transparencia, influirán, sin duda, en una protección de datos de la salud de los trabajadores más eficaz y garantista.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**RESUMEN**

En un contexto tecnológico y de competitividad sin precedentes en el que las diversas aplicaciones informáticas pueden convertirnos, como ciudadanos y como trabajadores, en seres totalmente controlados y vulnerables, y a punto de aplicarse el *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas física en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE el Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, se hace preciso revisar y concretar los contornos del principio de confidencialidad en relación con los datos derivados de la puesta en marcha de la obligación preventiva de vigilancia de la salud. Una confidencialidad especialmente importante para que cualquier sistema de tratamiento de datos en relación con esa vigilancia no vulnere los derechos fundamentales del trabajador y que, precisamente, el Reglamento Europeo considera principio esencial del tratamiento de datos en su artículo 5.1.f). Puede afirmarse así, que un sistema adecuado de tratamiento de datos será aquél que se rija por un escrupuloso respeto a la confidencialidad de esos datos y cumpla, con el objetivo puesto en ese respeto, con la normativa de protección de los mismos que sea de aplicación. Cómo se configura actualmente el sistema de protección de los datos relacionados con la salud de los trabajadores y las adaptaciones que habrá que acometer con la aplicación del Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea es el objeto de este estudio.

El estudio se realiza así, con una metodología de comparación normativa, analizando la regulación sobre la materia objeto de estudio que realiza la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* y su Reglamento de desarrollo, el *RD 1720/2007, de 21 de diciembre*, en relación con las disposiciones establecidas por la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de riesgos laborales* en cuanto a la forma de realizar la obligación preventiva de vigilancia de la salud; y, por otro lado, cómo afectará a esta regulación lo dispuesto en el Reglamento Europeo.

Como Introducción se citan algunas cuestiones problemáticas que plantea la vigilancia de la salud tras más de veinte años de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Entre ellas, cómo dar una protección adecuada a los datos que derivan de esa vigilancia para evitar atentados a la confidencialidad y al derecho fundamental a la protección de datos, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental, diferente al derecho a la intimidad, aunque su objeto sea parcialmente coincidente.

Se continúa explicando cuál es la definición de datos de carácter personal relacionados con la salud establecida tanto por la legislación española de protección de datos, como por el Reglamento Europeo y el carácter que estas normas les confieren a efectos de su tratamiento. Esta última norma concreta con mayor detalle esa definición y concluye que los datos de salud son los referidos al estado de salud física o mental en distintos momentos temporales, la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia; todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa, a título de ejemplo, a una enfermedad, una discapacidad, el riesgo de padecer enfermedades, el historial médico, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente, por ejemplo un médico u otro profesional sanitario, un hospital, un dispositivo médico, o una prueba diagnóstica in vitro. Además, aunque, con pequeños matices entre ambas legislaciones, las dos establecen que los datos relacionados con la salud son datos que deben

ser especialmente protegidos cuya obtención, tratamiento y cesión sólo podrá realizarse cuando así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

Antes de estudiar las características que debe reunir ese tratamiento se analiza la confidencialidad como principio guía de la protección de datos y su proyección en los resultados y conclusiones de los exámenes de salud laborales. Se concreta que tipo de datos relacionados con la salud pueden reflejar aquéllos y éstas, así como los sujetos destinatarios de los mismos. Para los resultados, que incorporan el diagnóstico médico detallado y tratamiento a seguir, en su caso, la confidencialidad es máxima –sólo modulable por el consentimiento expreso del trabajador o un interés legítimo como el perjuicio para terceros–; mientras que para las conclusiones, en las que sólo se debe reflejar la aptitud, inaptitud o, en su caso, aptitud condicionada para el concreto puesto de trabajo, la confidencialidad es mínima por el tipo de datos que incorporan y la mayor cantidad de sujetos a los que se comunican.

En el concreto estudio del tratamiento de esos datos, cuyo principio guía es la confidencialidad, se analizan quiénes son los sujetos intervinientes en el tratamiento, las medidas de seguridad a adoptar en el caso de datos relacionados con la salud, así como los principios y derechos relacionados con ese tratamiento, haciendo hincapié en los cambios producidos con el Reglamento Europeo.

El trabajo acaba con una breve conclusión, a modo de reflexión, poniendo de manifiesto el refuerzo que el Reglamento Europeo viene a dar a nuestro sistema jurídico de protección de datos. Desde la responsabilidad proactiva, la protección desde el diseño y por defecto y la transparencia, los sujetos intervinientes en el tratamiento no deben adoptar medidas sin más sino que deben garantizar y poder demostrar que el tratamiento cumple con los principios regulados en el Reglamento. Esto es, que los datos personales son tratados de forma lícita, leal y transparente; que son adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con la finalidad para la que fueron recogidos; que son exactos; que su conservación es limitada; que se rigen por la integridad y la confidencialidad y que todo esto pueden demostrarlo.

**Palabras clave:** Protección de datos; vigilancia de la salud; trabajadores; tratamiento; confidencialidad.

**ABSTRACT**

In a technological and competitive context without precedents fully controlled, as citizens and workers, and with the close implementation of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council, of 27 April 2016, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), it is necessary to review and specify the contours of the principle of confidentiality in relation to the data derived from the implementation of the preventive obligation of health surveillance. A confidentiality that is particularly important so that any data processing system in relation to this surveillance does not violate the fundamental rights of the worker and that, precisely, the European Regulation considers the essential principle of data processing in article 5.1.f). A suitable system of data processing is ruled by a scrupulous respect to the confidentiality and Data Protection Regulations. This paper analysed how is currently configured this system in relation to health surveillance in work and the adaptations to be undertaken with the implementation of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

The study is carried out with a normative comparison methodology, analyzing the regulation on the subject matter of study carried out by the Spanish Organic Law 15/1999, of December 13, on Personal Data Protection and its development Regulation, RD 1720/2007, of December 21, in relation to the provisions established by Spanish Law 31/1995, of November 8, on Prevention of Occupational Risks in terms of how to perform the preventive obligation of health surveillance; and, on the other hand, how the provisions of the European Regulation will affect this regulation.

As an introduction, some problematic issues raised by health surveillance are mentioned after more than twenty years of application of the Law on the Prevention of Occupational Risks. Among them, how to give adequate protection to the data that derive from that surveillance to avoid attacks on confidentiality and the fundamental right to data protection, recognized in our legal system as a fundamental right, different from the right to privacy, although with an object partially coincident.

It continues explaining what is the definition of personal data related to health established by Spanish data protection legislation, and by the European Regulation and the nature that these standards confer upon them for the purposes of their treatment. This last rule specifies that definition in more detail and concludes that health data refer to the state of physical or mental health at different times, information about the individual collected on the occasion of registration for health care purposes, or on the occasion of the provision of such assistance; any number, symbol or data assigned to a natural person that identifies it unequivocally for health purposes; information obtained from tests or examinations of a part of the body or of a body substance, including that derived from genetic data and biological samples, and any information relating, by way of example, to an illness, a disability, the risk of suffering from diseases, the medical history, the clinical treatment or the physiological or biomedical status of the person concerned, regardless of their source, for example a doctor or other health professional, a hospital, a medical device, or an in vitro diagnostic test. In addition, although, with small nuances between both legislations, both establish that the data related to health are data that must be specially protected whose obtaining, treatment and cession can only be done when a law so provides or the affected expressly consents.

Before studying the characteristics that this treatment must meet, confidentiality is analyzed as a guiding principle of data protection and its projection in the results and

conclusions of occupational health examinations. It is specified that the type of data related to health may reflect those and these, as well as the recipients of the same. For the results, which include the detailed medical diagnosis and treatment to be followed, where appropriate, confidentiality is maximum –only modulable by the express consent of the worker or a legitimate interest such as prejudice to third parties–; while for the conclusions, in which only fitness, inadequacy or, as the case may be, conditioned aptitude for the concrete job, should be reflected, confidentiality is minimal due to the type of data that they incorporate and the greater number of subjects those who communicate.

In the concrete study of the treatment of these data, whose guiding principle is confidentiality, I analyze who are the subjects involved in the treatment (controller, processor, data protection officer), the security measures to adopt in the case of data related to health (pseudonymisation; encryption; the ability to ensure the ongoing confidentiality, integrity, availability and resilience of processing systems and services; a process for regularly testing, assessing and evaluating the effectiveness of technical and organisational measures for ensuring the security of the processing; or the ability to restore the availability and access to personal data in a timely manner in the event of a physical or technical incident) as well as the principles and rights related to this treatment, emphasizing the changes produced with the European Regulation.

The work ends with a brief conclusion, by way of reflection, highlighting the reinforcement that the European Regulation is giving to our legal system of data protection. From the proactive responsibility, the protection from the design and by default and transparency, the subjects involved in the treatment should not adopt measures without further but must guarantee and be able to demonstrate that the treatment complies with the principles regulated in the Regulation. That is, that personal data are treated in a lawful, loyal and transparent manner; that are adequate, pertinent and limited to what is necessary in relation to the purpose for which they were collected; that are exact; that its conservation is limited; that are governed by integrity and confidentiality and that all this can prove it.

**Keywords:** Data protection; health surveillance; workers, processing; confidentiality.



# La prevención laboral efectiva frente al riesgo durante la lactancia: historia, estado de la cuestión y expectativas

# Effective prevention against the risk at the workplace during breast feeding: historic development, state of the question and expectations

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR\*

---

## 1. PREÁMBULO: PLANTEAMIENTO A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TJUE DICTADA EN EL ASUNTO OTERO RAMOS

La STJUE de 19 de octubre de 2017 dictada en el asunto *Otero Ramos* (C-531/15) ha dejado al descubierto los graves problemas de protección efectiva frente a la situación de riesgo durante la lactancia de los que venía adoleciendo el ordenamiento jurídico laboral español. Detrás de una cuestión elemental como era la vinculación de la protección en la situación de lactancia a la protección frente a la discriminación por razón de sexo el TJUE advirtió de la consiguiente y obvia necesidad de aplicar en estos casos la modificación de la carga de la prueba en los términos establecidos en el art. 19 de la Directiva 2006/54 (Directiva antidiscriminatoria por razón de género). La sentencia en sí y, sobre todo, todos los hechos en los que se basaba (particularmente la inexistencia de una evaluación adecuada y la resistencia empresarial a aportar durante el proceso justificación alguna) han puesto en evidencia la existencia de

problemas graves en el sistema de protección/prevenición español cuando se pone en relación no solo con el hecho físico de la lactancia sino también con su vertiente de género.

El tratamiento dispensado por el ordenamiento español a la lactancia surgió en los albores de la normativa laboral, cuando empezaron a aprobarse leyes puntuales de protección para los colectivos más vulnerables. La norma española actual es una de las pocas que sigue manteniendo, casi inalterado, aquel rudimentario permiso de lactancia diario configurado en los primeros convenios de la OIT y en las normas españolas de los primeros años del siglo XX. Probablemente el mismo carácter anticuado tiene el modelo preventivo establecido en el art. 26 LPRL con relación a la lactancia, al menos si se atiende al modo en que en algunas ocasiones ha sido aplicado por nuestros tribunales de justicia. La conexión (o desconexión) entre el tratamiento español casi fosilizado de la lactancia y los actuales presupuestos a los que se refiere la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos* indican que existen rémoras muy importantes en el sistema laboral y preventivo español. La evolución del modelo requiere un debate en profundidad al que pretende colaborar el presente artículo.

---

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

El sistema preventivo español ha tratado el tema de la prevención de género y de la prevención específica en las situaciones de embarazo y lactancia con notable desidia. Con relación a la prevención de género, el ordenamiento español actual sencillamente no la tiene en cuenta porque nuestra normativa es una mera continuación de las normas tuitivas de primeros del siglo XX, a las que se dedicará especial atención en las páginas que siguen. El lector/a advertirá inmediatamente lo mucho que aquellas normas casi decimonónicas se asemejan a la realidad actual. La prevención actual de la mujer se centra exclusiva (y defectuosamente) en la actuación concreta ante las situaciones de embarazo y lactancia. No hay referencia alguna, siquiera implícita, a la incidencia en el riesgo laboral que tienen las situaciones endémicas de discriminación por razón de género en el trabajo, ni siquiera en la vertiente más evidente de las dificultades existentes para compatibilizar cuidado y trabajo en un contexto empresarial, y también social, hostil a una gestión adecuada y racional de los tiempos de trabajo y de los tiempos personales/familiares<sup>1</sup>. Corresponsabilidad y derecho a la adaptación del trabajo se han convertido en lemas vacíos de contenido que, en el mejor de los casos, se dejan a la actuación de los convenios colectivos. Se advierte, por ejemplo, en la formulación del art. 34.8 ET, que parece configurar un derecho a la adaptación de la jornada, pero que

inmediatamente lo condiciona al convenio o al acuerdo con el empresario. Aun suponiendo que los interlocutores sociales tuvieran sensibilidad ante las cuestiones de género, y también reconociendo que el ámbito negociador puede ser un ámbito adecuado para tratar algunos aspectos de la discriminación por razón de género en el trabajo, debe admitirse, sin embargo, que en el momento actual la negociación colectiva se encuentra profundamente debilitada, fundamentalmente a consecuencia de las reformas laborales de los últimos años. Por ello, y en tanto mejora la situación, a la ley corresponde en este momento directamente garantizar el adecuado ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa, incluyendo el derecho a la no discriminación por razón de género y el de la integridad de la persona a partir de una política adecuada y efectiva de prevención.

Pero ni siquiera el sistema preventivo configurado para las situaciones específicas de embarazo y lactancia queda configurado en España con el suficiente rigor. Los permisos de lactancia de los primeros años del siglo XX atendían a una necesidad concreta y, al menos al modo decimonónico, le daban solución. La regulación actual española de la LPRL sencillamente reproduce casi literalmente las indicaciones que proceden de la normativa comunitaria sin asegurar adecuadamente que las obligaciones generales que configura se cumplen. Claramente se advierte en la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*. Huelga decir que tampoco el permiso de lactancia configurado en el art. 37.4 ET sirve para dar cumplida satisfacción a las obligaciones preventivas que provienen de la Unión Europea.

La sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos* ofrece un panorama de la situación lo suficientemente claro como para que sirva de punto de partida en el presente análisis<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Son muchos los estudios doctrinales que han resalado la necesidad de que la política preventiva atienda a la vertiente de género, teniendo en cuenta, entre otros factores, la situación de discriminación, las dificultades para la compatibilización con el cuidado, la segregación o los riesgos psicosociales vinculados a una mayor vulnerabilidad. Entre otros/as RIVAS VALLEJO, «La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial», Ed. Comares, 2008, pág. 50 ss; MARTÍN HERNÁNDEZ, «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género», Revista Española de Derecho del Trabajo, 137, 2008, pág. 115-158. GRAU PINEDA, «Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales», Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, 408, 2017, pág. 23-58; Analicé este tema en relación con la política de la OIT y de la Unión Europea en BALLESTER PASTOR, «La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales», Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 4, 2013, pág. 10 ss.

<sup>2</sup> Una interesante aproximación al contenido y alcance de la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*, por MANEIRO VÁZQUEZ, «La declaración de apta ya no es suficiente: traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural», Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, 418, 2018, pág. 163 ss.

Sus presupuestos y conclusiones muestran un estado de la cuestión necesitado de urgente atención en España que va más allá de la modificación de la carga de la prueba que es el tema central de la sentencia. La situación se planteó a partir de la demanda presentada por una enfermera de servicios de urgencia que trabajaba en turnos de mañana, tarde y noche y cuya hija recibía lactancia materna en exclusiva desde su nacimiento. La trabajadora solicitó certificación médica de riesgo durante la lactancia natural al INSS a efectos de acceder a la prestación de riesgo durante la lactancia, que fue denegada por entender el INSS que no se había acreditado que las condiciones del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora influyeran negativamente en su salud o en la de su hija.

Los documentos que, de un lado y del otro, son los ejes en torno a los cuales gira la cuestión son los siguientes: (i) de un lado, la jefa de servicios de la unidad de urgencias donde trabajaba la demandante emitió informe expresando que la actividad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural. El informe era un documento detallado donde se concretaban los riesgos biológicos (por exposición a infecciones víricas o bacterianas), físicos (por necesidad de movilizar a enfermos que por sus patologías o edad no pueden valerse por sí mismos), químicos (exposición a todo tipo de tratamientos) y psicosocial (entre otras cosas, por ser trabajo a turnos, por ser un trabajo que implica estrés en momentos de gran demanda asistencial y por implicar trabajo nocturno, lo que repercute en la producción de prolactina y en la incidencia de mastitis). (ii) de otro lado, el doctor del servicio de medicina preventiva de la empresa rellenó un documento en el que entre las tres casillas posibles (apta, no apta o apta con limitaciones) escogió la de apta, exponiendo asimismo que en su puesto de trabajo no existían riesgos para la lactancia, sin más especificaciones. Tampoco contenía más detalles la evaluación del puesto

de trabajo desempeñado por la trabajadora, que simplemente figuraba como exento de riesgo en la relación de puestos de trabajo confeccionada por la empresa a efectos preventivos.

En primera instancia la demanda fue desestimada por considerar, como alegaba el INSS, que no existía riesgo para la lactancia. Frente a ella se presentó recurso de suplicación, durante el cual se emitió auto por el TSJ de Galicia mediante el que se planteaba la cuestión prejudicial que dio lugar a la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*. La cuestión prejudicial se planteó en torno al principio de modificación de la carga de la prueba que es una de las manifestaciones más rotundas y características del principio de no discriminación por razón de sexo (art. 19 de la Directiva 2006/54). En la cuestión prejudicial, primero, se preguntaba al TJUE acerca de si una vulneración del mecanismo de prevención en caso de maternidad y lactancia establecido en la Directiva de maternidad (la Directiva 92/85) constituía una discriminación por razón de sexo; y, segundo, en el caso de que la respuesta fuera positiva, se preguntaba asimismo si podía servir como justificación una evaluación de riesgos defectuosa aportada por la empresa en materia de embarazo y lactancia. La sentencia del TJUE fue concluyente:

*1) El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejo-*

*ra de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.*

2) *El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85 y que permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54, lo que incumbe verificar al tribunal remitente. En consecuencia, corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.*

En la sentencia *Otero Ramos* el TJUE expuso un par de principios evidentes y rotundos: primero, que la modificación de la carga de la prueba se aplica también en el caso de que se alegue vulneración del derecho a la prevención en las situaciones de embarazo y lactancia; y, segundo, que no puede servir como justificación del cumplimiento de la normativa preventiva por parte de la empresa una evaluación defectuosa de los riesgos concurrentes en caso de embarazo y lactancia, cuya calificación en cada caso corresponde al juez interno. En aplicación de esta sentencia, el TSJ de Galicia que planteó la cuestión prejudicial resolvió considerando que la evaluación no había sido adecuada y, en vista de que la presunción existente a partir de la presentación de indicios de riesgo no se había desvirtuado, condenó al Instituto Nacional de la Seguridad Social a que abonara a la trabajadora la cuantía de la prestación de riesgo durante la lactancia que inicialmente se le había negado<sup>3</sup>.

Pero, más allá del contenido del pronunciamiento del TJUE, el asunto *Otero Ramos* suscita algunas reflexiones, siquiera implícitamente, acerca de la forma en que el ordenamiento español trata la cuestión de la protección y prevención del riesgo durante la lactancia: (i) La evaluación de riesgos debe atender a las peculiaridades de la situación de embarazo y lactancia, sin que tengan valor referencias y consideraciones generales acerca de la inexistencia de riesgos en estos casos. Ello implica que las evaluaciones deben referir expresamente porqué el puesto de trabajo no amenaza la seguridad en caso de embarazo o lactancia, al menos si se quiere hacer valer como mecanismo justificativo en caso de demanda judicial. (ii) La normativa española no proporciona suficientemente el primer nivel de la protección: la adaptación o el cambio a puesto de trabajo adecuado (que es una obligación previa a la suspensión/prestación). Ello ha favorecido que la situación de embarazo y lactancia aparezca como una situación incómoda, negativa, patológica en sí misma, de la que el empresariado generalmente desea escapar prefiriendo que la trabajadora pase a la situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia. La cuestión es, si cabe, más compleja en el caso de la lactancia, porque su desconexión con el estado biológico de la madre (y su falta de correlato objetivo en el correspondiente certificado médico), la hace aparecer en ocasiones como situación *ab initio* sospechosa de fraude. (iii) Hay, además, un problema grave en relación con lo que es la situación de riesgo en el caso de la lactancia. Falta una postura clara acerca de lo que se pretende con la política preventiva, que no debiera ser solo evitar las dolencias físicas relacionadas con la lactancia (por ejemplo, mastitis o infecciones transmitidas al bebé), sino que también debe perseguir que la lactancia se desarrolle efectivamente, ya sea directamente ya sea por medio de la extracción de la leche. (iv) Si el incumplimiento de la normativa de prevención en el ámbito de la lactancia constituye una discriminación por razón de sexo hay otras obligaciones que deben cumplirse,

<sup>3</sup> STSJ de Galicia de 8 de noviembre de 2017, Rec. 1052/2014.

particularmente en relación a la efectividad y en concreto la garantía de que se solucione la situación antes de que sea demasiado tarde (la indemnización solo cumple función disuasoria, pero no repara el daño). Por ello es necesario incentivar adecuadamente la adaptación/cambio/adaptación del tiempo. (v) La sentencia del TJUE pone en evidencia otro defecto del sistema preventivo español que trasciende el género: la normativa preventiva es deficiente en relación con las peculiaridades de los sujetos particularmente sensibles (art. 25 LPRL), pues tal y como está configurado no es capaz de atender a las necesidades preventivas individualizadas y concretas de dichos sujetos. Falta una regulación que normalice la diversidad, que supere los planteamientos generales y que sea capaz de atender las necesidades de las personas individualmente consideradas. En relación con la lactancia, la necesidad de adecuación a la persona y a las concretas circunstancias es particularmente exigible.

De todo ello se dará cuenta en las páginas que siguen. Procede, sin embargo, con carácter previo, desarrollar sumariamente como se ha desarrollado normativamente a lo largo de la historia la cuestión de la lactancia materna en relación con el trabajo.

## 2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN DE LA LACTANCIA EN EL TRABAJO: DE LAS NORMAS DE COMPATIBILIDAD A LAS NORMAS DE COMPLACENCIA

Como ya se ha dicho, la protección de la maternidad y la lactancia apareció en las primeras normas laborales, nacionales e internacionales, que surgieron a principios del siglo XX. Tanto la normativa de la OIT como la propia normativa nacional sobre el trabajo por cuenta ajena comenzaron a fraguarse fundamentalmente en torno a la protección de los colectivos de trabajadores que se consideraban más vulnerables. Los menores y las mujeres fueron los primeros destinatarios

de las primeras normas laborales, como integrantes de aquellas «medias fuerzas»<sup>4</sup> que justificaban tanto la menor valoración de su trabajo como la necesidad de una protección especial. Las razones que motivaron el surgimiento a fines del siglo XIX de las primeras normas protectoras de la mujer eran tanto de naturaleza fisiológica como moral y natalista. Se consideraba que las malas condiciones laborales podían afectar a la descendencia<sup>5</sup> y, por ende, al interés nacional<sup>6</sup>. Partían también del presupuesto paternalista de la indignidad que suponía para la mujer el desarrollo de trabajos penosos y de las dificultades que el trabajo femenino en la fábrica implicaba para el desarrollo de las tareas domésticas<sup>7</sup>. Se pensaba, por ejemplo, que el trabajo nocturno incrementaba el riesgo de agresión sexual, de prostitución y de adulterio. La prohibición del trabajo femenino nocturno que se generalizó en Europa en el final del siglo XIX<sup>8</sup> y que fue el contenido de uno de los primeros convenios de la OIT (convenio 4 de 1919) fue una norma que pretendía además la compatibilización con lo que se consideraban las tareas naturales de las mujeres (las domésticas). Debe destacarse que en algunas industrias, como la textil, la producción nocturna comenzó a generalizarse dado que en esta franja horaria eran menores los

<sup>4</sup> Sobre el alcance del trabajo de los menores y las mujeres como «medias fuerzas» MONTAÑA MELGAR, «Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España», Madrid, 1992, pág. 34.

<sup>5</sup> SUAREZ GONZÁLEZ, «Menores y mujeres ante el contrato de trabajo», Madrid, 1967, pág. 29.

<sup>6</sup> ESPUNY TOMÁS y GARCÍA GONZÁLEZ, «¿Protección o discriminación?. A propósito de la ley de la silla», Congreso Internacional Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas, Barcelona, marzo 2009, pág. 246.

<sup>7</sup> ESPUNY TOMÁS y GARCÍA GONZÁLEZ, «¿Protección...», *op. cit.* pág. 45.

<sup>8</sup> En el Reino Unido, en 1844; en Suiza, en 1877; en Austria, en 1885; en Países Bajos, en 1889; en Francia, en 1892. Al respecto, OIT Informe de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones sobre la aplicación de los convenios 4, 41 y 89 de la OIT. Informe III (IB), 2001. [www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-iii-1b-in.pdf](http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-iii-1b-in.pdf), pág. 15.

costes de los suministros<sup>9</sup>. En este contexto se fraguó el Convenio 3 de la OIT sobre la protección de la maternidad aprobado en la primera Conferencia Internacional del Trabajo, en 1919<sup>10</sup>, en la que tomaron parte 40 Estados, entre ellos España. Fue ratificado por 34 Estados, incluido nuestro país<sup>11</sup>. Este Convenio fue reflejo en su momento del grave problema sanitario que suponían las malas condiciones de trabajo en el caso de embarazo y maternidad<sup>12</sup>. Pertenece al bloque de medidas normativas que suponen el germen del derecho del trabajo y de la seguridad social, por cuanto otorga a una situación muy específica y particularmente grave, una protección elemental, sin plantearse todavía una mejora generalizada de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores. Su ámbito de protección era, además, particularmente reducido porque se limitaba al sector industrial y comercial siempre y cuando no tuviera carácter de empresa familiar<sup>13</sup>. Conforme al Convenio 3 OIT la trabajadora que amamantaba a su hijo (sin límite temporal) tenía derecho a dos descansos de media hora durante la jornada para permitir la lactancia. Esta fórmula de descanso durante la jornada resultaba consecuente con el hecho de que las mujeres trabajadoras a primeros del siglo XX solían llevar a sus hijos recién nacidos a su lugar de trabajo a efectos de alimentarlos<sup>14</sup>. La frecuencia de los descansos y su duración resultaba acomodada a esta finalidad dado que otorgaba derecho a una pausa cada cua-

tro horas aproximadamente, que suele ser la frecuencia media de lactancia.

Unos años antes se produjo una similar regulación en la normativa española. La primera protección específica española para estos supuestos se produjo por medio de la Ley de 13 de Marzo de 1900, también llamada Ley Dato. Esta norma se elaboró por la influencia de la Conferencia Internacional de Berlín de 1890 convocada por Guillermo II<sup>15</sup> que, aunque teóricamente pretendía mejorar, en general, las políticas sociales y las condiciones laborales de todos los trabajadores, terminó refiriéndose tan solo a la mejora de las condiciones laborales de las mujeres y los menores<sup>16</sup>. La ley Dato estableció con carácter general la prohibición del trabajo durante las tres semanas posteriores al parto, la posibilidad de ausencias pre parto, la reserva del puesto de trabajo durante estas situaciones y el derecho al descanso por lactancia. Con anterioridad, en el seno de la Comisión de reformas sociales se habían elaborado algunos proyectos sobre el trabajo de la mujer (el más relevante, de fecha 9 de marzo de 1891), que no llegaron a fructificar. La ley Dato fue desarrollada por el RD de 13 de noviembre de 1900 que contenía, con mayor especificación, la protección que debía dispensarse a las mujeres trabajadoras gestantes, en situación de parto reciente y en situación de lactancia. A tal efecto se establecía un permiso retribuido diario para la lactancia<sup>17</sup> de una hora que se dividía en dos periodos de descan-

<sup>9</sup> PALACIO MORENA, «La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales», Madrid, 1988, pág. 216.

<sup>10</sup> La primera Conferencia Internacional del trabajo tuvo lugar el 29 de noviembre de 1919.

<sup>11</sup> Fue ratificado por España el 4 de julio de 1923.

<sup>12</sup> AZNAR, «El seguro obligatorio de maternidad», Madrid, 1924, pág. 5 ss.

<sup>13</sup> La protección dispensada a la situación de maternidad por parte de la OIT en 1919 dejó fuera el trabajo agrícola y también el trabajo desarrollado en empresas en que solo estén empleados los miembros de una misma familia (art. 3 del Convenio 3 OIT).

<sup>14</sup> ESPUNY TOMAS, «La protección de la maternidad: cien años de la ley de 8 de enero de 1907», *Iuslabor*, 2, 2007, pág. 2.

<sup>15</sup> Sobre su alcance, IGAREDA GONZALEZ, «De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado», tesis doctoral, noviembre 2010, Barcelona, pág. 190.

<sup>16</sup> SCOTT, «La mujer trabajadora en el siglo XIX», en DUBY y PERROT (Dir.), «Historia de las mujeres», vol 5, Madrid, 1993, pág. 429 ss.

<sup>17</sup> Art. 9 RD 13 de noviembre de 1900: ...Las mujeres que tengan hijos en el periodo de la lactancia tendrán una hora al día, dentro de las de trabajo, para dar el pecho a sus hijos. Esta hora se dividirá en dos periodos de treinta minutos, aprovechables, uno en el trabajo de la mañana, y otro en el de la tarde. Estas medias horas serán aprovechables por las madres cuando lo juzguen conveniente, sin más trámite que participar al director de los trabajos, y al entrar en ellos, la hora que hubieran escogido. No será de manera alguna descontable para el efecto de cobro de jornada, la hora destinada a la lactancia.

so de media hora<sup>18</sup>. Son rasgos muy similares a los que años después formaron parte del Convenio 3 de la OIT. Debe destacarse que la principal finalidad de este permiso de lactancia era facilitar (siquiera a nivel de mínimos) el hecho de la lactancia, algo obvio en aquellos años pero que no es ocioso recordar también en la actualidad.

Curiosamente, algunos rasgos característicos de este permiso de lactancia originado en la legislación de 1900 lo son también del actual permiso de lactancia que se regula en el art. 37.4 ET (a salvo la desaparición de la titularidad femenina operada por la Ley 3/2012): duración de una hora fraccionable en dos medias horas, carácter retribuido y determinación del momento de disfrute como prerrogativa de la trabajadora. A diferencia de la regulación actual, sin embargo, la regulación de 1900 no establecía ningún límite temporal máximo más allá de la existencia de la lactancia (actualmente es de nueve meses de edad del hijo) para el disfrute de este permiso. Ello reforzaba dos ideas en estos primeros años del siglo XX: que era la trabajadora (o las necesidades de la lactancia) la que determinaba el alcance de su derecho (el momento en que se ejercitaba) y también que el principal objetivo de la norma era facilitar el desarrollo de la lactancia. Ciertamente existían pocas alternativas en este momento histórico a esta forma de alimentación del bebé por lo que la necesaria adaptación de la organización empresarial a las necesidades de la lactancia eran una cuestión de supervivencia. En todo caso, debe resaltarse que incluso en un sistema de organización empresarial tan rígido como el sistema industrial de primeros del siglo XX la adaptación de la empresa a las necesidades de la lactancia fue admitida sin mayores consecuencias. Y ello a pesar de que los puestos

de trabajo desempeñados por las mujeres estaban profundamente segregados y, por tanto, toda la fuerza de trabajo de una planta estaba ocupada exclusivamente por mujeres, muchas de ellas en edad fértil, lo que hacía que el volumen de mujeres en estas situaciones de lactancia fuera alto. El sistema requería, pues, una organización flexible y global del tiempo, en la que probablemente tuviera gran relevancia la solidaridad y colaboración entre las propias trabajadoras.

En 1952 se revisó el Convenio 3 por medio del Convenio 103 de la OIT<sup>19</sup>. Es el Convenio de la OIT sobre maternidad que se mantiene vigente para la mayoría de los países integrantes de la Organización, puesto que el Convenio posterior (el 183 de 2000) tiene un número de ratificaciones muy inferior<sup>20</sup>. En particular, el Convenio 103 es el Convenio que actualmente vincula a España, que no ha ratificado el Convenio 183. En 1952 se aprobó también por la OIT la Recomendación 95, sobre la protección de la maternidad. Con relación a la lactancia se estableció en el Convenio 103 un derecho a pausas retribuidas, durante uno o varios periodos, aunque sin especificar (como hacia el Convenio 3) la duración total de dicha interrupción. La Recomendación 95 de la OIT sobre la protección de la maternidad establecía dicha especificación del siguiente modo: «Siempre que sea posible» la pausa de lactancia debiera tener una duración total diaria de hora y media y deberían facilitarse instalaciones para la lactancia de los hijos, debidamente subvencionadas por la colectividad. La recomendación 95 también hace referencia a la conveniencia de facilitar la lactancia por medio de canastillas, suministro de leche o asignación por lactancia (art. 3). De este modo la recomendación 95 refuerza el derecho al ejercicio de la lactancia y configura expresamente instrumentos favorecedores de la misma.

<sup>18</sup> Una descripción de su alcance por NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, «La licencia por maternidad de la trabajadora», Madrid, 2002, pág. 30; y CABEZA SANCHEZ-ALBORNOZ, «Legislación protectora de la maternidad en la época de la restauración española», Cuadernos de historia moderna y contemporánea, vol. 1, 1985, pág. 152.

<sup>19</sup> Fecha de entrada en vigor: 7 de septiembre de 1955.

<sup>20</sup> El Convenio 103 ha sido ratificado por 41 países. El Convenio 183 por 28.

La Recomendación 95 tuvo también otro contenido de gran relevancia: en ese documento se superó la mera referencia al permiso de lactancia como único instrumento de protección y se introdujo la conveniencia de protección física en caso de incompatibilidad entre la lactancia y el trabajo. Así, en la recomendación 95 se establecía que el trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes. De igual modo, se señalaba que sus horas de trabajo deberían estar distribuidas de modo que se garantice un descanso adecuado (art. 5.1.). Se completaba la protección recomendada especificándose que debería estar prohibida la realización por parte de mujeres embarazadas o lactantes de trabajos peligrosos para su salud o la de su hijo, en cuyo caso se le debería garantizar la transferencia a un puesto adecuado a su estado, sin pérdida retributiva. Se describen expresamente algunos de estos trabajos considerados peligrosos para el embarazo o la lactancia (pesos, esfuerzo físico, equilibrio, trepidación...). (art. 5). En la Recomendación 95 se establecía la prohibición de los trabajos considerados peligrosos durante el embarazo y hasta tres meses después del parto, así como durante el tiempo que durara la lactancia. En esta evolución de la protección de la lactancia entre el convenio 3 de la OIT y la Recomendación 95 de 1952 se advierten los dos objetivos de la protección de la lactancia: el primero históricamente fue la protección del mantenimiento de la lactancia mediante la adaptación de la jornada de trabajo siquiera a través de las rudimentarias y aceleradas pausas de media hora; el segundo en aparecer fue la protección frente a la exposición a factores y condiciones de trabajo que pudiera ocasionar daños a la madre, al hijo o al hecho de la lactancia.

Durante la dictadura franquista se regularon en España, bajo mínimos, los dos objetivos a los que hacían referencia el convenio 103 y la recomendación 95: de un lado, el permiso de lactancia del art. 168 de la Ley de Contrato de Trabajo cumplía el Convenio 103 porque aseguraba un tiempo de pausa para la lactancia

de una hora al día. No había normas laborales que establecieran derechos adicionales o que facilitaran de cualquier otro modo la compatibilidad entre el desarrollo de la lactancia natural y el desarrollo de la actividad laboral más allá de las medidas de auxilio social de la postguerra<sup>21</sup>. Favorecer la compatibilidad hubiera sido de otro lado inconsecuente con el objetivo de distanciar a la mujer de la fábrica que se configuraba en el Fuero del Trabajo. De otro lado, la protección de las mujeres frente a los trabajos peligrosos se configuró durante el franquismo con el Reglamento, también aplicable a los menores, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957. El listado de trabajos prohibidos en esta norma franquista no se acomodaba, sin embargo, a las particulares condiciones de seguridad que requiere el trabajo de la embarazada o mujer en situación de parto reciente o de lactancia. Si bien en el texto del Reglamento se hacía alguna referencia a la prohibición de ciertos trabajos en atención a las circunstancias personales<sup>22</sup>, en todo caso se trataba de menciones demasiado generales que no comprendían expresamente todas las prohibiciones contenidas en el art. 5.3 de la Recomendación 95 (trabajos que implicaran levantamiento de pesos, esfuerzo físico excesivo, permanencia de pie durante largo tiempo, trabajos que requirieran equilibrio especial o utilización de máquinas que produzcan trepidación). En definitiva, durante el franquismo la protección de la lactancia y su compatibilidad con el trabajo se configuró con evidente rechazo, puesto que la ideología de la dictadura partía del presupuesto de que

<sup>21</sup> Al respecto se elaboraron instrucciones institucionales para favorecer y facilitar la lactancia natural a efectos de reducir la alta mortalidad infantil en los años de la postguerra. Por todas, AUXILIO SOCIAL (Obra de protección a la madre y al niño), «Instrucciones para el régimen y servicios de los centros de alimentación infantil». Publicaciones de la Delegación Nacional, Madrid, 1942, art. 11.

<sup>22</sup> El art. 1.e del Reglamento de trabajos peligrosos para mujeres y menores (Decreto de 26 de julio de 1957) establecía la prohibición de Todos aquellos trabajos que resulten inadecuados para la salud de estos trabajadores por implicar exceso esfuerzo físico o ser perjudiciales a sus circunstancias personales.

el trabajo en la fábrica no debería ser desarrollado por las mujeres y menos si estaban en situación de lactancia. Ello explica que la regulación sobre la protección de la lactancia quedara limitada y estancada en el listón mínimo. También explica que en ningún momento la lactancia fuera considerada un derecho y que las forzosas pausas de media hora que se habían establecido en España para cumplir con lo establecido, primero en el Convenio 3 y, después, en el convenio 103 de la OIT fueran tan inservibles para la finalidad de facilitar la lactancia natural durante el siglo XX como lo son en la actualidad.

Este es el marco en el que se forjó la protección de la lactancia en el trabajo cuando llegó la democracia y que básicamente es el mismo que se aplica en la actualidad en España. Gravita en torno a dos preceptos: de un lado, el art. 37.4 ET configura un rudimentario derecho de adaptación por lactancia que es un fósil del permiso configurado en la ley Dato de 1900 (una pausa de una hora al día con posibilidad de fraccionamiento en dos) pero que actualmente es totalmente insuficiente para facilitar la lactancia natural. Así se reconoció expresamente en la sentencia dictada en el asunto *Roca Alvarez*<sup>23</sup> en la que abiertamente se estableció que el llamado permiso de lactancia español no cumplía esta finalidad sino que era propiamente un permiso parental. El precepto no ha tenido más reformas esenciales desde aquella de hace más de un siglo que la extensión, efectuada en 2012, de su posible disfrute al padre, lo que es consecuente con la definitiva pérdida de su finalidad de favorecer la lactancia natural y su tránsito a mecanismo de conciliación de responsabilidades, que no de corresponsabilidad, como más abajo se expondrá. De otro lado, el art. 26 LPRL (1995)

configura actualmente un marco de protección frente al riesgo laboral durante la lactancia que formalmente reproduce lo establecido al respecto en la Directiva 92/85 pero que en la práctica no otorga una protección efectiva, como también más abajo se expondrá. Hay asimismo dos textos de naturaleza internacional que deben ser mencionados a efectos de configurar el marco de referencia de la protección de la lactancia en el ámbito laboral en España. Primero, la Directiva 92/85 de protección de la maternidad ha sido un texto fundamental puesto que ha inspirado fuertemente la protección establecida en el art. 26 LPRL; Segundo, un nuevo estado de la cuestión se configuró con la aprobación del convenio 183 OIT de 2000 sobre maternidad y de la recomendación en su desarrollo. No puede decirse que la normativa española haya sido influenciada por esta normativa que el Estado español ni siquiera ha ratificado, pero indudablemente marca un punto importante en la evolución de la cuestión que debe ser objeto de atención en este momento.

### 3. LAS NORMAS INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES SOBRE PROTECCIÓN DE LA LACTANCIA: EL CONVENIO 183 OIT Y LA DIRECTIVA 92/85

#### 3.1. El Convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad

En 2000 se aprobó el Convenio 183 de la OIT<sup>24</sup> sobre la protección de la maternidad, a efectos de revisar el Convenio 103. Hasta la fecha ha sido ratificado por 28 Estados, entre los que no se encuentra España. El mismo año 2000 se aprobó también la Recomendación 191 sobre protección de la maternidad. El art. 3 del Convenio 183 establece una referencia expresa a la necesidad de garantizar que las mujeres embarazadas o lactantes no deben realizar trabajos que resulten perjudiciales

<sup>23</sup> STJUE de 30 de Septiembre de 2010, C-104/09. Sobre su alcance y repercusiones en España, LOUSADA AROCHENA, «El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010)», Diario La Ley, 7536, 2010; y FOTINOPOULOU BASURTO, «El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma», Lan Harremanak, 23, 2010, II.

<sup>24</sup> Fecha de entrada en vigor: 7 de febrero de 2002.

para ellas o sus hijos. No se hace expresa referencia a la necesidad de evaluación del riesgo, adaptación, traslado y, en su caso, derecho a permiso retribuido en caso de incompatibilidad del trabajo con el embarazo o la lactancia. Una referencia al respecto aparece en el art. 6 de la Recomendación 191 de 2000 que, en este aspecto, es bastante más detallada que la previa Recomendación 95 de 1952. Se avanza, pues, en la vertiente de protección frente al riesgo que el trabajo desempeñado pueda generar en relación con la lactancia aunque ni el Convenio 183 OIT ni la Recomendación 191 llegan al detalle en la regulación que se establece en la Directiva 92/85.

Hay un rasgo, sin embargo, en el Convenio 183 que puede pasar desapercibido y que tiene una gran trascendencia. La diferencia más relevante entre la regulación del Convenio 103 y la del 183 en torno al permiso de lactancia es su duración diaria, dado que ninguna referencia al respecto se hace en el Convenio 183, pese a que el Convenio 103 establecía una hora. Tampoco hay ninguna referencia temporal en la Recomendación 191. El art. 10 del Convenio 183 de la OIT establece lo siguiente:

*1. La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.*

*2. El período en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la práctica nacionales. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia.*

Esta falta de referencia es bastante significativa porque es reflejo de la situación en que se desarrolla la lactancia natural en el momento actual: la posibilidad de extracción de la leche y la remota posibilidad de que el hijo pueda estar junto a la madre durante el tiempo

de la lactancia para que ésta sea efectiva y pueda al mismo tiempo desarrollarse la actividad laboral hace que las necesidades de adaptación de la jornada para facilitar la lactancia sean diferentes. De hecho en el art. 10 del Convenio 183 se anticipa la posibilidad de que las legislaciones internas establezcan diferentes «modalidades» de reducción del tiempo de trabajo, lo que evidencia que hay bastantes más posibilidades que el permiso de lactancia intercalado para la lactancia materna directa al que se referían el convenio 3 y 103 de la OIT. La adaptación del trabajo es un tema fundamental desde esta nueva perspectiva.

### **3.2. La Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia**

La Directiva 92/85, décima directiva específica en desarrollo de la directiva marco 89/391, configura un marco de protección más detallado para la lactancia en relación con el trabajo que el establecido en el Convenio 183 OIT. Pese a todo, como en este Convenio, la lactancia es un tema secundario a la maternidad y el embarazo, que aparece como apéndice y que no siempre tiene un tratamiento adecuado. Lo primero que llama la atención en la Directiva 92/85 es la indeterminación con que se configura el concepto de trabajadora en situación de lactancia. El concepto de trabajadora embarazada es objetivo. Sin embargo, el concepto de trabajadora que ha dado a luz y trabajadora en periodo de lactancia, conforme al art. 2 de la Directiva 92/85, depende del sentido que le atribuya cada ordenamiento interno. Según el artículo 2 de la Directiva 92/85 trabajadora en periodo de lactancia es *cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.*

Esta previsión parece habilitar a los ordenamientos internos a que establezcan límites

temporales máximos, objetivos u objetivables, acerca de lo que cabe entender por trabajadora en periodo de lactancia. La Directiva 92/85 no establece una duración que dependa de la voluntad de la madre, y tampoco establece una duración mínima. La duración de la protección preventiva por lactancia en la Directiva queda, pues, a la determinación que establezcan los Estados miembros. Ello implica que cabe que la duración de la protección pueda limitarse en el tiempo y no llegue a abarcar todo el periodo en el que la madre quisiera llevar a cabo la lactancia materna. Este es precisamente el caso español, en que la duración de la protección por lactancia queda limitada a un máximo de nueve meses de edad del hijo/a (art. 26.4 LPRL). Lo que puede suscitarse es si sería posible que un Estado no estableciera ninguna protección para el caso de lactancia. En mi opinión ello no sería posible porque en la Directiva 92/85 se establece una protección frente a la situación de lactancia lo que implica que algún tiempo debe reconocerse en el que el desarrollo de la lactancia debe tratarse como un derecho de la trabajadora que a su vez debe ser objeto de la protección dispensada por la Directiva 92/85. No existen sentencias del TJCE, sin embargo, que permitan conocer cuál es la duración mínima básica que deben reconocer los Estados miembros para considerar que se cumple lo establecido en la Directiva.

El mecanismo preventivo que se configura en la Directiva 92/85 es similar al que se establece con carácter general en la Directiva marco 89/391, de 12 de junio y se basa en la obligatoriedad de una evaluación previa. El art. 4 de la Directiva 92/85 establece la necesidad de que se evalúen los riesgos por parte del empresario teniendo en cuenta aquellos factores de riesgo que pueden, objetivamente, causar perjuicios a las mujeres comprendidas en el art. 2 de la propia Directiva y que pudieran ocupar esos puestos de trabajo en el futuro, incluyendo las mujeres en situación de lactancia. Ello implica la necesidad de que en la evaluación de todos y cada uno de los puestos de trabajo de la empresa se tengan en cuenta

los factores de riesgo objetivo que pudieran conllevar para una trabajadora embarazada o en lactancia. Así lo ha establecido expresamente con relación a los riesgos vinculados a la lactancia natural el TJUE en *Otero Ramos*. La Directiva 92/85 realiza una enumeración no exhaustiva, en dos anexos, de los factores de riesgo susceptibles de provocar daños en la mujer embarazada o en lactancia. El art. 6 establece una prohibición absoluta de exposición a determinados factores de riesgo con remisión a estos anexos. A efectos de determinar su alcance concreto la propia Directiva estableció en su art. 3.1 que la Comisión, en concertación con los Estados miembros y asistida por el Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo, elaboraría unas directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como de los procedimientos industriales considerados peligrosos para la salud o la seguridad de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o estén en periodo de lactancia. Las directrices fueron aprobadas en el año 2000<sup>25</sup>. Debe destacarse que tanto los anexos de la Directiva 92/85 como las Directrices no tienen carácter exhaustivo y no pueden prever las situaciones específicas que cada embarazo o lactancia plantea, que tendrán que ser atendidas específicamente.

El art. 5 de la Directiva 92/85 establece que, en caso de riesgo (lactancia incompatible con el trabajo), la trabajadora tiene derecho a la adaptación de sus condiciones de trabajo y/o tiempo de trabajo, al cambio a un puesto compatible con su estado o a quedar exenta de la prestación de servicios (en el orden descrito), cuando la medida anterior no resultara técnica y/u objetivamente posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos de

<sup>25</sup> Directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo). Aprobadas el 5 de octubre de 2000. COM(2000) 466 final.

bidamente justificados. En esta formulación resalta el carácter escalonado con el que se configuran las obligaciones preventivas: el tránsito de la adaptación al cambio y, en su caso, de éste a la exención se produce exclusivamente cuando la medida anterior no resultara técnica y/u objetivamente posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados. Existe en el art. 7 de la Directiva 92/85 una previsión específica en el caso de desarrollo de trabajo nocturno: si existe perjuicio para la trabajadora en período de lactancia, que puede condicionarse por el Estado miembro a la correspondiente certificación médica, aquella tiene derecho al traslado a puesto diurno o, cuando dicho traslado no sea técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, a la dispensa de la obligación de trabajar. Es una previsión de adaptación horaria de notable interés en el caso de la lactancia.

Normativamente, el art. 2.2.c de la Directiva 2006/54<sup>26</sup> reconduce a la discriminación por razón de sexo todo el espectro de la Directiva 92/85, incluyendo por tanto la situación de lactancia, con lo que asimila el incumplimiento de la normativa sobre prevención en lactancia y la discriminación por razón de sexo. En el asunto *Otero Ramos* se reconoció expresamente esta vinculación entre la protección de los derechos vinculados a la lactancia, siquiera en el ámbito preventivo, y el derecho a la no discriminación por razón de sexo que carece de precedentes en la jurisprudencia del TJUE. En la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *C.D.*<sup>27</sup>, que versaba sobre un tema de maternidad subrogada en que la madre intencional había conseguido amamantar al bebé por medio de técnicas de lactancia inducida, el TJUE se acercó al tema pero finalmente no abordó la conexión entre lactancia y discrimi-

nación por género porque el tema planteado versaba sobre el permiso de maternidad que solicitaba la madre intencional. Sin embargo, en los párrafos 59 y 60 de la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos* la conexión se establece con gran rotundidad:

*59. De ello se desprende que, dado que la condición de mujer en período de lactancia está estrechamente ligada a la maternidad y, en particular, «[al] embarazo o [al] permiso por maternidad», las trabajadoras en período de lactancia deben tener la misma protección que las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz.*

*60. En consecuencia, el trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo.*

La declaración realizada por el TJUE de que la discriminación por incumplimiento de la normativa de prevención en situación de lactancia constituye discriminación directa por razón de sexo es particularmente importante porque impide que pueda justificarse la diferencia de trato en atención a causas relacionadas con la mayor eficiencia empresarial. Recuérdese que las situaciones que pudieran constituir discriminación indirecta pueden justificarse por razones objetivas, razonables y proporcionadas, que pueden asentarse en razones de funcionamiento empresarial. Sin embargo, las situaciones que constituyen discriminación directa no admiten más justificación que el requisito profesional esencial y determinante<sup>28</sup>.

La vinculación de la situación de lactancia a la protección antidiscriminatoria por razón de sexo tiene una consecuencia adicional a la de la aplicación de la modificación de la car-

<sup>26</sup> Art. 2.2.c. Directiva 2006/54: A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá ... c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE.

<sup>27</sup> STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12.

<sup>28</sup> Así lo ha establecido el TJUE reiteradamente desde la paradigmática sentencia dictada en el asunto *Dekker*, STJUE de 8 de noviembre de 1990, C-177/88.

ga de la prueba: la víctima tiene derecho a la tutela judicial efectiva (o a la acción judicial, en sentido formal y material, en los términos establecidos en el art. 17 de la Directiva 2006/54) y además el ordenamiento debe garantizar una reparación adecuada a la víctima (art. 18 de la Directiva 2006/54) que debe venir acompañada de una sanción efectiva y disuasoria al sujeto ofensor (art. 25 de la Directiva 2006/54). Estas previsiones se reproducen asimismo en la propia Directiva 92/85: Bajo la rúbrica «Defensa de los derechos», el art. 12 de la Directiva 92/85 reconoce el derecho de la trabajadora que considere vulnerados los derechos reconocidos en la Directiva a reclamar judicialmente. Este art. 12 es similar al art. 17.1 de la Directiva 2006/54, en el que también se reconoce el derecho a la acción judicial de la víctima de discriminación por razón de sexo. En ambos preceptos el derecho a la acción judicial implica, de un lado, el derecho a acudir a los tribunales y, de otro, el derecho a obtener de ellos una satisfacción adecuada, para lo cual los ordenamientos deben proceder a eliminar los obstáculos que pudieran existir para la efectividad de los derechos establecidos en la Directiva. Este derecho es de gran relevancia en el caso de las obligaciones preventivas porque requiere de los legisladores internos que elaboren mecanismos adecuados para que la trabajadora en riesgo no tenga que estar sometida a éste hasta el momento en que se decida judicialmente si la evaluación se ha producido adecuadamente, si el empresario ha cumplido adecuadamente sus obligaciones previas de adaptación y cambio de puesto y, en consecuencia, si procede o no la exención de trabajar. También cabe deducir esta consecuencia de la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*.

#### 4. LA PROTECCIÓN DISPENSADA A LA LACTANCIA EN LOS ART. 37.4 ET Y 26 LPRL: ESTUDIO CRÍTICO

Los dos ejes de referencia en los que se asienta la normativa jurídico laboral en relación con la lactancia son el art. 37.4 del ET,

que regula un permiso llamado de lactancia que, en realidad, es un permiso parental retribuido de una hora diaria para los progenitores de menores de nueve meses; y el art. 26 de la LPRL que básicamente reproduce el sistema preventivo configurado en la Directiva 92/85. Tanto uno como otro adolecen de importantes defectos.

##### 4.1. El permiso de lactancia del art. 37.4 ET

El permiso de lactancia establecido en el art. 37.4 ET no tiene actualmente como objetivo favorecer el desarrollo de la lactancia ni prevenir riesgo alguno relacionado con ella. De hecho se ha desvinculado totalmente de la normativa internacional que promueve el desarrollo de la lactancia. En efecto, la Recomendación 95 de la OIT sugiere una duración diaria del permiso de lactancia de hora y media, en tanto que el Convenio 103 hace referencia a dos descansos de media hora para permitir la lactancia. El ordenamiento español no cumple con la Recomendación 95 porque establece, en el art. 37.4 ET, un permiso de lactancia de una hora, divisible en dos medias horas, por lo que claramente establece una duración inferior. Tampoco cumple la Recomendación 95 en lo referente a las instalaciones para la lactancia subvencionadas con cargo a la colectividad. Pero probablemente tampoco cumpla siquiera el Convenio 103 por las siguientes razones: a) El art. 3.d. del Convenio 103 establece el derecho al permiso mientras dure la lactancia, sin configurar límites máximos, en tanto que el art. 37.4 ET establece la limitación temporal de los nueve meses de edad del hijo; b) Los dos descansos de media hora establecidos en el art. 3.d. del Convenio 103 se cumplen si la trabajadora en España opta por la interrupción de la jornada, en cuyo caso podrá dividir la hora diaria en dos medias horas. Pero no se cumple cuando accede a una reducción de jornada porque en tal caso el descanso es tan solo de media hora. Ello condiciona el derecho de elección de la trabajadora, que se encuentra penalizada en la duración de su permiso dia-

rio de lactancia cuando escoge disfrutarlo al principio y/o al final de su jornada. Tampoco se avendría la normativa española al Convenio 189 OIT (en el hipotético caso de que España lo ratificara) puesto que prevé una duración máxima del permiso de lactancia que coincide con la edad de nueve meses del hijo, mientras que tampoco este Convenio establece limitación. Tampoco sigue la sugerencia de la Recomendación 191 acerca de la existencia de instalaciones que faciliten la lactancia (art. 9.9 de la Recomendación 191), dado que nada se establece al respecto en el ordenamiento español.

El derecho al permiso de lactancia se ha mantenido prácticamente inalterado en España desde 1900 hasta 2012, en que la reforma operada por ley 3/2012 introdujo fundamentalmente dos cambios de gran relevancia: i) Como consecuencia de la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Roca Alvarez*, el permiso de lactancia español ha dejado de ser un permiso de titularidad femenina para pasar a ser un permiso parental de disfrute indistinto. El permiso que surgió como una forma de facilitar la lactancia materna en un contexto laboral de cercanía física entre madre e hijo ha derivado en un permiso parental que, como tal, no puede ser de titularidad exclusiva o preferentemente femenina a riesgo de generar efectos discriminatorios contra el colectivo femenino por favorecer la perpetuación de roles domésticos y de cuidado. En tal sentido se pronunció el TJUE en el asunto *Roca Alvarez*; ii) Tras la reforma operada por la ley 3/2012 el momento para el disfrute del permiso de lactancia puede quedar condicionado por lo establecido en la negociación colectiva que puede establecer criterios al respecto en atención, no solo a las necesidades de conciliación del trabajador/a sino también a las *necesidades productivas y organizativas de las empresas*. Es particularmente llamativo que la regulación de 1900 estableciera en favor de la trabajadora un derecho a la concreción temporal absoluto e incondicionado, que no debía ceder ante las necesidades empresariales y que tan solo debía concretarse al principio de cada

jornada de trabajo. Los cambios operados en 2012 con relación al permiso de lactancia son históricos, pues, porque implican la alteración de una norma que ha pervivido más de un siglo, pero adquieren relevancia especial, sobre todo, porque alteran la tendencia histórica al incremento de las garantías de los derechos de conciliación.

En definitiva, la cuestión del ejercicio efectivo del derecho a la lactancia natural no se acomete en la normativa jurídico laboral española. No existen permisos adecuados, ni siquiera derechos reconocidos en sentido meramente formal. El derecho a la lactancia natural, entendido en un sentido de derecho a su ejercicio como opción personal y familiar, es inexistente. Ciertamente, la única referencia que existe en la normativa de la UE al respecto es estrictamente preventiva y deliberadamente general, pero precisamente el hecho de su inclusión en la normativa preventiva implica que constituye un derecho. Más claramente surge la lactancia como derecho en los sucesivos convenios de la OIT sobre la maternidad, en los que aparecen varios mecanismos concretos para que se facilite su ejercicio. Dado que el art. 37.4 ET no es un mecanismo para facilitar la lactancia natural en la actualidad, el ordenamiento debiera establecer uno al efecto.

La única alternativa posible pasaría en España por replantear la cuestión de la adaptación de la jornada de trabajo, y por permitir en beneficio de la trabajadora en situación de lactancia la máxima flexibilidad en la organización de su tiempo. Solo de este modo es posible que la lactancia se pueda llevar a cabo directamente o que, al menos, se disponga del tiempo suficiente y de las condiciones mínimas para la extracción de la leche. Debiera, por ello, garantizarse expresa y plenamente, el derecho a la adaptación de la jornada para facilitar el ejercicio del derecho a la lactancia, sin que quedara sometido ni al convenio colectivo ni al acuerdo con el empresario como actualmente requiere el art. 34.8 ET. Al efecto, tal y como requiere la cláusula sexta de la

Directiva 2010/18 de permisos parentales, con carácter general el empresario debe tomar en consideración cualquier requerimiento de adaptación de la jornada realizado por aquel/la trabajador/a con responsabilidades de cuidado. En concreto, el hecho del ejercicio del derecho a la lactancia por parte de la trabajadora debiera ser un factor de relevancia en esta toma de consideración que establece la cláusula sexta de la Directiva 2006/54 (*infra*).

Procede en este momento detenerse con mayor atención en el alcance de esta cláusula sexta de la Directiva 2010/18. Su engarce con el derecho a la adaptación para la lactancia, al que más abajo se hará referencia, resulta claro. Establece lo siguiente:

*Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores.*

Esta formulación de cierto derecho a la adaptación de la jornada por conciliación tiene, al menos, dos limitaciones<sup>29</sup>: (i) la obligación de adaptación que contempla (*cambios en sus horarios o regímenes de trabajo*) se refiere tan solo al momento en que los trabajadores/as se reincorporan al trabajo después de disfrutar de un permiso parental. Debe tenerse en cuenta que la Directiva 2010/18 no versa sobre todas las vertientes de la conciliación, sino solo sobre permisos (derechos de ausencia). Por ello en esta cláusula sexta no se configura un derecho de adaptación por conciliación (no era su ámbito) sino tan solo una garantía

para el momento de la reincorporación tras el disfrute de un permiso parental. Esto explica que en la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Espadas Recio* (que fue una cuestión prejudicial planteada por un juzgado español) el TJUE no entrara en el fondo del asunto: no se planteaba un asunto de adaptación tras el disfrute de un permiso parental. Por eso mismo la sentencia dictada en el asunto *Espadas Recio* no establece que el ordenamiento español se acomode a la Directiva 2010/18. De hecho, el ordenamiento español no establece el derecho de adaptación por conciliación en ningún supuesto, ni tras permiso parental ni en ningún otro caso. El art. 34.8 ET es el único al respecto y el alcance del derecho de adaptación que contempla se limita a su reconocimiento por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y el trabajador/a; (ii) la obligación de adaptación que la cláusula sexta establece para el empresario consiste en la toma en consideración de las peticiones del trabajador/a *teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores*. La expresión «tomar en consideración» no configura un derecho absoluto, incondicionado o siquiera preferente frente al empresario del trabajador/a que pretende ejercitar sus derechos de conciliación: simplemente configure el derecho de éste a solicitarlo y a obtener del empresario, encaso de negativa, al menos una explicación o motivación de la misma en atención a las necesidades empresariales.

Si el art. 34.8 ET, o cualquier otro, estableciera un derecho de adaptación de la jornada no condicionado al convenio colectivo o al acuerdo con el empresario no solo se estaría dando cumplimiento a lo establecido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18, sino que también quedarían establecidos los mimbres para que se garantizara la adaptación del puesto de trabajo en los casos de riesgo para la lactancia en los términos establecidos en el art. 5 de la Directiva 92/85 y en el art. 26.2 LPRL. Como más abajo se expondrá, sin embargo, la obligación de adaptación en materia de riesgo durante la lactancia exige una obligación de adaptación mayor que la que esta-

<sup>29</sup> Analicé el alcance de la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 en relación con el art. 34.8 ET en BALLESTER PASTOR, «Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género», Ed Tirant lo Blanch, 2017, pág. 153 ss.

blece la cláusula sexta de la Directiva 2010/18, porque es una obligación absoluta en beneficio del trabajador/a que no puede quedar condicionada a las necesidades de la empresa.

## 4.2. La protección de la lactancia en el art. 26 LPRL

### 4.2.1. La evaluación de riesgos para la lactancia

Todos los puestos de trabajo deben estar evaluados teniendo en cuenta el riesgo para la lactancia. El art. 26.1 LPRL lo expresa del siguiente modo:

*La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico.*

Lo primero que llama la atención en el precepto es que no aparece la finalidad de proteger la salud del bebé lactante, puesto que solo se menciona la salud de la trabajadora y el feto. De hecho en esta primera frase del art. 16.1 LPRL ni siquiera aparece referencia alguna a la situación de lactancia, que surge en la frase posterior, cuando se establecen las obligaciones del empresario a partir de una evaluación que desvelase riesgos para la lactancia, en el momento en que tiene conocimiento de ella. No sorprende, pues, que tampoco aparezca la finalidad de favorecer el ejercicio del derecho a la lactancia natural en el art. 16.1 LPRL.

No puede decirse que el ordenamiento español haya actuado con gran diligencia a la hora de establecer los términos en que debía desarrollarse la evaluación de riesgos en relación con la lactancia<sup>30</sup>: La DF tercera

<sup>30</sup> Describe, en clave crítica, el proceso de configuración en España de estas directrices, GARRIGUES GIMENEZ, «Hacia un

de la LOIE estableció el plazo de seis meses para que se elaborara un reglamento en el que debía integrarse el contenido de los Anexos de la Directiva 92/85. Este reglamento contendría las indicaciones o directrices necesarias para que se produjera adecuadamente la evaluación establecida en el art. 26 LPRL y en la propia Directiva 92/85. No era tarea difícil, considerando que en 2000 ya habían aparecido unas Directrices comunitarias sobre la materia (*supra*), pero el plazo se incumplió. Posteriormente, la DA tercera del RD 295/2009, de 6 de marzo, renovó el mandato al entonces Ministerio de Trabajo e Inmigración para que elaborara las correspondientes guías definidoras de los riesgos que pudieran influir de forma negativa en la salud de la trabajadora, del feto o en la del hijo en supuestos de lactancia natural. Al menos aparecía expresamente la referencia a la salud del hijo. Dos años después, el 23 de noviembre de 2011 aparecieron las «Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo», volviendo al habitual olvido en su título de la situación de lactancia. Sin embargo, estas Directrices tienen un apartado específico dedicado a la relevancia de los riesgos psicosociales en materia de lactancia, por lo que al menos formalmente había constancia de que tal riesgo existía. En este documento también se hace expresa referencia a la repercusión de los tiempos de trabajo y el estrés laboral en el desarrollo del embarazo y de la lactancia<sup>31</sup>. Ciertamente existían estudios técnicos sobre la materia de gran interés, como las guías técnicas y las notas técnicas de prevención elaboradas por el INSHT, pero la obligatoriedad solo podía proceder de una norma estatal, que se demoró como se

nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género», Derecho de las Relaciones Laborales, 8, 2017, pág. 770 ss.

<sup>31</sup> Pueden encontrarse estas directrices en la siguiente página web: [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias\\_INSHT/2011/ficheros/2011\\_11\\_23\\_DIR\\_MATER.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias_INSHT/2011/ficheros/2011_11_23_DIR_MATER.pdf)

ha visto hasta el año 2011, cuando habían transcurrido ya más de quince años desde la aprobación de la LPRL. A esas alturas el tratamiento (tema) de la prevención en la situación de maternidad y sobre todo de la lactancia daba (había dado lugar) a la percepción de que se trataba de una cuestión menor. En la evaluación de riesgos aparecía la cuestión de la lactancia exclusivamente cuando el riesgo consistía en exposición a tóxicos expresamente referidos en las Directrices, por ejemplo el plomo. Pero las evaluaciones raramente hacían referencia a factores relacionados con el estrés, con las dificultades para la lactancia vinculadas a los cambios de turnos o con cualquier otro relacionado con la organización del tiempo de trabajo, o con los problemas vinculados a las condiciones mínimas de higiene e intimidad para la extracción de la leche si este era el sistema utilizado para la lactancia. El asunto *Otero Ramos* es buen ejemplo de ello: el único argumento de la empresa era que el puesto de trabajo que ocupaba la trabajadora estaba exento de riesgo. Resulta muy ilustrativa la resistencia de la empresa a aportar cualquier otra justificación. También es interesante destacar que durante el proceso tampoco el INSS requirió ninguna explicación a la empresa acerca del modo en que había acometido el riesgo. Estos comportamientos simplemente reflejan lo que estaba siendo práctica habitual y estaba siendo generalmente admitida: que bastaba con la referencia a la no existencia de riesgo para detener todo el proceso preventivo configurado en el art. 26 LPRL. Tampoco la interpretación jurisprudencial ayudó a que esta percepción cambiara (*infra*).

No ayuda mucho al respecto lo establecido en el propio art. 26.2 LPRL en el que expresamente se establece que el *empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos*. Esta frase, en la que parece dejarse al empresario la relación de los puestos exentos de riesgo, es solo aparentemente equívoca: según el propio

art. 26.2 LPRL esta relación solo es válida a efectos de determinar los puestos limpios de riesgo a los que podría ser destinada la trabajadora en caso de riesgo para el embarazo o la lactancia, pero no puede servir para sustituir la correspondiente evaluación, que debe incluir los riesgos psicosociales y todos aquellos que no solo ponen en riesgo la salud de las personas sino que simplemente impiden o dificultan el desarrollo de la lactancia natural.

Pero la obligación de prevención no termina con la evaluación inicial. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que el empresario está obligado a comprobar los estados de riesgo motivados, no solo por la comprobación en abstracto del riesgo general aparejado al puesto de trabajo, sino que debe tener en cuenta el riesgo específico vinculado con las características de cada trabajadora, de su embarazo y de su lactancia, en relación con el puesto de trabajo. La atención a dichos factores en ocasiones difícilmente podrá incorporarse a la evaluación inicial del puesto de trabajo, pero debe ser acometida por el empresario aplicando las mismas medidas previstas en la Directiva 92/85 y en el art. 26 LPRL (acomodación –incluyendo adaptación de tiempos–, traslado o exención de la obligación de trabajar con percepción de la prestación correspondiente). Esta actuación preventiva permanentemente alerta ante nuevas situaciones y ante factores de riesgo difíciles de prever en abstracto es otra de las asignaturas pendientes de la normativa española de prevención de riesgos.

#### 4.2.2. *La prevención escalonada: derecho a la adaptación –incluyendo adaptación horaria – a cambio de puesto de trabajo y a la prestación de riesgo durante la lactancia como última medida*

El art. 26 LPRL configura el mismo mecanismo escalonado en tres niveles cuando se actualiza el riesgo para el embarazo o la lactancia que se encuentra en el art. 5 de la Directiva 92/85: (a) Nivel de adaptación: el

empresario deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición al riesgo, *a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada*. Las medidas pueden incluir la prohibición del trabajo nocturno cuando fuera necesario; (b) Nivel de cambio a trabajo adecuado. Cuando la adaptación no fuera posible o no fuera eficiente para eliminar el riesgo, el empresario deberá transferir a la trabajadora a un puesto de trabajo compatible con su estado. En este nivel es en el que el art. 26.2 LPRL hace referencia a la relación de puestos de trabajo exentos de riesgo a efectos de cambio que se mencionaba más arriba y que corresponde al empresario tras consulta con los representantes de los trabajadores. A este nivel el art. 26.2 LPRL dedica gran atención, deteniéndose en el tipo de movilidad que procede y en la retribución que debe abonarse. (c) Nivel de suspensión del contrato y prestación por riesgo durante la lactancia: Si el cambio no fuera *técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados* la trabajadora pasará la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, percibiendo la prestación correspondiente.

#### A. Primer nivel preventivo: Adaptación del puesto de trabajo, incluyendo condiciones y tiempo de trabajo

La adaptación en el caso de embarazada generalmente suele incluir ajustes físicos: desde el uniforme adecuado a ajustes ergonómicos. El embarazo también puede requerir adaptaciones en materia de la organización temporal relacionada con el trabajo a turnos, el trabajo nocturno (existe una especial referencia en el art. 26 LPRL) y con cualquier otro aspecto del horario de trabajo. En el caso de la lactancia la adaptación pocas veces requerirá la adaptación mediante ajustes físicos de uniformidad o de carácter ergonómico. Al contrario, en este primer nivel de adaptación, la lactancia requerirá en la mayoría de los casos adaptaciones relacionadas con el tiempo de trabajo, fundamentalmente a efectos de facilitar la lactancia directa (lo que previsiblemente

ocurrirá en pocos casos pero que tiene que ser previsto), evitar el estrés que suponen ciertos trabajos (por ejemplo a turnos o nocturnos), o permitir la extracción de la leche en condiciones de higiene e intimidad (por ejemplo, derecho a interrupciones e incluso acceso a lugares adecuados para la extracción y el almacenamiento). Debe señalarse, con todo que, tanto en el caso del embarazo como en el de la lactancia el primer nivel de la adaptación suele pasarse de largo sin que se exploten todas sus posibilidades. Probablemente el reforzamiento de este primer nivel de la adaptación, requiere una cultura de la prevención empática y adaptativa del trabajo a la persona que no siempre concurre. Queda mucho todavía para que la prevención en nuestro país atienda a la diversidad de situaciones y persiga efectivamente que el trabajo se adapte a la persona y no al contrario<sup>32</sup>.

El principal obstáculo a que la adaptación, en materia de tiempo de trabajo, tenga un papel fundamental en materia de lactancia se encuentra en el propio art. 26.2 LPRL. Conforme a este precepto el objetivo de la adaptación debe ser la adopción de *las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo*. Se advierte que el objetivo es escapar del riesgo, situar a la trabajadora fuera del mismo, lo cual es comprensible si se atiende a la prevención clásica (exposición a riesgos físicos), pero no concuerda con la finalidad de la prevención de riesgos en el caso de la lactancia, que no solo debiera tener en cuenta esta evitación de factores de riesgo, sino que también debiera tener como finalidad facilitar el hecho de la lactancia, o sea, que las características del trabajo no afectaran al desarrollo o la propia existencia de la misma.

<sup>32</sup> Con relación a los trabajadores particularmente sensibles así lo exponía en su momento GARCIA - PERROTE ESCARTIN, «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en Coord. CASAS BAAMONDE, PALOMEQUE LOPEZ y VALDÉS DEL RÉ, «Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales», Madrid, 1997, pág. 39 y 40).

Debe resaltarse, asimismo, que, en teoría, el art. 26.2 LPRL configura este primer nivel de prevención de carácter adaptativo como una obligación casi absoluta, que debiera admitir pocas excepciones. De hecho, el tránsito al siguiente nivel preventivo (el cambio de puesto de trabajo) requiere certificación médica y solo puede operar cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo «no resultase posible». Sin más excepciones, condiciones o limitaciones que las de su mera efectividad para evitar el riesgo. En definitiva, si hay posibilidad de que la lactancia se lleve a cabo sin riesgo a partir de cualquier adaptación del tiempo de trabajo o de las condiciones del mismo deberá hacerse, independientemente de las repercusiones que pudiera tener o de la trascendencia de los cambios. No hay referencia transaccional aquí, en la que tengan que ponerse en relación las obligaciones de adaptación con el coste que ocasiona. La redacción del art. 26.2 LPRL es lo suficientemente ilustrativa:

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado<sup>33</sup>.

A partir de lo expuesto la única cuestión que debiera plantearse cuando se produjera la lactancia y el trabajo implicara riesgo para la misma (no solo en su vertiente de riesgo

físico para la madre o el bebé, sino también en su vertiente de riesgo de que no pudiera llevarse a cabo) debiera ser cual es la adaptación que procede. La evaluación previa puede ser de utilidad para establecer las pautas generales pero la determinación concreta del alcance de la adaptación de condiciones y de horario depende de cada puesto y de cada situación concreta. Todas las evaluaciones debieran, por ello, establecer previsiones específicas que primaran la adaptación frente al cambio de puesto de trabajo, tal y como establece el art. 26.2 LPRL. Pero en todo caso, para asegurar que la adaptación en caso de lactancia efectivamente opera como primer nivel preventivo debiera asegurarse que la propuesta de adaptación realizada por la trabajadora tiene presunción de adecuación, salvo prueba en contrario aportada por el empresario que evidenciara que lo solicitado excede de su finalidad o que existen otras medidas adaptativas que cumplen la misma finalidad y que causan menor efecto en la organización de la empresa. Esta dinámica no solo resulta consecuente con la formulación del art. 26.2 LPRL sino con la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Otero Ramos*. Conforme a la misma, es el empresario el que debe probar que se han adoptado las medidas preventivas adecuadas, fundamentalmente a través de una evaluación de riesgos adecuada para que la lactancia pueda desarrollarse. Más arriba ya se expuso que el ordenamiento español carece de mecanismos que configuren un derecho a la adaptación de la jornada para el ejercicio de los derechos de conciliación en los términos establecidos en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18. Adviértase, en todo caso, que el derecho de adaptación establecido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 que obliga a «tomar en consideración» la solicitud de la trabajadora no sería suficiente para cumplir las obligaciones de adaptación establecidas en el art. 26.2 LPRL. Recuérdese que en este precepto se establece la obligación de adaptación siempre que sea posible (no meramente cuando pueda compatibilizarse con la organización empresarial existente). El derecho a la adaptación debe-

<sup>33</sup> El art. 26.4 LPRL establece que su art. 26.2 se aplica también al caso del riesgo durante la lactancia y hace referencia a los mismos certificados e informes médicos. Menciona el art. 26.4 LPRL la salud del hijo (en lugar del feto).

ría quedar configurado, al menos durante el tiempo que resulta relevante para el ejercicio de los derechos de lactancia, como un derecho del trabajador/a de carácter incondicionado cuyo disfrute debiera quedar limitado tan solo por la falta de justificación o el abuso de derecho.

#### B. El segundo nivel preventivo: el cambio a puesto de trabajo adecuado

La primera cuestión que surge cuando se trata de aplicar el cambio de puesto de trabajo por riesgo durante la lactancia es la identificación de los puestos exentos de riesgo, que constituye una obligación establecida en el propio art. 26.2 LPRL. La cuestión es importante porque requiere una tarea de identificación más cuidadosa que la que hasta ahora se puede estar realizando en muchas empresas en relación con los riesgos para la lactancia. La sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos* advierte de las consecuencias derivadas de evaluaciones incorrectas del riesgo para la lactancia a partir de elencos demasiado generosos respecto de los puestos exentos de riesgo.

El art. 26.2 LPRL, después de establecer que el cambio de trabajo solo procederá en caso de que la adaptación no sea posible, detalla cual es el régimen jurídico que debe aplicarse en este caso. De nuevo aparece un mecanismo en dos niveles: en primer lugar, la trabajadora deberá ser cambiada a un puesto de trabajo que se corresponda con el espacio de movilidad funcional del que dispone el empresario (supuestos de movilidad funcional). Ello implica que, en este primer nivel, deberá intentarse que la trabajadora sea destinada a un puesto de trabajo correspondiente al mismo grupo profesional; en segundo lugar, si no existiese puesto o función compatible dentro del mismo grupo profesional, procederá el cambio a otro puesto de trabajo correspondiente a otro grupo, si bien en tal caso deberá garantizarse el conjunto de las retribuciones correspondientes a su puesto de origen. Llama la atención que no se garantice la retri-

bución inicial en el caso de cambio de puesto dentro del mismo grupo profesional, aunque no es difícil aplicar en este caso la analogía. También llama la atención la referencia que el precepto hace a la categoría equivalente y que cabe atribuir sencillamente a la regulación aplicable en el momento en que se aprobó la LPRL.

El sistema puede parecer razonable, pero a poco que se analice puede no serlo tanto. Destaca que el espacio de referencia para la movilidad en primer lugar es el grupo profesional. Resulta innecesario recordar al respecto que en el ordenamiento español no existen reglas concretas para determinar cuál es el espacio máximo que debe comprender el grupo profesional. En consecuencia, el grupo profesional no necesariamente y en todo caso garantizará que el puesto al que es destinada la trabajadora en la situación de riesgo para la lactancia es equivalente al inicial. De otro lado, el tránsito a una movilidad fuera del grupo profesional atribuye una prerrogativa al empresario que resulta desmesurada, puesto que ni siquiera se condiciona a la máxima similitud con el puesto de origen, a que se evite la movilidad descendente, a que se permita cierta prerrogativa de elección a la trabajadora o simplemente a que se garantice al menos la dignidad de la misma. El cambio de puesto debiera configurarse como derecho de la trabajadora que funciona a instancia suya, por medio de la solicitud del puesto disponible correspondiente. En este contexto de máxima flexibilidad a efectos de facilitar el ejercicio de la lactancia natural en los términos que se han venido exponiendo hasta ahora, de que la prevención del riesgo para la lactancia implica también la obligación de facilitar su ejercicio, debiera asimismo quedar abierta la posibilidad, a instancia de la trabajadora en situación de lactancia, de cambios de trabajo parciales, a modo de polivalencia funcional.

Tanto la cuestión de la adaptación, como la del cambio de puesto de trabajo, inmediatamente reconducen a los derechos de los otros trabajadores/as de la empresa: es posible que

existan otros que tengan derecho preferente a ocupar estas vacantes o es incluso posible que resulte necesaria una readaptación de varios puestos a efectos de que la trabajadora pueda llegar a ocupar el puesto que se adecúa a su situación de lactancia. La problemática, por tanto, es generalmente mucho más compleja de lo que plantea el art. 26.2 LPRL. No es de extrañar que en este contexto tanto la empresa como la propia trabajadora en situación de lactancia prefieran pasar directamente al tercer nivel, el de la exención de la obligación de trabajar con acceso a la prestación de riesgo para la lactancia. La empresa puede no tener interés en cambiar la forma en que la misma configura el tiempo de trabajo y la atribución de funciones; y la trabajadora puede también no tener interés en entrar en conflicto con otros trabajadores/as pretendiendo acceder a los puestos que ocupan o que podrían tener derecho a ocupar. El tema del alcance de la obligación de cambio de puesto debiera quedar resuelto de antemano, primero, en la evaluación de riesgos y, segundo, en la propia negociación colectiva, por medio de la articulación de preferencias en la ocupación de puestos de trabajo que tuvieran en cuenta en primer lugar las necesidades de adaptación y cambio de puesto de trabajo que establece el art. 26.2 LPRL y que no culpabilizaran a la propia trabajadora en situación de lactancia por ejercitar sus derechos.

Hay un aspecto en la legislación española, sin embargo, que claramente mejora lo establecido en la Directiva 92/85 con relación al riesgo durante la lactancia: el art. 26.2 LPRL garantiza el mantenimiento de la retribución de origen. Debe recordarse que en el art. 11 de la Directiva 92/85 la única retribución que se garantiza en caso de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia es la que sea «adecuada». Esta formulación ha llevado al TJUE a interpretar que, como consecuencia del cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia, resultaría admisible que un Estado miembro no garantizara la totalidad de la retribución previa, sino que admitiera que se

perdieran los complementos de puesto de trabajo vinculados al puesto de trabajo de origen cuando las circunstancias que retribuyeran no concurrieran en el nuevo puesto<sup>34</sup>. No ha sido éste el criterio usado por la jurisprudencia española que, en aplicación de lo establecido en el art. 26.2 LPRL, ha establecido el derecho de la trabajadora que cambia de puesto como consecuencia de una situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia a percibir los complementos de puesto que concurrieran en el puesto de trabajo de procedencia, incluso aunque dichas cuantías correspondieran a guardias médicas que no concurren en el nuevo puesto de trabajo<sup>35</sup>. A esta conclusión llega el TS aplicando analógicamente la retribución a la que la trabajadora hubiera tenido derecho si hubiera accedido a la prestación de riesgo durante el embarazo o la lactancia. Si en estos casos la prestación hubiera sido del 100% de la base reguladora no puede establecerse que, manteniéndose en el trabajo, se perciba una retribución inferior. Es una interpretación que refuerza la preferencia de la adaptación y el cambio de puesto frente a la prestación por riesgo durante embarazo o lactancia.

### C. El último nivel: la prestación de riesgo durante la lactancia

A partir de lo expuesto resulta claro que el sistema configurado en el art. 26.2 LPRL establece la obligación de adaptación y cambio de puesto de trabajo con carácter preferente a la exención de trabajar con percepción de la correspondiente prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia. Por si había alguna duda así lo establece el art. 26. LPRL, que condiciona finalmente el acceso a la prestación a que el cambio de puesto de trabajo no resulte técnica u objetivamente posible:

<sup>34</sup> En este sentido se pronunció el TJUE en el asunto *Parvainen*, STJUE de 1 de julio de 2010, C-471/08.

<sup>35</sup> STS de 24 de enero de 2017, Rec. 1902/2015. Un comentario sobre el alcance de esta doctrina por GONZALEZ GONZALEZ, «Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 2018, pág. 3 a 8.

*Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado*<sup>36</sup>.

Paradójicamente, sin embargo, esta configuración normativa estaba siendo interpretada de modo que dejaba a la trabajadora en una situación de completa indefensión. La doctrina del TS que se enfrentó a la cuestión de si procedía o no el reconocimiento de la prestación de riesgo durante a lactancia tuvo el siguiente desarrollo.

(i) Las primeras sentencias sobre reconocimiento de la prestación de riesgo durante la lactancia llegaron al TS fundamentalmente en el año 2011. La mayoría de las que conseguían superar el juicio de contradicción correspondían a actividades hospitalarias que, al tener naturaleza similar, admitían unificación de doctrina. En este año las varias sentencias sobre la materia se referían fundamentalmente a ATS en diferentes servicios hospitalarios. Respecto de todas ellas se planteaba el mismo supuesto que ha dado lugar a la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*: eran actividades que habían sido catalogadas como exentas de riesgo por la entidad hospitalaria que actuaba como empresaria pero respecto de las cuales las trabajadoras aportaban certificación médica que las consideraba incompatibles con la lactancia, no solo por razones horarias, sino también por exposición a otros riesgos. Las sentencias del TS de 2011<sup>37</sup> establecieron unánimemente que

no bastaba con identificar unos riesgos genéricos sino que resultaba necesario identificar, valorar y acreditar los riesgos específicos del puesto de trabajo en relación a la situación de lactancia. Conforme a esta doctrina era la trabajadora la que debía probar que, pese a la manifestación de inexistencia de riesgo realizada por la empresa, sí que concurría riesgo para la lactancia. A tal efecto, no cabían referencias generales sino que el TS requería que se realizara un análisis concreto. El resultado fue la generalizada denegación de las prestaciones de riesgo para la lactancia

(ii) En el año 2012 se mantuvo la misma doctrina para las solicitudes relativas a actividades de naturaleza hospitalaria que llegaron al TS<sup>38</sup>, pero empezaron a plantearse recursos en unificación de doctrina respecto a la actividad que llevaban a cabo las tripulantes de cabina. En este caso el TS consideró que sí que concurría causa suficiente para justificar la concesión de la prestación de riesgo para la lactancia. A esta conclusión llegó por considerar que la actividad a turnos impedía la lactancia natural directa, pero además impedía incluso la extracción y almacenamiento de la leche en condiciones mínimas de intimidad e higiene<sup>39</sup>. Tras llegar a esta conclusión el TS exponía que la empresa no había realizado las actuaciones necesarias para que operara la adaptación y el cambio de puesto de trabajo previo a la prestación de riesgo durante la lactancia, pero ello no debía impedir que se diera una solución a la situación de riesgo durante la lactancia. El propio TS en estos casos, indicaba que podría proceder con posterioridad la reclamación de la Mutua pagadora contra la empresa que no había cumplido sus obligaciones al respecto<sup>40</sup>.

de 2011 (rec ud 1863/2010); de 18 de marzo de 2011 (rec ud 1966/2010); de 3 de mayo de 2011 (rec ud 2707/2010).

<sup>38</sup> SSTS de 21 de septiembre de 2012 (rec ud 2342/2010); y de 1 de octubre de 2012 (rec ud 2373/2011).

<sup>39</sup> SSTS de 24 de abril de 2012 (rec ud 818/2011); de 21 de Junio de 2012 (rec ud 2361/2011); y de 22 de noviembre de 2012 (rec ud 1298/2011).

<sup>40</sup> Por ejemplo, en la STS de 24 de abril de 2012 (rec ud 818/2011).

<sup>36</sup> El art. 26.4 LPRL refiere que se aplicará el acceso a esta suspensión/prestación en los casos de riesgo durante la lactancia de menores de nueve meses en los mismos términos que en el caso de riesgo durante el embarazo.

<sup>37</sup> SSTS de 17 de marzo de 2011 (rec ud 1864/2010); de 18 de marzo de 2011 (rec ud 1290/2010); de 18 de marzo

Esta doctrina del TS en relación con el riesgo de la lactancia de las tripulantes de cabina introdujo una serie de importantes novedades respecto a la doctrina anterior: en primer lugar, lo más importante de esta doctrina fue que, aun reconociendo que se había incumplido por parte de la empresa su obligación de adaptación y cambio de puesto, ello no debía impedir que la trabajadora tuviera acceso inmediatamente a la protección correspondiente para poder ejercitar su derecho a la lactancia. Con otra argumentación (asentada en la aplicación de la modificación de la carga de la prueba) a la misma conclusión se llegó en la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*. Lo relevante es la efectividad del derecho y la inmediatez de la protección, una máxima inquebrantable en el ámbito de la prevención. En segundo lugar, la doctrina de las tripulantes de cabina incorporó una visión más abierta del objetivo de la protección frente al riesgo de la lactancia. En estas sentencias no solo se analizaron los riesgos clásicos en materia preventiva, sino que se procedió a estudiar las condiciones de organización del trabajo a efectos de comprobar si se afectaba a la lactancia directa o si podía afectar a la lactancia indirecta por medio de la extracción de la leche y su almacenamiento. Esta referencia a las condiciones para la extracción y el almacenamiento en esta doctrina fue de gran relevancia porque situó el derecho a la lactancia en una dimensión realista. Efectivamente, desde que las mujeres dejaron de amamantar a sus hijos en la misma fábrica, la posibilidad de compatibilizar la lactancia materna con el trabajo parecía una posibilidad remota. Por tanto, la cuestión de la organización del tiempo de trabajo se había olvidado y lo único que parecía relevante era la evitación del riesgo (el cambio de puesto o la prestación de riesgo durante la lactancia). La doctrina de las tripulantes de cabina incorporó realismo al ejercicio del derecho a la lactancia e hizo más visibles las posibilidades para posibilitar su ejercicio.

(iii) Sin embargo, la doctrina de las tripulantes de cabina no se extendió con posteriori-

dad a otras actividades<sup>41</sup> ni alteró la doctrina que hasta el momento el TS había aplicado a la situación de riesgo para la lactancia en actividades de carácter sanitario y hospitalario<sup>42</sup>. Fue una especie de corto paréntesis que se refirió exclusivamente a la actividad profesional de las tripulantes de cabina. Existieron bastantes pronunciamientos del TS durante la materia desde el año 2012 hasta el año 2014, probablemente planteados a efectos de verificar cual era la doctrina aplicable. Sin embargo, cuando la doctrina del TS se reafirmó en torno a la necesidad de la prueba por parte de la trabajadora, el volumen de reclamaciones judiciales disminuyó. La última sentencia al respecto del TS data de 2015.

La STS de 28 de octubre de 2014 (Rec. 2542/2013) puede servir para ilustrar los términos en los que finalmente había quedado resuelta la cuestión: en ella el TS terminó estimando el recurso interpuesto por la Mutua que cuestionaba la procedencia de la prestación de riesgo durante la lactancia porque la empresa no había hecho todo lo posible por proceder a la adaptación o al cambio de puesto en los términos establecidos en el art. 26.2 LPRL. En la sentencia se cuestionaba que una determinada organización del trabajo (por turnos) pudiera incidir en la lactancia, y que para ello se requería prueba concreta por parte de la trabajadora. Como resultado, ésta se quedaba sin la correspondiente prestación. En este contexto servía de poco pensar en la posibilidad de que la trabajadora se dirigiera entonces contra la empresa para reclamar los daños que había su-

<sup>41</sup> En la STS de 13 de mayo de 2015 (rec ud 3114/2013) se denegó la prestación de riesgo durante la lactancia a una educadora en centro de reeducación de menores por falta de prueba por parte de ésta de los factores de riesgo que alegaba, y que básicamente consistían en los riesgos aparejados a la posibilidad de agresión y en la actividad a turnos.

<sup>42</sup> En las SSTS de 21 de marzo de 2013 (rec ud 1563/2012), de 24 de junio de 2013 (rec ud 2488/2012), de 28 de octubre de 2014 (rec ud 2542/2013) y de 7 de abril de 2014 (rec ud 1724/2013) se plantearon reclamaciones de prestaciones de riesgo durante la lactancia correspondientes a trabajadoras en hospitales. Todas se corresponden con actividades en urgencias, salvo la STS de 24 de junio de 2013, que correspondía a una actividad hospitalaria en el servicio de neonatología.

frido como consecuencia de su incumplimiento de la normativa de prevención.

(iv) Una nueva etapa (o al menos una recuperación de la doctrina de las tripulantes de cabina) se abre a partir de la sentencia dictada por el TJUE en el asunto *Otero Ramos*: no solo opera la modificación de la carga de la prueba en el supuesto de riesgo durante la lactancia, sino que la hace operar inmediatamente, en el momento en que se reclama contra la denegación de la prestación de riesgo durante la lactancia. Si se presentan indicios de que puede haber incompatibilidad entre el trabajo y la lactancia se invierte la carga de la prueba y la trabajadora deja de estar obligada a probar dicha incompatibilidad, como ocurría en la doctrina de las tripulantes de vuelo. De este modo, no se deja en manos de la trabajadora la reclamación contra la empresa por no haber aplicado las medidas de adaptación y cambio establecidas, sino que se reconoce el derecho a la prestación salvo prueba en contrario, lo que deja en manos de la entidad gestora la reclamación contra la empresa por no haber llevado a cabo sus obligaciones de adaptación y cambio, lo que también sugería la doctrina del TS de las tripulantes de cabina. La sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos* refuerza la obligación de adaptación/cambio de puesto de trabajo que corresponde al empresario (siquiera porque la repetición por prestaciones indebidas corresponde a la Mutua), asegura la inmediatez de la prestación a partir de indicios de riesgo e introduce como mecanismo más efectivo para la defensa empresarial la adecuada evaluación de los puestos de trabajo en atención a los riesgos para la lactancia.

#### 4.2.3. *Reflexiones finales acerca de la efectividad del derecho a la prevención efectiva en el caso de riesgo para la lactancia*

La sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos* ha clarificado el contenido del derecho a la prevención en el caso de la lactancia, pero solo ha establecido los ejes básicos. Esta llamada de

atención debería desencadenar los cambios normativos correspondientes a efectos de asegurar su adecuada aplicación. Podrían ser los siguientes: (i) Las evaluaciones de riesgos deberían incorporar la situación de riesgo para el embarazo y para la lactancia teniendo en cuenta no solo la exposición a agentes, sino también los riesgos psicosociales y la repercusión de la organización del tiempo de trabajo. Entre las medidas preventivas a adoptar en caso de riesgo, debiera establecerse el derecho de ajustes horario y/o cambio de puesto con diferentes requerimientos en materia de organización del tiempo. Deberían establecerse mecanismos para asegurar que la Inspección de Trabajo comprueba que las evaluaciones se realizan teniendo en cuenta estos factores; (ii) La sentencia correspondiente al asunto *Otero Ramos* establece los términos básicos de la cuestión, pero por si misma no asegura que la trabajadora pueda ejercitar su derecho a la lactancia en caso de que tenga que interponer una demanda. Es más que posible que mientras dura el procedimiento judicial se pierda la posibilidad de ejercitarlo, lo que puede ser un importante elemento disuasorio. Por ello resultaría necesario garantizar la percepción inmediata de la prestación. La medida cautelar parece una medida adecuada, aunque convendría que se refiriera expresamente en la LRJS; (iii) También debería reforzarse la obligación empresarial de adaptación o cambio de puesto de trabajo con carácter previo a otorgar la prestación de riesgo. Al efecto sería una buena medida que la normativa expresamente estableciera que el empresario deberá abonar el coste de la prestación a quien la hubiera anticipado, cuando no hubiera cumplido sus obligaciones de adaptación o cambio de puesto de trabajo; (iv) En los supuestos pasados en los que no se hubiera podido ejercitar el derecho a la lactancia porque el empresario no hubiera llevado a cabo las medidas de adaptación o cambio de puesto que le correspondían, sin que tampoco se reconociera el derecho a la prestación, las trabajadoras deberían tener el derecho a que se las indemnizara. Es una obligación que corresponde asegurar al Estado, tal y como estableció el TEDH en su sentencia de 19 de febrero de 2013 dictada en el asunto *García Mateo* (asunto 38285/09). Resolvió el TEDH

considerando que quedaba vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva si no se le aseguraba una adecuada indemnización a la persona que no había podido ejercitar su derecho a la reducción de jornada para conciliación; (v) Debería asegurarse que, en el caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario, se le garantiza a la trabajadora una compensación adecuada que, además, debe ser lo suficientemente disuasoria<sup>43</sup>. Un resarcimiento adecuado no es solo la percepción de la correspondiente prestación por parte de la trabajadora (con la consiguiente repetición contra la empresa si no hubiera llevado a cabo las medidas correspondientes por parte de la entidad que la pagó), sino que también debe incluir los daños morales<sup>44</sup>; (vi) El derecho al ejercicio efectivo de la lactancia no puede realizarse al margen del ET que, hasta el momento, no ha querido reconocer derechos de adaptación de la jornada vinculados a las tareas de cuidado. Sería momento para que el ET afrontara definitivamente esta materia, no solo a efectos de dar cumplimiento a las obligaciones preventivas preferentemente adaptativas establecidas en el art. 5 de la Directiva 92/85 y en el art. 26 LPRL, sino también para trasponer la obligación establecida en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de permisos parentales. Sin embargo, esta conexión entre el derecho de adaptación para la conciliación general y el derecho a la adaptación para el ejercicio del derecho a la lactancia debe ser matizado: En el caso de cuidado de hijos o familiares (sin mayores especificaciones) debería reconocerse al menos el derecho a que el empresario tomara en consideración las necesidades de las personas con responsabilidades de cuidado (así se establece en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18). En el caso de la lactancia, debe reconocerse en beneficio de la trabajadora un derecho de adaptación

que debe satisfacerse siempre y cuando sea «posible» (así lo establece el art. 26.2 LPRL) con el único límite del abuso de derecho. El art. 5.1 de la Directiva 92/85 es lo suficientemente rotundo al respecto:

*El empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.*

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AUXILIO SOCIAL (Obra de protección a la madre y al niño), «Instrucciones para el régimen y servicios de los centros de alimentación infantil». Publicaciones de la Delegación Nacional, Madrid, 1942.
- AZNAR, «El seguro obligatorio de maternidad», Madrid, 1924.
- BALLESTER PASTOR, «La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4, 2013.
- «El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, 69, 2015.
  - «Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género», Ed Tirant lo Blanch, 2017.
- CABEZA SANCHEZ-ALBORNOZ, «Legislación protectora de la maternidad en la época de la restauración española», *Cuadernos de historia moderna y contemporánea*, vol. 1, 1985.
- ESPUNY TOMAS, «La protección de la maternidad: cien años de la ley de 8 de enero de 1907», *Ius-labor*, 2, 2007.
- y GARCÍA GONZÁLEZ, «¿Protección o discriminación?. A propósito de la ley de la silla», *Congreso Internacional Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona, marzo 2009.
- FOTINOPOULOU BASURTO, «El derecho del padre a disfrutar del permiso por lactancia cuando la madre es una trabajadora autónoma», *Lan Harremanak*, 23, 2010, II.
- GARCIA – PERROTE ESCARTIN, «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en Coord. CASAS BAAMONDE, PALOMEQUE LOPEZ y VALDÉS DEL RÉ, «Seguri-

<sup>43</sup> Sobre la adecuación de las indemnizaciones en relación a las exigencias de la normativa de la Unión Europea realicé un análisis en BALLESTER PASTOR, «El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Social*, 69, 2015, pág. 31-56.

<sup>44</sup> Así lo ha establecido el TJUE, por ejemplo, en la STJUE de 17 de marzo de 2016, asunto *Liffers*, C-99/15.

- dad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales», Madrid, 1997.
- GARRIGUES GIMENEZ, «Hacia un nuevo paradigma (no androcéntrico) en la prevención de riesgos laborales: la necesaria e inaplazable integración normativa y técnica del diferencial de sexo y de género», *Derecho de las Relaciones Laborales*, 8, 2017.
- GONZALEZ GONZALEZ, «Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 2018.
- GRAU PINEDA, «Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 408, 2017.
- IGAREDA GONZALEZ, «De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado», tesis doctoral, noviembre 2010, Barcelona.
- LOUSADA AROCHENA, «El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (a propósito de la STJUE de 30 de septiembre de 2010)», *Diario La Ley*, 7536, 2010.
- MANEIRO VAZQUEZ, «La declaración de apta ya no es suficiente: traslación de la carga de la prueba en situaciones de riesgo durante la lactancia natural», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 418, 2018.
- MARTIN HERNANDEZ, «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo. Un estudio desde la perspectiva de género», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 137, 2008.
- MONTOYA MELGAR, «Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España», Madrid, 1992.
- NUÑEZ-CORTES CONTRERAS, «La licencia por maternidad de la trabajadora», Madrid, 2002.
- OIT «Informe de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones sobre la aplicación de los convenios 4, 41 y 89 de la OIT». *Informe III (IB)*, 2001. [www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-iii-1b-in.pdf](http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-iii-1b-in.pdf)
- PALACIO MORENA, «La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). La Comisión y el Instituto de Reformas Sociales», Madrid, 1988.
- RIVAS VALLEJO, «La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial», Ed. Comares, 2008.
- SCOTT, «La mujer trabajadora en el siglo XIX», en DUBY y PERROT (Dir.), *Historia de las mujeres*, vol 5, Madrid, 1993.
- SUAREZ GONZÁLEZ, «Menores y mujeres ante el contrato de trabajo», Madrid, 1967.

**RESUMEN**

El artículo presenta un estudio analítico y crítico de la situación del riesgo durante la lactancia desde la perspectiva preventiva. El punto de referencia es la reciente sentencia del TJUE de 19 de Octubre de 2017, sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*, a partir de la cual se identifican los defectos de la cobertura dispensada por el ordenamiento español a esta materia. Se utiliza la metodología jurídica utilizando con carácter exhaustivo las tres fuentes clásicas (normativa, jurisprudencia y doctrina científica), que aportan un adecuado y actualizado soporte científico al trabajo. El trabajo presenta también un exhaustivo estudio histórico, que se refiere tanto a la normativa internacional como a la normativa histórica español. A partir de la misma se pretenden encontrar algunas explicaciones del actual mecanismo preventivo del riesgo durante la lactancia. A lo largo del trabajo se realizan aportaciones de *lege ferenda* que se sintetizan en el apartado final

El trabajo se estructura en los siguientes apartados:

**1. Preámbulo: Planteamiento a partir de la sentencia del TJUE dictada en el asunto *Otero Ramos*:** En el primer apartado se describe el contenido y alcance de la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*. Se destacan sus dos principios más claros: primero, que la modificación de la carga de la prueba se aplica también en el caso de que se alegue vulneración del derecho a la prevención en las situaciones de embarazo y lactancia; y, segundo, que no puede servir como justificación del cumplimiento de la normativa preventiva por parte de la empresa una evaluación defectuosa de los riesgos concurrentes en caso de embarazo y lactancia. De estos dos principios se deducen otra serie de consecuencias, que sugieren importantes deficiencias del ordenamiento español.

**2. La evolución histórica de la protección de la lactancia en el trabajo: de las normas de compatibilidad a las normas de complacencia:** En el segundo apartado del artículo se describe la evolución histórica dispensada a la situación de lactancia en relación con el trabajo desde el siglo XIX a la actualidad. Se hace mención a la Conferencia Internacional de Berlín de 1890 convocada por Guillermo II, a la ley Dato de 13 de Marzo de 1900, al Convenio 3 de la OIT de 1919, al art. 168 de la ley del Contrato de Trabajo de 1944, al convenio 103 de la OIT de 1952, al Decreto de 26 de julio de 1957 de protección de mujeres y menores y a otras normas. El artículo no solo describe el contenido de estas normas, sino que analiza el sentido de la evolución y señala las similitudes con la regulación actual.

**3. Las normas internacionales y supranacionales sobre protección de la lactancia: el convenio 183 OIT y la Directiva 92/85:** En el tercer apartado, después de exponer el contenido del convenio 189 OIT en relación con la protección de la lactancia (no ratificado por España), se realiza un detenido análisis de la Directiva 92/85 en relación con esta materia. El art. 5 de la Directiva 92/85 establece que, en caso de riesgo (lactancia incompatible con el trabajo), la trabajadora tiene derecho a la adaptación de sus condiciones de trabajo y/o tiempo de trabajo, al cambio a un puesto compatible con su estado o a quedar exenta de la prestación de servicios (en el orden descrito), cuando la medida anterior no resultara técnica y/u objetivamente posible o no pudiera razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados. En esta formulación resalta al carácter escalonado con el que se configuran las obligaciones preventivas. Se pone en conexión este precepto con el art. 2.2.c de la Directiva 2006/54, en el que se considera que constituye discriminación por razón de sexo el trato peyorativo dispensado por alguna de las causas de la Directiva 92/85. La sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos* refuerza esta conexión del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos

para la lactancia con la discriminación por razón de sexo. En consecuencia, la víctima tiene derecho a la tutela judicial efectiva (o a la acción judicial, en sentido formal y material, en los términos establecidos en el art. 17 de la Directiva 2006/54) y además el ordenamiento debe garantizar una reparación adecuada a la víctima (art. 18 de la Directiva 2006/54) que debe venir acompañada de una sanción efectiva y disuasoria al sujeto ofensor (art. 25 de la Directiva 2006/54).

**4. La protección dispensada a la lactancia en los art. 37.4 ET y 26 LPRL: estudio crítico:** En este cuarto apartado se cuestiona que los artículos 37.4 ET y 26 LPRL sean instrumentos efectivos en el sentido establecido en la Directiva 92/85 y en la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*. De un lado, el permiso de lactancia establecido en el art. 37.4 ET no tiene actualmente como objetivo favorecer el desarrollo de la lactancia ni prevenir riesgo alguno relacionado con ella. De hecho se ha desvinculado totalmente de la normativa internacional que promueve el desarrollo de la lactancia. Expresamente así lo estableció la STJUE de 30 de Septiembre de 2010, dictada en el asunto *Roca Alvarez*, que expresamente consideró que el permiso de lactancia español era un permiso parental ordinario y que, por lo tanto, debía ser de acceso indistinto para hombres y mujeres a efectos de evitar la perpetuación de roles de cuidado. La cuestión del ejercicio efectivo del derecho a la lactancia natural no se acomete en la normativa jurídico laboral española. No existen permisos adecuados, ni siquiera derechos reconocidos en sentido meramente formal. De otro lado, aunque formalmente el art. 26 LPRL da correcto cumplimiento a las obligaciones preventivas en el ámbito de la lactancia establecidas en la Directiva 92/85 se advierten notables deficiencias en la práctica. Con carácter general, las evaluaciones de riesgos en nuestro país no suelen tener en cuenta el riesgo durante la lactancia. Asimismo, durante bastantes años el Tribunal Supremo interpretó que era la trabajadora la que debía probar, en caso de que se le denegara la prestación por riesgo durante la lactancia, que concurría efectivo riesgo y que la empresa no había cumplido sus obligaciones de adaptación del puesto o de cambio de puesto de trabajo a efectos de que la lactancia pudiera llevarse a cabo. Se realiza una detallada exposición crítica de esta doctrina jurisprudencial y se señala que, después de la sentencia dictada en el asunto *Otero Ramos*, deberá operarse un cambio en el ordenamiento español.

El apartado concluye con una serie de sugerencias de *lege ferenda*: (i) Las evaluaciones de riesgos deberían incorporar la situación de riesgo para la lactancia teniendo en cuenta no solo la exposición a agentes, sino también los riesgos psicosociales y la repercusión de la organización del tiempo de trabajo. Entre las medidas preventivas a adoptar en caso de riesgo, debiera establecerse el derecho de ajustes horario y/o cambio de puesto con diferentes requerimientos en materia de organización del tiempo. Deberían establecerse mecanismos para asegurar que la Inspección de Trabajo comprueba que las evaluaciones se realizan teniendo en cuenta estos factores; (ii) Resultaría necesario garantizar la percepción inmediata de la prestación en caso de demanda judicial. La medida cautelar parece una medida adecuada, aunque convendría que se refiriera expresamente en la LRJS; (iii) También debería reforzarse la obligación empresarial de adaptación o cambio de puesto de trabajo con carácter previo a otorgar la prestación de riesgo durante la lactancia. La normativa expresamente debiera establecer que el empresario debe abonar la prestación cuando no hubiera cumplido sus obligaciones de adaptación o cambio de puesto de trabajo; (iv) En los supuestos en los que no se hubiera podido ejercitar el derecho a la lactancia porque el empresario no hubiera llevado a cabo las medidas de adaptación o cambio de puesto que le correspondían, sin que tampoco se reconociera el derecho a la prestación, las trabajadoras deberían tener el derecho a que se las indemnizara. Al respecto, debería asegurarse que, en el caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario, se le garantiza a la trabajadora una compensación adecuada que, además, debe ser lo suficientemente disuasoria.; (v) El derecho al ejercicio efectivo de la lactancia no puede realizarse al margen del ET que, hasta el

momento, no ha querido reconocer derechos de adaptación de la jornada vinculados a las tareas de cuidado. Sería momento para que el ET afrontara definitivamente esta materia, no solo a efectos de dar cumplimiento a las obligaciones preventivas preferentemente adaptativas establecidas en el art. 5 de la Directiva 92/85 y en el art. 26 LPRL, sino también para trasponer la obligación establecida en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de permisos parentales.

**Palabras clave:** Permiso de lactancia; prevención de riesgos laborales.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**ABSTRACT**

The article presents a critical and analytical study of the situation of risk during breast feeding from the preventive perspective. The reference point is the recent judgment of the CJEU of 19 October 2017, judgment in the *Otero Ramos* Case, from which the author identifies the shortcomings of the coverage provided by the Spanish law on this matter. Legal methodology is used, so the three classical legal sources (legislation, jurisprudence and scientific doctrine) provide the adequate and up-to-date scientific support to the work. The article also presents a comprehensive historical study, which refers both to the international standards as to the historic Spanish legislation. This approach allows reaching some explanations for the current legal preventive mechanism of risk during breast feeding. Throughout the article some suggestions of *lege ferenda* are done. Most of them are synthesized in the final paragraph of the article.

The work is structured into the following sections:

**1.Preamble: Approach from the judgment of the CJEU in the *Otero Ramos* Case:**

The first section describes the content and scope of the judgment in the *Otero Ramos* Case. Two clear principles stand out in this Case: first, that the reversal in the burden of the proof applies also in the case of alleged violation of the right to prevention in situations of pregnancy and breast feeding; and, second, that a deficient assessment of risks at the work place in case of pregnancy and breast feeding cannot serve as a justification of the preventive compliance on the part. of the Company. From these two principles another series of consequences are derived, which suggest important deficiencies in the Spanish legislation.

**2.The historical evolution of the protection of breastfeeding at work: from the compatibility legislation to the complacency legislation:**

In the second paragraph of the article the historical evolution that has been given to the situation of breastfeeding in relation to the work from the 19th century to the present is described. Mention is made to the Berlin International Conference of 1890 convened by William II, to the Spanish *Dato* law of 13 March 1900, to the ILO Convention 3 of 1919, to art. 168 of the Spanish Labor Contract Law of 1944, to the ILO Convention 103 of 1952, to the Spanish Decree of 26 July 1957 on the protection of women and children and to other rules. The article not only describes the content of these rules, but analyzes the meaning of its evolution and points out the similarities with the current regulation.

**3.The supranational and international standards on breastfeeding: the ILO Convention 189 and Directive 92/85:**

In the third section, after exposing the contents of the ILO Convention 189 in relation to the protection of breastfeeding (not ratified by Spain), a detailed analysis of the Directive 92/85 in relation to this matter is done. Art. 5 of Directive 92/85 provides that, in the event that breastfeeding is incompatible with the work, the worker has the right, first, to the adaptation of her working conditions and/or working time; second, she has the right to move to a compatible position; and, finally, she has the right be exempt from the work when the previous measures were not technically and/or objectively feasible or cannot reasonably be required on duly substantiated grounds. This formulation highlights the fact that each step goes strictly after the other. Article 5 of Directive 92/85 is connected with art. 2.2.c of Directive 2006/54, in which it is stated that discrimination for any of the causes of Directive 92/85 constitutes discrimination on grounds of sex. The judgment in the *Otero Ramos* Case reinforces this connection of the infringement of the rules of prevention of risks for breastfeeding with discrimination on grounds of sex. As a result, the victim has the right to effective judicial protection (or legal action, in formal and material sense, in the terms established in art. 17 of the Directive 2006/54) and to an adequate reparation (art. 18 of the Directive 2006/54) which must be accompanied by an effective and deterrent punishment to the offender (art. 25 of the Directive 2006/54).

**4. The protection accorded to the breastfeeding situation in the art. 37.4 ET and 26 LPRL: a critical study:**

In this fourth section it is questioned that articles 37.4 ET

and 26 LPRL are effective instruments for reaching the objectives set forth in Directive 92/85 and in the judgment in the Otero Ramos Case. On the one hand, the so called breastfeeding permit established in art. 37.4 ET currently does not have as its objective to encourage the development of breastfeeding or prevent any risk associated with it. In fact currently it is completely disconnected from the international regulations that promote the development of breastfeeding. Expressly so established the judgment of the CJEU of 30 September 2010, handed down in the *Roca Álvarez Case*, which expressly considered that the breastfeeding Spanish permit was a regular parental permission and that, therefore, should be accessible for men as much as for women in order to avoid the perpetuation of caring roles. The issue of the effective exercise of the right to breastfeeding is not undertaken in Spanish labor law. There are no concrete permissions, and not even rights recognized in purely formal sense. On the other hand, although art. 26 LPRL theoretically gives correct compliance with the preventive obligations in the field of breastfeeding laid down in Directive 92/85 there are notable deficiencies in practice. In general, the risk assessments at the work place in Spain do not often take into account the risk during breast feeding. Besides, for many years the Supreme Court interpreted that it was the worker who had to prove, in the event that the recognition of risk during breastfeeding was denied, that this risk eventually exists and that the company had not fulfilled its obligations of, first, adaptation of the work place and, second, change of job for the purposes of that breastfeeding could take place. In the article a detailed critique of this jurisprudential doctrine is carried out and it is pointed out that, after the judgment handed down in the Otero Ramos Case, a change in the Spanish labor law should take place.

The section concludes with a series of suggestions of *lege ferenda*: (i) risk assessments should incorporate the situation of risk for breastfeeding, taking into account not only the exposure to agents, but also the psychosocial risks and the impact of the organization of working time. Among the preventive measures to be taken in the event of risk for breastfeeding, specific rights referred to the organization of the time should be contemplated. Mechanisms should be established to ensure that the inspection checks that assessments are carried out by taking these factors into account; (ii) It would be necessary to ensure the immediate perception of the benefit in the event of a lawsuit. Specific measures should be taken at the respect, that should expressly be mentioned in the Regulatory Law of the Social Jurisdiction. (iii) The obligation of adaptation or change of job prior to granting the social security benefit for the case of risk during breastfeeding should also be strengthened. The regulations expressly should establish that the employer must pay this social security benefit when she/he had not fulfilled its obligations of adaptation or change of job because of risk during breastfeeding. (iv) In the event that the breastfeeding had not taken place because the employer had not carried out the measures of adaptation or change of position workers should have the right to be adequately compensated. In this respect, it should be ensured that, in the case of non-compliance with its obligations on the part. of the company, the worker is guaranteed an adequate and deterrent compensation. (v) V) The right to the effective exercise of breastfeeding cannot be performed outside the ET. However, so far, this piece of legislation has not recognized the worker's right with dependants to the adaptation of his/her conditions and working time to his/her familiar circumstances. It would be time for that ET accomplished definitely this objective, not only for the purpose of carrying out the preventive obligations laid down in art. 5 of Directive 92/85 and in the art. 26 LPRL, but also to transpose the obligation established in the sixth clause of the Directive 2010/18 of parental leave.

**Keywords:** Breastfeeding permit; prevention of risks at work place.



# Sostenibilidad ambiental y prevención de riesgos laborales: reflexiones sobre el sector de la construcción ecológica

## Environmental sustainability and hazard prevention: reflections on the green building sector

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO\*

### 1. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LOS NUEVOS CONTEXTOS EMPRESARIALES: HACIA UN TRABAJO MÁS LIMPIO PERO NO MENOS NOCIVO

La actividad preventiva ha ido ganando progresivamente importancia en las últimas décadas, transitando desde una valoración de los riesgos laborales sobre la consideración de los denominados «métodos de trabajo inseguros» en el marco de las actividades industriales peligrosas o con exposición a agentes físicos, químicos o biológicos, con especial atención a las condiciones materiales (máquinas, instalaciones, locales, herramientas, productos, etc.) y al entorno más inmediato (temperatura, humedad, ruido, humos, vapores, etc.), hasta la actual toma en consideración de un contenido más extenso con la pretensión última de lograr el acercamiento a la situación ideal de salud, cuyo alcance excede, en mucho, la simple ausencia de morbilidad (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales), para abordar la búsqueda del bienestar integral en los nuevos contextos empresariales<sup>1</sup>.

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

La superación de los criterios y pautas «tayloristas-fordianos», asentados en su día sobre la producción en masa y el desarrollo de la actividad en el centro de trabajo, con sometimiento a un rígido horario y a la vigilancia y control directo del empleador, dirigiéndose ahora hacia otro paradigma diferente dado por la globalización, deslocalización, subcontratación, especialización flexible, digitalización, robotización, plataformas *on line*, empresas en red o teletrabajo, han provocado innumerables ventajas para la rentabilidad empresarial y un mayor respeto del medio natural<sup>2</sup>, así como acusados progresos en la reducción de la toxicidad y penosidad de los puestos, pero no dejan de presentar un lado oscuro, cual es el entramado adecuado para el surgimiento de nuevas dolencias profesionales.

<sup>1</sup> DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», Relaciones Laborales, T. I, 1986, pp. 239 y ss.

<sup>2</sup> En el año 1997, la Red Europea de Promoción de la Salud en el Trabajo (<http://www.enwhp.org>), consensuó la siguiente definición: «la promoción de la salud en el trabajo (PST) es aunar los esfuerzos de empresarios, trabajadores y sociedad para mejorar la salud y el bienestar de las personas en el lugar de trabajo. Esto se puede conseguir combinando actividades dirigidas a mejorar la organización y las condiciones de trabajo, a promover la participación activa y a fomentar el desarrollo individual».

La aprobación de la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo supuso la obligación de armonizar las legislaciones de los Estados Miembros en una materia en muchos casos olvidada, mandato cumplido por el legislador español a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), inspirada en el principio *alterum non laedere* que todavía toma como referente un modelo clásico de división del trabajo y de producción en cadena, no en vano el art. 4 define la «prevención» como el «conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo» (apartado 1); el «riesgo laboral» como la «posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo» (apartado 2) y el «daño derivado del trabajo» como las «enfermedades, patologías y lesiones sufridas con motivo y ocasión de trabajo» (apartado 3). Por su parte, el art. 5.1 afirma, como objetivo expreso de la política preventiva, el de promover la mejora de las condiciones de trabajo a fin de elevar los niveles de protección existentes<sup>3</sup>.

Aun cuando pudiera parecer, en una primera aproximación, que esta Ley únicamente se preocupa por el ambiente laboral interno, atendiendo a las obligaciones específicas del empresario respecto al trabajador (evaluación del puesto de trabajo, planificación preventiva, formación, información, participación de los representantes...), lo cierto es que de tales deberes se puede extraer, con claridad meridiana, un preceptivo respeto de las condiciones externas de trabajo y no sólo en aquellos supuestos en los que la actividad laboral se realiza en al aire libre (obras de construcción, estaciones de servicio, labores agrícolas...), sino también a la hora de reducir residuos tó-

xicos, ruidos, humos, vertidos, hidrocarburos, compuestos volátiles orgánicos, disolventes, plaguicidas, pesticidas..., que comprometerían la naturaleza y el medio ambiente externo y también la salud y seguridad de quienes prestan servicios en dichas empresas, no en vano los trabajadores son los primeros en tener contacto con tales sustancias. No cabe duda de que las empresas constituyen una plataforma fundamental para impulsar buenas prácticas medioambientales, integrando la protección del medio natural en la política de gestión empresarial y en la dinámica de trabajo impuesta en la organización productiva<sup>4</sup>. Reducir el consumo de energía, materias primas y agua, descarbonizar la economía, rebajar las emisiones y disminuir o evitar todas las formas de desechos y contaminación, atesoran comportamientos respetuosos con los valores medioambientales y, al tiempo, implican *per se* el desarrollo de un trabajo menos tóxico<sup>5</sup>. En su envés, el daño al medio ambiente repercute de forma negativa tanto en el hábitat natural como en la salud de los propios trabajadores en cuanto sujetos más próximos al agente contaminante<sup>6</sup>. En otras ocasiones, son los trabajadores los que resultan conocedores inmediatos de los deterioros que para el ecosistema provoca la actividad empresarial, convirtiéndose en importantes garantes de la biosfera<sup>7</sup>.

De este modo, el medio ambiente laboral adecuado llevaría a un medio ambiente natural menos perjudicado, siendo muy difícil establecer una línea divisoria entre el riesgo pro-

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: «Medio ambiente de trabajo», en AA. VV.: «Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1461.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo», Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 25 y ss.

<sup>6</sup> GOÑI SEIN, J.L.: «La tutela del medio ambiente natural y laboral», Tribuna Social, núm. 231, 2010, p. 15.

<sup>7</sup> ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Derechos de los trabajadores ante las órdenes empresariales medioambientalmente injustas», Revista de Derecho Social, núm. 78, 2017, p. 43.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa complementaria», Dykinson, Madrid, 2001, p. 38.

fesional y el riesgo ecológico<sup>8</sup>, imbricación que parecen tener en cuenta, si bien de forma un tanto tímida, tanto el 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 (TRET), donde en el listado de competencias atribuidas a los representantes de los trabajadores se incluye el derecho a la información trimestral sobre «los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen» [art. 64.2 d)], así como el de colaborar con la dirección de la empresa «para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren... la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos» [art. 64.7 c)], cuanto, con mayor intensidad, el marco de los compromisos empresariales dentro de la responsabilidad social corporativa, donde la seguridad y salud y los aspectos medioambientales ocupan un lugar preponderante<sup>9</sup>.

Ahora bien, no cabe olvidar que cualquier actividad productiva, por muy limpia que parezca, es de por sí peligrosa, sumándose a los riesgos tradicionales, otros más novedosos, muchas veces relacionados, tal y como demuestra el fácil recurso a la estadística, con las ocupaciones precisamente dedicadas conservación del medio ambiente o su recuperación<sup>10</sup>, manifestándose deterioros en el bienestar de los trabajadores en tareas desarrolladas, en paradigmático ejemplo, por consultores y auditores ambientales, agricultores de proximidad, ganaderos ecológicos, ecodiseñadores, transportistas en medios más respetuosos con el cambio climático, gestores de residuos o productores e instaladores de servicios energéticos. Y es que el término «verde» no supone la ausencia de peligros en la

actividad laboral, no en vano la inclusión de procesos productivos novedosos, con cambios en las formas de trabajo y la utilización de agentes hasta entonces desconocidos generan riesgos en el trabajo distintos, en ocasiones, de los tradicionales, pero no por ello menos importantes<sup>11</sup>.

## 2. LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE LAS EMPRESAS. LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE COMO PIEDRA ANGULAR EN LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES

Muchos son los cambios acaecidos en los contextos empresariales desde la aprobación de la citada Directiva 89/391 y su derivada en la LPRL, pues en los modelos postindustriales actuales, las organizaciones producen diversificadamente, según las necesidades del mercado, centrándose en la realización de su fin productivo conforme a las exigencias de calidad, competitividad y autonomía operativa lograda en gran medida por adelantos tecnológicos, productos y servicios más ecológicos<sup>12</sup>, surgiendo procesos productivos menos insalubres que los propios de la actividad agraria e industrial tradicional, sin descuidar tampoco la atención y el cuidado del medio ambiente apostando por la integración de la política medioambiental y la prevención de riesgos laborales, de suerte que esta última no puede tratarse de manera tangencial a la protección ambiental. Antes al contrario, el tejido empresarial no sólo debe ser cuidadoso con el entorno sino que debe proteger a sus trabajadores de los peligros generados por las emisiones, residuos, ruidos y contaminación<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «Salud laboral versus medio ambiente: por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo», *Aranzadi Social*, núm. 22, 2002 (BIB 2003/231).

<sup>9</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: «Aspectos jurídico laborales de la responsabilidad social corporativa, Centro de Estudios Financieros», Madrid, 2008, pp. 32 y ss.

<sup>10</sup> <https://osha.europa.eu/es/energig-risks>

<sup>11</sup> RIVAS VALLEJO, M.P.: «La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales», *Tribunal Social*, núm. 103, 1999, pp. 9 y ss.

<sup>12</sup> DURÁN LÓPEZ, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, T. I, 1986, pp. 239 y ss.

<sup>13</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M.P.: «Prevención de riesgos laborales y medio ambiente», Comares, Granada, 2010, pp. 71 y ss.

Esta buena práctica aparece acuñada por el Libro Verde de la Comisión Europea, donde se define la Responsabilidad Social Corporativa como «la integración voluntaria por parte de las empresas de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en las relaciones con sus interlocutores»<sup>14</sup>. Desde tal punto de vista, en las «empresas sostenibles o éticas», la gestión responsable de los recursos humanos, la articulación de un proceso productivo sostenible (decantando a la empresa por la elaboración de productos de calidad y tratando de efectuar siempre un intercambio justo en el mercado), la gestión razonable y transparente de su actividad económica y la utilización responsable de los recursos naturales utilizados (apostando por los cauces menos lesivos para el medio ambiente)», redundan en un clima de trabajo saludable<sup>15</sup>. Se trata, en definitiva, de conseguir un proceso productivo menos agresivo a través de cauces menos tóxicos, asegurando unas condiciones de trabajo de los asalariados más dignas y con escasas posibilidades de sufrir accidentes de trabajo o de contraer enfermedades profesionales, circunstancias que redundarán, a su vez, en una mejora en la reputación de la empresa capaz de permitir ganar nuevos clientes e inversores atraídos por sus valores, superando la tradicional rentabilidad económica consistente en la visión cortoplacista de obtener el máximo beneficio inmediato para los propietarios del capital social. Buena muestra de este círculo mediante el cual las empresas ponen el acento en diseñar unas condiciones óptimas en materia de prevención de riesgos laborales y una menor degradación del medio ambiente puede encontrarse de la mano de la Agencia Estatal de Seguridad y Salud Ocupacional de Estados Unidos (OSHA) en el «Papel Blanco: Sostenibilidad en el centro de trabajo. Un nuevo

planteamiento para avanzar en la seguridad y salud de los trabajadores»<sup>16</sup>.

La propia Comisión Europea, a través de una Comunicación rotulada «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», dedica especial atención, como complemento de la Directiva 2009/28, de 23 de abril, a un modelo de energía limpia y eficaz, reconociendo que «el objetivo de conseguir un 20 por 100 de energías renovables no sólo va a suponer la disminución en el tráfico exterior de petróleo y gas en 60.000 millones de euros, sino también un ahorro financiero, permitiendo añadir entre un 0,6 y un 0,8 por 100 al PIB, al tiempo que va contribuir a la creación de más de 600.000 puestos de trabajo (más limpios) en la Unión Europea»<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> En síntesis, el documento formula una serie de recomendaciones para promover una seguridad y salud laboral sostenible: a) enfocar las prácticas de certificación, estándares y eco-etiquetas en el ámbito del medio ambiente hacia la seguridad y salud en el trabajo y la sostenibilidad; b) mejorar la educación de ejecutivos de empresas para entender que la seguridad y salud en el trabajo puede contribuir a mejorar los beneficios; c) promover la investigación; d) mejorar los sistemas de datos, y su acceso a interconexión; e) involucrar a todas las partes interesadas (industrias, compradores, proveedores, etc.); f) crear profesionales multidimensionales y promover una formación horizontal y multidisciplinar (seguridad, higiene industrial, medio ambiente, salud pública, dirección de empresas, finanzas, sostenibilidad, etc.); g) promover estadísticas de accidentes de trabajo no sólo de la propia empresa, sino de las empresas subcontratistas y de las de la cadena de suministro; h) tener en cuenta la seguridad y salud laboral en las nuevas inversiones; i) lograr una más estrecha relación entre los profesionales de la seguridad y salud laboral y los ejecutivos de la empresa; j) lograr que la información sobre el desarrollo/ejecución de la seguridad y salud laboral forme parte de la información financiera y económica que deben ofrecer las empresas; k) prestar mayor atención a la transparencia, a las cadenas de suministro, a la demanda del consumidor, a los estándares voluntarios, a las compras y contratación verdes, ya a las inversiones en el marco de una visión integral de la sostenibilidad en la que encaje la seguridad y salud laboral. OSHA, 3409, diciembre 2016. PÁRAMO MONTERO, P.: «Nuevos enfoques sobre la seguridad y salud laboral en las empresas sostenibles», Trabajo y Derecho, núm. 40, 2018, p. 2.

<sup>17</sup> RAZQUÍN LIARRAGA, M.: «Impacto ambiental y energías renovables», en AA. VV. (ALENZA GARCÍA, J.F., Dir.): «La regulación de las energías renovables ante el cambio climático», Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 317 y ss.

<sup>14</sup> Libro Verde de la Comisión Europea. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, 25 julio 2001, p. 7.

<sup>15</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: «Aspectos jurídico laborales de la responsabilidad social corporativa», Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2008, pp. 47 y ss.

En esta misma línea y como proyección de futuro, la Comunicación de la Comisión de 15 de diciembre de 2011 fija una hoja de ruta titulada «hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050», cuyo objetivo final es la reducción del 40 por 100 de los gases de efecto invernadero con directa afectación al marco empresarial, idea reiterada en la Comunicación de la Comisión de 22 de enero de 2014 bajo el encabezamiento «un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030»<sup>18</sup>. Ello sin olvidar tampoco que las empresas deben dar cumplimiento también a la Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre de 2012, de Eficiencia Energética, siendo preceptiva la realización de auditorías sobre este tema con regularidad periódica al objeto de reducir su consumo energético, lo cual no sólo mejorará su política ambiental sino que, al tiempo, coadyuvará a disminuir sus costes operativos o, en su envés, a maximizar beneficios y lógicamente redundará también en el bienestar de los trabajadores<sup>19</sup>.

En definitiva, partiendo de la idea de que ningún empleo puede ser verde si no es seguro, la empresa debe de respetar el medio ambiente circundante, no deteriorándolo, pero también debe proteger el medio ambiente interno, el contexto de trabajo, considerando al trabajador como ciudadano del ambiente en la empresa, adoptando como máxima «una cultura ecológica integral»<sup>20</sup>. Bajo tal premisa, la protección del medio ambiente se configura como un mecanismo para el mantenimiento y creación de empleo y para la mejora de la salud laboral. Buena muestra de lo cual pue-

de encontrarse en la Directiva 2010/31, de 19 de mayo, relativa a la eficiencia energética de los edificios, que apuesta por el incremento del uso de las fuentes renovables en este sector con un objetivo poliédrico: aumentar la seguridad del abastecimiento energético y el desarrollo tecnológico, ofrecer oportunidades de empleo y desarrollo regional, así como mejorar los entornos laborales. Sobre tales postulados inciden la Estrategia para una competitividad sostenible del sector de la construcción y de sus empresas<sup>21</sup> y el Protocolo de gestión de residuos de construcción y demolición en la Unión Europea<sup>22</sup>, donde la eficiencia energética, la reutilización, la recuperación y el reciclado y el diseño a medida se unen en pie de igualdad a la creación de puestos de trabajo y a la salud de los trabajadores, reduciendo el porcentaje de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

También, a nivel interno, cabe hacer mención, a título ejemplificativo, a la Resolución de 10 de octubre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el uso sostenible de los recursos, la protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español, que, partiendo del concepto de sostenibilidad («las partes firmantes consideran prioritario hacer compatible el progreso económico y social con el respeto al medio ambiente y a los recursos naturales y con la garantía de la salud de los trabajadores para una mejora de la calidad de vida, tanto para las generaciones presentes como para las futuras»), formula un ambicioso (vital y necesario) objetivo: la lucha contra el cambio climático<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> SANZ RUBIALES, I.: «La (escasa) influencia del mercado de emisiones en la producción de la energía renovable», en AA. VV. (ALENZA GARCÍA, J.F., Dir.): «La regulación de las energías renovables ante el cambio climático», Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 191 y ss.

<sup>19</sup> GIMÉNEZ CERVANTES, J.: «El régimen jurídico de las energías renovables», en AA. VV. (BECKER, F. et alii, Dirs.): «Tratado de regulación del sector eléctrico», Aranzadi-Endesa, Pamplona, 2009, pp. 313 y ss.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Medio ambiente y relaciones de trabajo», *Temas Laborales*, núm. 50, 1999, pp. 7 y ss.

<sup>21</sup> COM (2012) 43, <http://eur-lex.europa.eu/procedure/ES/201859>.

<sup>22</sup> [http://ec.europa.eu/environment/circular-economy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/circular-economy/index_en.htm)

<sup>23</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La sostenibilidad ambiental y social en el sector cementero. Comentario al III Acuerdo para el uso sostenible de los recursos. La protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018, p. 419.

### 3. CARA Y CRUZ: REDUCCIÓN DE EMISIONES CONTAMINANTES Y RIESGOS EMERGENTES EN LOS «ECO-EMPLEOS»

Teniendo en cuenta que los tradicionales combustibles fósiles, fuente principal de energía empleada en los centros de trabajo desde la Revolución Industrial, presentan actualmente dos grandes problemas como son, de un lado, el hecho de que sus recursos son finitos, estando previsto el posible agotamiento de las reservas con el tiempo, y, de otro, que su uso libera en la atmósfera grandes volúmenes de CO<sub>2</sub>, considerados la principal causa del calentamiento global, su obligada sustitución en los procesos productivos por otras fuentes menos contaminantes además de contribuir a reducir las emisiones de gases nocivos y la elevada tasa de dependencia de las importaciones, va a generar una amplia actividad empresarial a su alrededor, máxime cuando España no ha alcanzado el objetivo del 20 por 100, previsto para 2020, en la utilización de energías renovables que ronda en la actualidad el 17,3 por 100.

Aunque la energía nuclear sigue considerándose una de las alternativas primordiales, su uso despierta todo tipo de reacciones contrarias, miedos y problemas medioambientales. Sin embargo, es muy amplia, por no decir unánime, la aceptación de las denominadas energías renovables como la eólica, la solar, la hidráulica, la geotérmica, la biomasa, la mareomotriz, etc., que surgen como disyuntiva a la tradicional fórmula de explotación energética influenciada por la evidente preocupación por el medio ambiente y el hábitat, superado las dimensiones científicas para llegar a la realidad empresarial y ser tema de divulgación global y un vasto ámbito de generación de puestos de trabajo. La producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos y el aumento de la eficiencia energética constituyen un pilar fundamental para la consecución de los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, tal y como se dedu-

ce de la Ley 24/2013, del sector eléctrico, y del Real Decreto 413/2014, de 16 de junio, dando origen, al tiempo, a un nuevo yacimiento de empleo reconocido ya de forma expresa en el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo (bajo la denominación de Informe Delors), presentado al Consejo Europeo en 1993, dentro de la amplia categoría de los conocidos como «empleos verdes (*green jobs*)», «empleos ambientales», «eco-empleos» o «empleos ecológicos»<sup>24</sup>, caracterizados por una elevada cualificación de los trabajadores y unas condiciones de trabajo mucho menos precarias que en otros sectores de la actividad, a cambio de una mayor movilidad y disponibilidad para desarrollar un trabajo polivalente en cualquier lugar y para cualquier empresa<sup>25</sup>.

Sin duda, existe un potencial significativo para la creación de puestos de trabajo en la producción de energía a partir de fuentes renovables, eficiencia energética, gestión de residuos y del agua, calidad del aire, restauración y preservación de la biodiversidad, adaptación al cambio climático y desarrollo de la infraestructura verde. Dentro de todo este elenco, el sector de la construcción ecológica puede dar lugar al mayor número de ofertas laborales pivotando hacia una edificación energéticamente más eficiente<sup>26</sup>, tal y como prevén la Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura<sup>27</sup>, la Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050<sup>28</sup> y la Hoja de ruta de la Energía para 2050<sup>29</sup>, que abogan

<sup>24</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo», cit., p. 101.

<sup>25</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro? Los mitos finalistas en la era digital del neomercado», Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 408, 2017, pp. 5 y ss.

<sup>26</sup> OLMO GASCÓN, A.M.: «Tratamiento del empleo verde en la normativa internacional y europea (especialmente en el pilar europeo de derechos sociales): la precisa reconfiguración de sus elementos jurídico-laborales», en AA. VV. (MORA CABELLO DE ALBA, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., Coords.): «El futuro del trabajo que queremos», Albacete, Bomarzo, 2017, p. 54.

<sup>27</sup> COM (2010) 639 final.

<sup>28</sup> COM (2011) 112 final.

<sup>29</sup> COM (2011) 885 final.

por la necesidad de renovar los edificios existentes.

Ahora bien –y como contrapartida–, las cada vez más avanzadas tecnologías empleadas, y los métodos utilizados sin duda más especializados y evolucionados para la generación de estas energías verdes, está provocando el surgimiento de nuevas formas de nocividad y desconocidos factores de afectación negativa para la salud de los trabajadores, que habrán de ser valorados convenientemente con el fin de adoptar las medidas de prevención oportunas. Y aquí es precisamente donde se puede constatar cómo la progresiva implantación en el sistema nacional de producción energética a través de las fuentes mencionadas en el que son acusados los avances de la ciencia y la investigación como política pública estratégica no ha ido acompañada de un cuerpo normativo que proporcione criterios seguros para resolver los conflictos e interrogantes que se plantean entre los distintos intereses en tensión en el marco laboral, por una parte, de los promotores de la actividad de producción energética y, por otra, de los trabajadores que sufren accidentes laborales o contraen enfermedades que no merecen, en muchos casos, la calificación de profesionales al no estar listadas, cuya solución se afronta compleja para los órganos judiciales, pues, ante las lagunas existentes, se ven abocados a recurrir, muchas veces a normas genéricas, en otras ocasiones a prescripciones más específicas pero de aplicación selectiva en función del peligro concreto (eléctrico, manipulación de cargas, incendio, explosión, sustancias químicas, agentes biológicos...), sin dejar de atender a innumerables pautas técnicas dotadas del mero valor de buenas prácticas.

#### 4. LA REGULACIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL EN EL NUEVO URBANISMO SOSTENIBLE COMO PARÁMETRO A SEGUIR

La intervención del legislador en este marco deviene imprescindible al objeto de

tutelar los riesgos laborales emergentes en los subsectores relacionados con el mercado de las energías alternativas, desgranando las imposiciones específicas ordenadas a partir de los principios que enuncia la LPRL en su art. 15, las cuales se extienden a evitar los riesgos (art. 15.1), evaluar los que no se puedan evitar y planificar la actuación preventiva en la empresa (arts. 14.2 y 16), dar información, consultar y otorgar participación a los trabajadores (arts. 14, 15, 18 y capítulo V), proporcionar formación (arts. 14 y 19), vigilar periódicamente el estado de la salud de los trabajadores (art. 22), constituir un sistema de prevención dotado de los recursos necesarios (art. 14 y capítulo IV), diseñar un plan de emergencia (arts. 14 y 20), así como adoptar las medidas necesarias con ocasión de riesgo grave e inminente (art. 21).

A tal fin, puede servir de modelo la orientación seguida por la normativa preventiva en el sector de la construcción tradicional, que ha tenido la virtud de actualizar y adaptarse desde una agotada edificación expansiva e invasiva hacia una actividad empresarial más sostenible desde el punto de vista social y medioambiental destinada a la conservación y recuperación de lo construido a través de la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas<sup>30</sup>, tal y como pauta, en una primera versión, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que apuesta de forma expresa por la denominada «*smart. city*» como postulado inspirador del título III de su articulado, el cual incorpora una serie de reformas que, desde la salvaguarda medioambiental, inciden en los ámbitos centrales del sustrato económico: la sostenibilidad del modelo energético, la reducción de emisiones, el transporte y la movilidad sostenible, y, especialmente relevante, el impulso de las viviendas desde la perspectiva

<sup>30</sup> De forma premonitoria, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural», Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 39, 1983, pp. 589 y 590.

de la rehabilitación como fuente generadora de ocupaciones más limpias y saludables<sup>31</sup>.

#### **4.1. El cambio de modelo urbanístico en el ordenamiento interno: desde la construcción expansiva e invasiva hacia la construcción ecológica**

La pieza clave en la mencionada Ley 2/2011 es la recuperación del sector de la construcción mediante una serie de reformas centradas en el impulso a la regeneración y la renovación urbanas, que consigan, entre otros loables objetivos, generar puestos de trabajo en el marco del concepto más amplio de sostenibilidad. Desde esta perspectiva y más en concreto, su art. 107, derogado posteriormente por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (LRRR), mencionaba la obligación de los poderes públicos de diseñar, de acuerdo con los principios de cohesión territorial y social, eficiencia energética y complejidad funcional, una política inspirada en las siguientes actuaciones: a) fomento del uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre y adecuado, libre de ruidos y otras intrusiones contaminantes que excedan de los límites legalmente permitidos en cada momento y provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y hagan más eficaz su gestión; b) mejora de la

calidad ambiental y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos a disposición de todos los ciudadanos; c) desarrollo de unos servicios generales, incluidos los que aseguren el acceso universal a las nuevas tecnologías, más eficientes económica y ambientalmente en la disposición del agua, la energía y los residuos; d) favorecimiento, por contar con las infraestructuras, dotaciones y servicios precisos, de la localización de actividades de contenido económico generadoras de empleo estable y sostenibles medioambientalmente, especialmente las que faciliten el desarrollo de la investigación científica y de nuevas tecnologías; e) garantía del acceso equitativo de los ciudadanos a las dotaciones y los servicios y su movilidad, potenciando al efecto los medios de transporte, especialmente los de uso público, más eficientes energéticamente y menos contaminantes; f) integración en el tejido urbano de cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, contribuyendo al equilibrio de ciudades y núcleos residenciales, para lo que se favorecerá la aproximación de servicios y dotaciones a la comunidad residente, evitando desplazamientos innecesarios; y g) fomento del uso de materiales, productos y tecnologías limpias que reduzcan las emisiones contaminantes de la construcción.

Asentado el giro de modelo estatal de urbanismo, apostando no por la edificación extendida, desenfrenada y exponencial, fruto de ambiciones especulativas, sino por procesos de reconstrucción urbana hacia la regeneración de la ciudad existente en la citada Ley 8/2013, seguidamente el Gobierno procede a aprobar mediante el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRUR), uno de cuyos objetivos fundamentales sigue siendo lógicamente el desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarios para asegurar a los ciudadanos

<sup>31</sup> Según el informe de la Agencia Europea de Medio Ambiente correspondiente a 2016, España ocupaba el undécimo lugar en términos de intensidad de emisiones GEI de la economía (330 gr CO<sub>2</sub>eq/euro), y el décimo lugar respecto a las emisiones per cápita (7,37 ton CO<sub>2</sub>/por hab), por debajo en ambos casos de la media alcanzada en la UE-28 (336 gr CO<sub>2</sub> eq/euro y 8,72 ton CO<sub>2</sub>/por hab, respectivamente). CES, Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socio económica y laboral. España 2016, CES, Madrid, 2017, p. 54.

una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, postulado concretado en el art. 3, referido a un nuevo urbanismo marcado por el «uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente»<sup>32</sup>. Objetivos tutelados en el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Plan estatal de vivienda 2018-2021.

Bajo el parámetro de la sostenibilidad económica, social y ambiental promovido por la citada Estrategia 2020, son apreciables las posibilidades que proporciona un sector emergente, cual es el de la construcción impulsado ahora desde la perspectiva de su reformulación integral en clave de sostenibilidad y regeneración de las políticas urbanas, con el fin último de dinamizar la coyuntura económica, impulsar el desarrollo del empleo y socavar la autocomplacencia con unas deficientes condiciones laborales que han acompañado tradicionalmente al sector de la edificación: alta tasa de rotación, temporalidad y parcialidad, una estructura ocupacional intensiva en mano de obra manual, un nivel de formación inferior a la media del resto de la economía, unos ritmos intensos de ejecución de las obras (destajos), un encadenamiento masivo de contrata y subcontratas ante un tejido productivo altamente atomizado, escasa innovación, una baja intervención de mujeres y una elevada participación de mano de obra extranjera, sin olvidar –por lo que aquí interesa– los elevados índices de siniestralidad inherentes. Así lo certifica la Declaración de Toledo, aprobada el 22 de junio de 2010 por los Ministros Responsables de Desarrollo Urbano de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, en la que se hace especial hincapié en que «la ba-

talla principal de la sostenibilidad urbana se ha de jugar precisamente en la consecución de la máxima ecoeficiencia posible en los tejidos urbanos de la ciudad ya consolidada», destacando el valioso papel que habrá de corresponder, en tal sentido, a la regeneración urbana integrada como yacimiento de empleo<sup>33</sup>.

Esta misma filosofía late en la posterior Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local de 2011<sup>34</sup>, que asume cómo «la batalla de la sostenibilidad se ganará o se perderá, en buena medida, en las ciudades; es decir, en la manera de organizar, desde hoy, la ciudad del futuro, integrada a nivel territorial, en estrecha asociación con otras ciudades y sus áreas rurales circundantes», aspectos que, sin duda, ayudarán a mejorar la calidad de vida y del empleo.

Se sigue así la idea subrayada por Naciones Unidas, que ha venido aclarando que «cuando está bien planificado, el crecimiento urbano encierra el potencial de mejorar el acceso de las personas a la educación, la atención a la salud, la vivienda y otros servicios, gestionar de manera adecuada el efecto de la población sobre el medio ambiente y, también, fomentar las oportunidades en materia de productividad económica»<sup>35</sup>, siendo capaz de generar ocupaciones laborales en el marco de una actividad empresarial, de mayor complejidad que la construcción tradicional pero de alto valor añadido, centrada en la regeneración y rehabilitación urbana integral, que comprende cometidos tan variados como pueden ser la conservación de los conjuntos históricos y culturales, la reparación y renovación del parque de viviendas cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los

<sup>33</sup> CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «La formación y los nuevos yacimientos de empleo en España», *Reis*, núms. 77-78, 1997, p. 121.

<sup>34</sup> Aprobado por el Plenario de la Red de Redes de Desarrollo Local Sostenible en Granada el 17 de junio de 2011.

<sup>35</sup> Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División de la Población. La situación demográfica en el mundo 2014. Informe conciso, Naciones Unidas, Nueva York, 2014, ST/ESA/SER.A/354, p. 27.

<sup>32</sup> QUINTANA LÓPEZ, T.: «Presentación. Hacia un urbanismo sostenible en Castilla y León. Fundamentos jurídicos para un cambio de modelo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016, p. 2.

requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad, la superación de la pobreza energética, el progreso de la calidad de vida de los ciudadanos en todos los barrios incluidos los menos favorecidos, así como la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación en los entornos urbanos para conseguir la mejora del transporte, la movilidad, la seguridad ciudadana y el suministro y consumo de energía y agua (*smart. city*)<sup>36</sup>.

En el centro del nuevo urbanismo, las ciudades así configuradas constituyen sustratos de crecimiento económico, nudos competitivos para el transporte de personas, mercancías y capitales, polos de la innovación tecnológica y cultural, ejes de la eficiencia energética (reducción de emisiones contaminantes, de gases de efecto invernadero o de producción de residuos), así como motores para la igualdad y cohesión social, de suerte que el tránsito hacia esta meta conllevará la creación de cuantiosos puestos de trabajo estables y cualificados<sup>37</sup>, logro que, además, se mantendrá y afianzará una vez conseguida la ciudad compacta. En este proceso en el que puede ser de gran ayuda la innovación técnica en aras a corregir las deficiencias del trabajo en el sector de la construcción tradicional ancladas sobre todo en tres factores, cuales son el carácter temporal que revisten los contratos, el uso habitual del instrumento de la subcontratación para afrontar parcelas de la obra, y el alto riesgo de siniestralidad, consecuencia de un anterior urbanismo empresarial especulativo marcado por la idea de un crecimiento continuo de la edificación, con el riesgo inherente de segregación territorial, degradación de los entramados preexistentes y destrucción innecesaria de la cubierta vegetal<sup>38</sup>.

Se trata, a la postre, de desplazar la tradicional concepción desarrollista impulsora de un crecimiento urbano ilimitado fundado en una senda de despilfarro territorial<sup>39</sup> por otra distinta que lo controle de acuerdo con el principio del desarrollo sostenible, poniendo el acento en la regeneración de la ciudad existente, con espacios públicos y dotaciones de servicios de calidad y unas condiciones ambientales que hagan de las ciudades un espacio para vivir más y mejor<sup>40</sup>, en el que pueda desarrollarse el principio de libertad de empresa en condiciones que garanticen la competencia leal entre distintos operadores económicos capaz de generar nuevas oportunidades de empleo dentro de un sector de la construcción menos manual y más industrial, donde la innovación ocupe un lugar preferente, incorporando materiales menos contaminantes, avanzadas técnicas constructivas y bioclimáticas y, cómo no, nuevas herramientas, algunas de las cuales ya están siendo utilizadas en este proceso, tales como son, a modo de ejemplo, el «big data», para poder determinar la elasticidad de la demanda y las reacciones de los potenciales clientes de viviendas; la «geolocalización», a través de dispositivos móviles para avisar con alertas a los consumidores al pasar por viviendas de alquiler o venta; la «buildind information modeling» (BIM), que engloba un proyecto constructivo en un modelo 3 D, que abarca geometría y características técnicas de los elementos individuales, estructura, cerramientos o instalaciones; la «realidad virtual» para acercar al comprador a su futura vivienda; o, por no seguir, la «interconectividad», que ofrece cualquier dispositivo con internet como mando a distancia de termostatos, ventanas, persianas, puertas, etc<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Iniciativas para un futuro urbano sostenible: las Smart. cities», en AA. VV. (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): «Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 702.

<sup>37</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Formas jurídicas de economía social», Revista jurídica de Castilla y León, núm. 39, 2016, p. 7.

<sup>38</sup> LÓPEZ RAMÓN, F.: «El urbanismo sostenible en la legislación española», Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 311, 2017, p. 274.

<sup>39</sup> VINUESA ANGULO, J. y PORRAS ALFARO, D.: «La dimensión territorial de la crisis de la vivienda y el despilfarro inmobiliario residencial», Cuadernos de Relaciones Laborales, núm. 35, 2017, p. 105.

<sup>40</sup> MENÉNDEZ REXACH, A.: «Los objetivos económicos de la regulación del suelo (1956-2015)», Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núm. 311, 2017, p. 293.

<sup>41</sup> SÁNCHEZ, V.: «Las implicaciones de la economía digital en el sector de la construcción», Gaceta Sindical, núm. 27, 2016, p. 305.

Es más, si la nueva revolución industrial ha alumbrado una «industria inteligente» (4.0), caracterizada por la irrelevancia de la ubicación geográfica, el papel clave de las plataformas, la importancia de los efectos de red y el uso de grandes datos, permitiendo, a través de la conectividad, que fabricación, logística, encargo y diseño se alineen con el cliente para fabricar productos o prestar servicios personalizados a precios de masas<sup>42</sup>, cabe exigir que garantice también la sostenibilidad, creando empleos de calidad en el marco de las tecnologías digitales concebidos de la forma más amplia posible, esto es, incluyendo no sólo conceptos tales como «ciberseguridad», «cibernética», «robótica», «biotecnología», «nanotecnología», «algoritmos», «inteligencia artificial», «cloud computing», «IoT», «impresión 3D», realidad aumentada o «big data», sino el uso eficiente de recursos naturales, la utilización optimizada de las materias primas menos contaminantes y—como no y por lo que aquí interesa— la planificación urbana inteligente (*smart city*) fruto del nuevo enfoque del modelo urbanístico, esto es, según el Libro Verde sobre la Sostenibilidad Urbana y Local en la era de la Información, con capacidad de anticiparse a través de la innovación tecnológica a las necesidades futuras: cambio climático, agotamiento de recursos, dependencia energética y de materiales y reducción de la biodiversidad, sin olvidar, cómo no, la generación de empleo estable y de calidad desarrollado en un contexto seguro<sup>43</sup>.

Esta es, de nuevo, la línea marcada por la tantas veces mencionada Estrategia 2020, que promueve imaginar, con ayuda de la innovación, los cambios necesarios para que en 2050 nos hayamos transformado en una economía con elevadas dosis de empleabilidad y con bajas emisiones de carbono, luchando, así,

<sup>42</sup> CC.OO.: «Industria 4.0: una apuesta colectiva», <http://www.industria.cc.oo.es/cms/g/public/o/6/o163594.pdf>

<sup>43</sup> *Vid.* el Libro Verde de Sostenibilidad Urbana y Local en la Era de la Información, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Madrid, 2012, p. 692, [http://www.magrama.gob.es/es/calidad-y-evaluacionambiental/temas/medio-ambiente-urbano/libro\\_verde\\_final\\_15.01.2013\\_tcm7-247905.pdf](http://www.magrama.gob.es/es/calidad-y-evaluacionambiental/temas/medio-ambiente-urbano/libro_verde_final_15.01.2013_tcm7-247905.pdf)

contra el llamado «cambio climático», ayudando a cumplir los compromisos asumidos en el Protocolo de Kioto de las Naciones Unidas. Idea apuntada, entre otras, en la Decisión 2010/707, de 21 de octubre, que de manera específica ordena mejorar los entornos empresariales, estimular la creación de empleo «verde» y «ayudar a las empresas a que modernicen sus bases industriales», así como, sin ánimo exhaustivo, en la Comunicación de la Comisión de 22 de enero de 2014 bajo el encabezamiento «un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030», donde la renovación de las ciudades adquiere gran protagonismo en la mejora de la calidad de vida y del empleo.

En este ínterin hacia la construcción ecológica, existe un potencial significativo para la creación de nuevos puestos de trabajo en la producción de energía a partir de fuentes renovables, eficiencia energética, gestión de residuos y del agua, calidad del aire, restauración y preservación de la diversidad, adaptación al cambio climático y desarrollo de la infraestructura verde. Las estimaciones de la Unión Europea indican que la mejora de la prevención y gestión de residuos en los Estados miembros podría crear más de 400.000 nuevos puestos de trabajo; la revisión de la legislación sobre esta materia más de 180.000; y el incremento del 1 por 100 en la tasa de crecimiento de la industria del agua en Europa entre 10.000 y 20.000. La transformación interna y la redefinición de las ocupaciones afectarán a sectores con altas emisiones, tales como fuentes de energía, transporte, agricultura y, como no, construcción, que son responsables respectivamente del 33, 20, 12 y 12 por 100. En concreto, el sector de la edificación podría crear 450.000 nuevas ofertas laborales diseñando edificios energéticamente más eficientes para cumplir con los requisitos de la Directiva 2012/27, de 25 de octubre, de Eficiencia Energética y otros tantos para la readaptación de viviendas en aras a hacerlas energéticamente sostenibles<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> OLMO GASCÓN, A.M.: «Tratamiento del empleo verde en la normativa internacional y europea (especialmente en el pilar europeo de derechos sociales): la precisa reconfiguración

Es más, estas cifras podrán verse elevadas una vez conseguida la implementación de la ciudad compacta, dada la necesidad de mantenimiento óptimo de inmuebles e infraestructuras.

Desde tales premisas, el TRLSRU, contando con el antecedente de LRRR, recoge previsiones concretas tendentes a conseguir una «regeneración urbana integrada y su potencial estratégico para un desarrollo urbano más inteligente, sostenible y socialmente inclusivo» (exposición de motivos)<sup>45</sup>, buscando su justificación, entre otras poderosas razones, en la necesidad de reconvertir y reactivar el sector de la construcción ante el pleno agotamiento en España del predominante modelo expansivo de urbanismo y, con ello, impulsar la creación de empleo vinculado a las actuaciones de rehabilitación y renovación de las ciudades, debido al uso intensivo de mano de obra que requieren ahora las actuaciones sobre el suelo urbano y sobre las edificaciones existentes. Se trata de promover, en definitiva, la generación de riqueza a través de la reactivación de la construcción, teniendo en cuenta los efectos positivos que el desarrollo de este sector induce sobre el crecimiento de otros y, en general, sobre la economía, en la idea de que dicha actividad, como tradicionalmente ha sido, puede seguir constituyendo en el futuro si bien sobre otras bases diferentes un importante dador de ocupaciones, aspecto particularmente interesante en momentos actuales donde las cotas de desempleo todavía alcanzan valores muy altos<sup>46</sup>.

La buena noticia es que la apuesta por el sector de la construcción bajo estas nuevas coordenadas de rehabilitación, regeneración y

renovación urbanas va a resultar positiva desde dos puntos de vista: el laboral y el medioambiental. Atendiendo al segundo, no es ocioso recordar que a través de este nuevo modelo de urbanismo se va a redundar en la reducción de emisiones contaminantes, de gases de efecto invernadero o de producción de residuos, así como de los consumos de agua y energía, priorizando la utilización de materiales reutilizados o reciclados y de energías renovables frente a las fuentes de energía fósil, todo ello con el fin último de rebajar la liberación de gases de efecto invernadero y de combatir la pobreza energética. Incluso se ha diseñado una Estrategia a largo plazo para la Rehabilitación energética en el sector de la edificación en España en cumplimiento del art. 4 de la Directiva 2012/27, entre cuyos objetivos se recogen los siguientes: «1) Rehabilitación energética de la envolvente térmica de los edificios existentes. 2) Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones térmicas de los edificios existentes. 3) Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de iluminación interior de los edificios existentes. 4) Construcción de nuevos edificios y rehabilitación de existentes con alta calificación energética. 5) Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de frío comercial e industrial. 6) Mejora de la eficiencia energética de las instalaciones de ascensores existentes en los edificios. 7) Mejora de la eficiencia energética en los Centros de Procesos de Datos existentes. 8) Mejora de la eficiencia energética de electrodomésticos. 9) Mejora de la eficiencia energética a través de la domótica y sistemas inteligentes de gestión. 10) Mejora de la eficiencia energética a través de redes de calefacción y frío».

Por lo que hace al aspecto laboral, un sector fuerte dedicado a la regeneración y rehabilitación urbanas permitirá la creación de un nutrido conjunto de puestos de trabajo de mayor calidad que los asociados a la construcción tradicional, muy alejada esta última, como ya consta, de un crecimiento racional, paulatino y ordenado para aproximarse entonces a una política fundada en una desmedida promoción de suelo y edificación de nuevos edificios

de sus elementos jurídico-laborales», en AA. VV. (MORA CABELLO DE ALBA, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., Coords.): «El futuro del trabajo que queremos», Bomarzo, Albacete, 2017, p. 54.

<sup>45</sup> PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G.: «Comentarios a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Iustel, Madrid, 2014, p. 23.

<sup>46</sup> HUMERO MARTÍN, A.E.: «La Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas: norma jurídica definitoria del contenido del art. 47 de la Constitución Española (hacia un modelo sostenible e integrador del tejido urbano)», Revista de la Unión Europea, núm. 30, 2014, pp. 44 y ss.

como cauces prioritarios en la financiación municipal<sup>47</sup>. Desechado este modelo, el nuevo escenario legal facilita distintas posibilidades de financiación y de ejecución de la rehabilitación de vivienda con actuaciones centradas en la entrada de empresas privadas no sólo en la actividad rehabilitadora propiamente dicha sino también a cambio de su participación en los nuevos aprovechamientos que se generen o incluso en los ahorros energéticos que se consigan<sup>48</sup>, en el bien entendido sentido de que si no se reactiva la construcción desde esta renovada perspectiva será difícil recuperar unos niveles de empleo óptimos.

El objetivo será conseguir, para los trabajadores, mejores retribuciones, mayor salubridad, óptimas cualificaciones y menor rotación en las ocupaciones, así como mayores contribuciones sociales, vía cotizaciones e impuestos, y, cómo no, inferiores índices de siniestralidad laboral, todo ello a través de dotaciones más funcionales de viviendas, infraestructuras, equipamientos y servicios, para el conjunto de la población, algo a valorar como muy recomendable en un escenario en el que la defensa del conocido como Estado de Bienestar se hace cada día más necesaria.

Como fácilmente se puede deducir, este deseable paradigma se encuentra fuertemente marcado por la complejidad y por la propia ambición de objetivos sobre los que se sustenta, razones que aconsejan abordar un estudio de los medios y métodos específicos a emplear para alcanzar su satisfacción, centrando la atención en las nuevas líneas del sector de la construcción como actividad empresarial generadora de puestos de trabajo, inspirada ahora en la idea de sostenibilidad en su triple vertiente: ambiental, económica y social. Como con acierto

<sup>47</sup> CASARES MARCOS, A.: «La eficiencia energética y la sostenibilidad ambiental», en AA. VV. (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): «Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 217 y ss.

<sup>48</sup> MATA SIERRA, T. y CARBAJO NOGAL, C.: «Rehabilitación y fiscalidad de la vivienda», en AA. VV. (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): «Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 537 y ss.

ha puesto de relieve el Consejo Económico y Social<sup>49</sup>, es necesario adoptar las medidas necesarias para la reactivación de este sector, no sólo por la importancia cuantitativa, directa e indirecta, en la economía y el empleo de calidad y de reducida nocividad (como mero botón de muestra si se rehabilitasen en España 10 millones de edificios hasta 2050 se generarían hasta 130.000 puestos de trabajo directos)<sup>50</sup>, sino porque se podrían reducir drásticamente las emisiones nocivas y se lograría incrementar la cohesión social y territorial y, al tiempo, erradicar la exclusión de ciertos sectores de la población en la línea marcada por la Nueva Agenda Urbana (Habitat III)<sup>51</sup>, ello sin olvidar apostar por la garantía de la seguridad y salud en los puestos de trabajo.

#### 4.2. Siniestralidad laboral y «edificación verde». Nuevas coordenadas

Sin dejar de reconocer el potencial del urbanismo sostenible para crear puestos de trabajo, contribuir al crecimiento del Producto Interior Bruto, favorecer la cohesión social y beneficiar el entorno medioambiental, lo cierto es que no es posible obviar que también entraña sus peligros, de modo que al igual que en la construcción tradicional existe un conjunto de variables que influyen, de manera decisiva, en las condiciones laborales del personal que presta sus servicios dentro de este nuevo sector, que puede calificarse como versátil y diversificado en cuanto a riesgos profesionales se refiere, concurriendo además un repunte en los índices de siniestralidad si se atiende a la estadística<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Informe titulado «El papel del sector de la construcción en el crecimiento económico: competitividad, cohesión y calidad de vida», 2015.

<sup>50</sup> CC.OO.: «La sostenibilidad más allá de las palabras», <http://construccionyservicios.ccoo.es>

<sup>51</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible, Quito, 17 a 20 de octubre de 2016.

<sup>52</sup> Durante los 8 primeros meses de 2017, tuvieron lugar 24.109 siniestros, un 13,9 por 100 más que en el mismo período de referencia del año anterior. [www.mess.es](http://www.mess.es)

#### 4.2.1. Riesgos heredados y emergentes

Los cambios en el diseño de la actividad urbanística, pasando desde el urbanismo desenfrenado a la apuesta actual por la conservación y, sobre todo, renovación y regeneración de la ciudad existente, no eliminan *de radice* los riesgos laborales, que ciertamente pueden ser distintos, en ocasiones, a los de su configuración más clásica, pero no por ello son menos importantes, no en vano «construcción sostenible» no es sinónimo de ausencia de peligro de sufrir accidentes de trabajo o de contraer enfermedades profesionales. Sucede, por tanto, que esta actividad, como casi todos los quehaceres humanos, presenta cargas equivalentes, pues, por un lado, se constituye como una expectativa segura de desarrollo sostenible y produce innegables ventajas para la sociedad, pero, por otro, se convierte también en una nueva actividad peligrosa, que genera riesgos ciertos, unos heredados del pasado (trabajos en altura, resbalones, tropiezos, cortes, caídas, vuelco de maquinaria, sepultamientos, ruido, vibraciones, atropellos, sobreesfuerzos, posturas difíciles, cargas, golpes con objetos grandes, inclemencias meteorológicas, explosiones, incendios, impactos eléctricos, almacenamiento y manipulación de productos químicos, espacios confinados, destajos, envejecimiento de los trabajadores<sup>53</sup>...), y otros de nueva gestación, derivados de novedosos materiales, tecnologías y diseños en la edificación que permiten una mayor sostenibilidad del entorno natural mediante la reducción del consumo de energía y materias primas, una disminución de gases de efecto invernadero y una minimización y mayor aprovechamiento de los residuos a través de su reutilización, reciclaje o

<sup>53</sup> Las ocupaciones más envejecidas dentro del sector de la construcción se refieren a las categorías siguientes: albañiles y mamposteros, gerencia de empresas con menos de 10 asalariados, electricistas, fontaneros e instaladores de tuberías, pintores, barnizadores y empapeladores, peones de construcción y operadores de máquinas móviles. INSHT: Actividades económicas con mayor siniestralidad, penosidad y peligrosidad: sector de la construcción. Estudio sobre el perfil demográfico, siniestralidad y condiciones de trabajo, INSHT, Madrid, 2010.

valorización, si bien, al tiempo, provocan el surgimiento de nuevas situaciones negativas, tales como, en una primera aproximación, la instalación de tecnologías de energía renovable en altura, combinada con la utilización de nuevos aislantes o productos que contienen nanomateriales o con exposiciones incontroladas a fibras, a partículas ultrafinas o a microorganismos desconocidos.

A mayor abundamiento, los edificios ecológicos reducen drásticamente las emisiones, pudiendo rebajar el consumo de energía en un 80 por 100 o más, pero ello se consigue gracias a la integración de sistemas eficientes de calefacción, refrigeración, iluminación y agua que exigen manipulaciones de equipos pesados con elevado riesgo eléctrico, de explosión o incendio y conllevan exposiciones a polvo de sílices, unidas al uso de elementos reciclados, reutilizados o renovables con altas dosis de alérgenos, sustancias cancerígenas (bambú, paja, lana de oveja, lino, corcho, papel, disolventes, escoria fundida, feldespatos, titanio de potasio, cenizas volantes...) o de productos acuosos que contienen biocidas, así como de fuentes de energía alternativa (solar pasiva, eólica, bioenergía...), cuya obtención presenta riesgos laborales de incendio o de electrocución<sup>54</sup>. No hay que olvidar tampoco que los paneles solares y los aerogeneradores se ubican en la cubierta de los edificios, lo que supone sobreesfuerzos y un elevado riesgo de caída en altura, no sólo durante la fase de instalación, sino durante su mantenimiento. Además, en la composición de las placas solares se utilizan sustancias químicas muy peligrosas, como polvo de silicio, cadmio o dióxido de selenio<sup>55</sup>.

Como puede comprobarse, estas nuevas coordenadas, pensadas sobre todo para el beneficio de los ocupantes finales del edificio, no siempre salvaguardan la seguridad y salud de

<sup>54</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Construcción», en AA. VV. (AGRA VÍFORCOS, B., Dir.): «Empleos verdes y prevención de riesgos laborales», Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 378.

<sup>55</sup> SANZ ALBERT, F. y ROMERO SÁEZ, L.M.: «Estudio sobre riesgos laborales emergentes en el sector de la construcción», INSHT, Madrid, 2013, p. 27.

los trabajadores intervinientes en el proceso de construcción ecológica. Como meros botones de muestra a añadir a los ejemplos vertidos en los párrafos anteriores, cabe señalar, en primer lugar, que los edificios verdes suelen ser más herméticos y estar perfectamente aislados para ahorrar energía, de modo que la ventilación suele ser reducida durante las labores interiores de acabado, lo cual puede aumentar la exposición a compuestos orgánicos volátiles de pinturas o adhesivos y al polvo, en particular, la sílice cristalina, fibra cerámica, roca, mezclas bituminosas que contienen alquitrán de hulla, arcilla, mercurio, lana de vidrio, siliconas, aceites, disolventes, yesos, desencofrantes, humos de escape de motores diesel o espuma de poliuretano, exposiciones todas estas que pueden causar dermatitis, irritación ocular, enfermedades en las vías respiratorias, de las membranas mucosas de los ojos y del tracto intestinal, así como daños al hígado y a los conductos biliares. En segundo término, se intensifica el uso de madera, muy común en otros tiempos, siendo conocido el riesgo de exposición a resinas y al «serrín», capaz de provocar irritación de la piel, ojos y vías respiratorias, bronquitis, asma y cáncer nasal. En tercer lugar, la producción de elementos de construcción fuera de la obra como sucede con las paredes de hormigón implica una alta carga de trabajo físico, así como el uso de productos selladores, que contienen isocianatos. En cuarto lugar, el reciclado de plásticos, cristales y metales y su depósito en contenedores a pie de obra exigen también grandes esfuerzos. En quinto lugar, la colocación de lucernarios y atrios para proporcionar luz natural a los edificios conlleva una manipulación de peso superior al vidrio tradicional<sup>56</sup>. En sexto lugar, la instalación de cerramientos y ventanas puede exponer a los trabajadores al riesgo de contacto eléctrico, ya que supone trabajar en andamios o en cubiertas donde se encuentran alojadas líneas de alta tensión. En séptimo lugar, la incorporación de cenizas de carbón al hormigón implica el contacto con restos de

<sup>56</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Construcción», cit., p. 373.

arsénico y mercurio<sup>57</sup>. En fin, y por no seguir, la alta incidencia de las raciones UV entre trabajadores que realizan sus tareas en el exterior y pasan gran parte de su jornada laboral expuestos a la radiación solar, se ve agravada por la reducción de la capa de ozono<sup>58</sup>.

Elementos claves para evitar estos nuevos riesgos son la información y el adiestramiento de los trabajadores a través de una formación exhaustiva en las tareas a desarrollar, sustancias a manejar y sistemas de protección colectiva e individual a utilizar de la que paulatinamente se va haciendo eco nuestro ordenamiento jurídico, suponiendo un gran avance la regulación introducida en materia preventiva en el CCSC.

#### 4.2.2. *Panorama normativo. La preocupación del convenio colectivo del sector por la seguridad y salud de los trabajadores*

La prevención de los riesgos laborales en la construcción clásica y también en la regeneración y rehabilitación urbanas, donde la frecuencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es muy elevada, condicionada por tratarse de una actividad de riesgo en sí misma considerada, por la existencia de diversas fases (de proyecto y de ejecución), que exigen una atención específica y una elevada coordinación, y por la pluralidad de sujetos intervinientes, máxime teniendo en cuenta que los accidentes resultan de gran severidad debido, sobre todo a las caídas de altura y al riesgo de sepultamiento<sup>59</sup>, ha sido objeto de atención particular desde el Derecho de la Unión Europea a través de la Directiva 92/57, de 24 de junio (modificada por la Directiva 2007/30), relativa a las disposiciones mínimas

<sup>57</sup> SANZ ALBERT, F. y ROMERO SÁEZ, L.M.: «Estudio sobre riesgos laborales emergentes en el sector de la construcción», cit., p. 25.

<sup>58</sup> SANZ ALBERT, F. y ROMERO SÁEZ, L.M.: «Estudio sobre riesgos laborales emergentes en el sector de la construcción», cit., p. 137.

<sup>59</sup> CES, Observatorio de Relaciones Industriales. Área de Estudio y Análisis, núm. 94, 2006, p. 1.

de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles, cuyo ámbito de aplicación se extiende a obras en las que se efectúen trabajos de construcción o de ingeniería civil, incluyendo excavaciones, movimiento de tierras, edificación, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamiento, transformación, rehabilitación, reparación, mantenimiento, derribo, desmantelamiento, conservación, pintura, limpieza y saneamiento.

Desde el punto de vista del Derecho interno, cabe mencionar, en primer lugar, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (LE), donde se regulan las exigencias técnicas y administrativas de la edificación y los agentes intervinientes; el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, cuyo anexo I enumera, de forma no exhaustiva, las actividades que entran dentro de su campo de aplicación, haciendo referencia expresa, entre otras, a la rehabilitación, reparación, mantenimiento, conservación (trabajos de pintura y de limpieza) y saneamiento<sup>60</sup>. Por su parte, el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, contiene una prolija regulación también sobre coordinación de actividades empresariales desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales que se aplica con toda intensidad en el sector aquí analizado tanto en la fase de proyecto como de ejecución de la obra (disposición adicional primera), lo cual

<sup>60</sup> ANDIUAZ ARRIOLA, R.: «El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción», en AA. VV.: «Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación», Civitas, Madrid, 1999, pp. 397 y ss.; GARCÍA GUTIÉRREZ, M.L.: «Régimen jurídico de los trabajadores autónomos en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Su problemática», Documentación Laboral, núm. 70, 2004, Vol. I, pp. 109 y ss.; CASTRO SÁNCHEZ, M.A.: «Manual de prevención de riesgos en la construcción», Tirant lo Blanch, Madrid, 2004, pp. 15 y ss.; LUJÁN ALCARAZ, J.: «Las disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción», Aranzadi Social, 2004, Tomo V, p. 178 ó TOLOSA TRIBIÑO, C.: «Prontuario de seguridad en la edificación», 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 541 y ss.

ayudará a aquilatar la distribución de obligaciones y responsabilidades entre todos los agentes presentes<sup>61</sup>. A todo esto hay que añadir las previsiones legales del art. 42 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 (ET), relativo a las contratas y subcontratas, de especial incidencia aplicativa también a esta actividad productiva.

Es más, el propio Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, con el objetivo de contribuir de manera decisiva al desarrollo de las políticas en materia de sostenibilidad, derivadas del Protocolo de Kyoto o de la Estrategia de Gótemberg, sintoniza con las nuevas exigencias de los procesos edificatorios y urbanizadores, fijando las exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones, en referencia tanto a la seguridad estructural y de lucha contra incendios, como a la salubridad, protección contra el ruido, el ahorro energético o la accesibilidad para personas con movilidad reducida, exigencias básicas que deben cumplirse en el proyecto, la construcción, el mantenimiento y la conservación de los edificios y sus instalaciones (art. 1.4).

Por su parte, el VI CCSC dedica especial atención a la prevención de riesgos laborales (Libro Segundo), pudiendo destacar, en primer lugar, la importancia conferida a la formación en esta materia, distinguiendo entre un primer ciclo a través de un aula permanente o nivel inicial y un segundo ciclo con contenidos forma-

<sup>61</sup> BLASCO MAYOR, A.: «Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización», Actualidad Laboral, núm. 5, 1996, p. 8.; MARTÍN TOVAL, L.: «La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», Temas Laborales, núm. 71, 2003, pp. 104 y ss. ó GARCÍA PIQUERAS, M.: «Obligaciones y responsabilidades en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De la insuficiencia a la indeterminación», Temas Laborales, núm. 47, 1998, pp. 29 y ss. Por extenso, GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: «Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contratas y subcontratas», Aranzadi Social, 1999, Vol. II, pp. 2713 y ss. y «La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales», CES, Madrid, 2002, p. 89.

tivos específicos en función del puesto de trabajo o por oficios (personal directivo, responsables de obra y técnicos de ejecución, mandos intermedios, delegados de prevención, administrativos, albañilería, demolición y rehabilitación, encofrados, revestimiento de yeso, electricidad, fontanería, cantería, pintura, soldados y alicatados, aparatos elevadores, operadores de vehículos y maquinaria de movimiento de tierras, operadores de equipos manuales y trabajadores polivalentes) (arts. 137 y ss.). En segundo término, la exhaustiva regulación de las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables en cuanto a estabilidad y solidez de materiales, equipos y maquinaria (aparatos elevadores, grúas torre, grúas móviles autopropulsadas, montacargas, cabrestante mecánico o maquinaillo y batidoras de tierra), protección contra el riesgo de caídas de altura, vías de circulación, abrigo contra el riesgo de caídas de objetos, iluminación, factores atmosféricos, detección y lucha contra incendios, riesgos particulares como niveles sonoros, gases, vapores, polvo, amianto, escombros, demoliciones, vibraciones..., andamios, protecciones colectivas, escalas fijas o de servicio, escaleras de mano y otros equipos para trabajos temporales en altura, movimientos de tierras, excavación, pozos, trabajos subterráneos y túneles, almacenamiento de combustibles e instalaciones higiénico-sanitarias, así como canteras, areneras, graveras y explotación de tierras industriales (arts. 161 y ss.). En tercer lugar, el diseño de un órgano paritario específico en la materia para el apoyo a empresas y centros de trabajo, asumiendo competencias de: a) Seguimiento de la accidentabilidad laboral en el sector y elaboración de estadísticas propias de accidentes graves y mortales. b) Organización y control de visitas a obras. c) Propuesta de soluciones para la disminución de la accidentabilidad. d) Organización y desarrollo de una formación en prevención de riesgos laborales. e) Desarrollo de acciones de sensibilización, difusión y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales dirigidas, tanto a la sociedad en general, como a las empresas y los trabajadores en particular. f) Elaboración de documentos informativos en materia de prevención de riesgos laborales. g)

Cualquier otra que se apruebe por el Patronato de la Fundación Laboral de la Construcción y que esté relacionada con la prevención de riesgos laborales (arts. 117 y ss.). Y, en cuarto lugar, la configuración de la vigilancia de la salud no como mero reconocimiento médico formal sino como auténtica herramienta preventiva de doble faz, por un lado, para conocer la incidencia del trabajo en las condiciones físicas de los trabajadores y, por otro, para determinar la capacidad de los asalariados a la hora de enfrentarse a los riesgos de su actividad (art. 20).

Todo ello sin olvidar dar la importancia que merece, de un lado, a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora del sector de la construcción (LSC) y, de otro, a la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT).

Aun cuando la existencia de normas específicas debe considerarse, en principio, adecuada, pues atiende a las peculiaridades que plantea el sector de la edificación que pueden servir de modelo para otros sectores, lo cierto es que las nuevas perspectivas en las que se desarrolla la construcción sostenible exigen alguna renovación en sus planteamientos, tarea en la cual debe de adquirir un protagonismo capital el diálogo social, que debe seguir incidiendo en tal propósito.

#### 4.3. Limitaciones a la externalización: un paso importante y algunas cuestiones pendientes

La construcción, en general y la ecológica en particular, integra uno de los sectores de la actividad con mayores tasas de accidentabilidad del tejido económico, en la medida en que se utiliza de manera muy frecuente el mecanismo de la subcontratación en cadena y donde las empresas subcontratistas se caracterizan por sus reducidas dimensiones o por revestir la forma de trabajo autónomo<sup>62</sup>, sin

<sup>62</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Construcción», cit., pp. 363 y ss.

que se aprecien diferencias sustanciales en materia de subcontratación entre construcciones ecológicas y no ecológicas.

De ahí que la LSC tome como principal ámbito regulador la seguridad y salud en el trabajo, centrándose en el ejercicio de la actividad empresarial, que pasa a conformar el objeto fundamental de la norma, incluyendo en su art. 2, entre otros y por lo que aquí interesa, los trabajos de rehabilitación, reparación, mantenimiento, conservación y trabajos de pintura y limpieza y saneamiento, que pueden ser aquilatados con la explicación contenida en el apartado 45 del Código Nacional de Actividades Económicas (o Clasificación Nacional de Actividades Económicas, CNAE), según el cual se consideran obras de construcción, siempre que se ejecuten con tecnologías propias de la construcción o la ingeniería civil, un largo listado de actividades con referencia expresa a las anteriormente mencionadas<sup>63</sup>.

Ahora bien, junto a la naturaleza de los trabajos (obligatoriamente de los descritos en el art. 2 LSC), lo importante es que sea una actividad que, correspondiendo a la empresa principal o a la contratista, ésta contrata o subcontrata con otra. Y al hacerlo así, la nueva empresa que se incorpora al diseño productivo global mediante el cumplimiento de la contrata o de la subcontrata, lo que viene es a completar la tarea de la empresa que externaliza esa parte de su cometido; que, por ser de los mencionados en el art. 2 LSC y por corresponder en principio a la empresa de la construcción, somete a los imperativos de la Ley a quien, desde el otro lado del contrato, asume ese quehacer, adquiriendo la condición de contratista o subcontratista de la primera. Dicho de forma sencilla, quien contrata (como contratista respecto de la empresa principal) o subcontrata (como subcontratista de la con-

tratista o de otra subcontratista) con una empresa del sector de la construcción alguna de las actividades del art. 2 LSC se inserta, como empresa que también se dedica a la construcción, en el ámbito de aplicación de la Ley<sup>64</sup>.

La LSC se muestra como una regulación con finalidad controladora y limitativa de la organización productiva de la empresa de carácter legal, que se proyecta sobre una manifestación típica de la libertad empresarial que consiste en ordenar y decidir, a través de los mecanismos y fórmulas jurídicas de la contratación y subcontratación, los modos, maneras y ámbitos de organización y ejercicio de esa actividad en función del sector económico, la competitividad empresarial y las características y exigencias técnicas y profesionales de la especialidad productiva que presta o desarrolla esa empresa<sup>65</sup>. Al fijarse en los arts. 4 y 5 LSC, bajo la denominación de normas generales sobre subcontratación en el sector de la construcción, requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas y un régimen particular de la subcontratación en el sector, se están imponiendo a la empresa límites legales con proyección y efectos directos en la descentralización como forma de organización productiva de la empresa, con el fin último de poner freno a la situación objetiva detectada anteriormente, en la que se observaba un exceso en la cadena de contrata, que además de no aportar ninguno de los elementos positivos desde el punto de vista de la eficiencia empresarial, ocasionando la participación de las empresas sin una mínima estructura organizativa que

<sup>64</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción», cit., p. 50.

<sup>65</sup> GARCÍA BLASCO, J.: «La subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de su régimen jurídico y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas», en AA. VV. (GARCÍA BLASCO, J., Dir.): «La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del RD 1109/2007», de 24 de agosto, que la desarrolla, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2ª edición, 2009, p. 17. Por extenso, LLOBERA VILA, M.: «Límites a la subcontratación en el sector de la construcción y libre prestación de servicios», Bomarzo, Albacete, 2010.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): «La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción», Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 48.

permitiera garantizar que se hallaban en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. No cabe duda que la participación empresarial en un encadenamiento sucesivo e injustificado de subcontrataciones opera en menoscabo de los márgenes empresariales y de la calidad de los servicios proporcionados de forma progresiva hasta el punto de que, en los últimos eslabones de la cadena, tales márgenes son prácticamente inexistentes, favoreciendo el trabajo sumergido, justo en el elemento final que ha de responder de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores que realizan las obras. Consecuencia de todo ello es que los indicados excesos en la subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo. De ahí que el objeto de la LSC, de acuerdo con el art. 1, consista en «mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general y las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo en particular»<sup>66</sup>, actuando, por tanto, como pionera en la meta tendente a poner freno al urbanismo expansivo de épocas anteriores.

Se trata, pues, de un objeto y finalidad doble, si bien anudado el uno al otro y se manifiesta, sobre todo, en la voluntad de contribuir con esa regulación a la mejora de las condiciones colectivas e individuales del trabajo en el sector de la construcción, partiendo del reconocimiento de una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control del régimen jurídico de la subcontratación, como forma de organización productiva, pueda ocasionar situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, mediante el diseño de cautelas en una triple dirección. En primer lugar, exigiendo el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel respondan a causas objetivas, con el fin de prevenir prácticas que pudieran de-

rivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo. En segundo término, exigiendo una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector y reforzando estas garantías en relación con la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos, con la acreditación de la organización preventiva de la propia empresa y con la calidad del empleo, precisando unas mínimas condiciones de estabilidad en el conjunto de la empresa. En tercer lugar, introduciendo los adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas intervinientes en la obra<sup>67</sup>.

Con mayor detalle, para prevenir algunas de las múltiples causas que inciden en la alta siniestralidad del sector, bien por las características de las empresas que intervienen, bien por la necesidad de capacitación de los trabajadores, o para reducir el elevado porcentaje de temporalidad en el empleo, que a su vez se traduce en una menor experiencia en el control del trabajo y de los riesgos, esta Ley trata de establecer una serie de requisitos de calidad y solvencia a las entidades involucradas, reforzando obligaciones ya existentes como la exigencia de una organización preventiva adecuada, la formación de los trabajadores, que incluso ahora se amplía a los directivos, o estableciendo otras nuevas como, por ejemplo, el requerimiento de un porcentaje de empleados indefinidos en la plantilla de la empresa<sup>68</sup>.

Con carácter general, las organizaciones empresariales que intervengan en el proceso de la subcontratación en el sector de la cons-

<sup>66</sup> GARCÍA BLASCO, J.: «La subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de su régimen jurídico y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas», cit., p. 18.

<sup>67</sup> GARCÍA BLASCO, J.: «La subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de su régimen jurídico y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas», cit., p. 19.

<sup>68</sup> LANZADERA ARENCIBIA, E.: «La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción: comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre», Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros), núm. 288, 2007, pp. 45 y ss.

trucción, habrán de cumplir las siguientes condiciones (art. 4): 1) Poseer una organización productiva propia, con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada. 2) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial. 3) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por los trabajadores en la obra y, en el caso de autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de quien les haya contratado. 4) Acreditar la disposición de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuenten con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la LPRL. 5) Estar inscritas en el Registro de Empresas acreditadas. 6) Contar con una plantilla indefinida en los siguientes porcentajes: el 10 por 100 durante los dieciocho primeros meses de vigencia de la Ley; el 20 por 100 durante los meses del decimoveno al trigésimo sexto; el 30 por 100 a partir del mes trigésimo séptimo, inclusive<sup>69</sup>, extremo este sobre el que se profundizará con posterioridad.

Este cúmulo de condiciones, muy acorde con el nuevo diseño del urbanismo que pretende implantar el legislador sobre la materia, va dirigido a evitar que las empresas que intervengan en el proceso de construcción sean meras entidades aparentes, titulares de relaciones mercantiles o laborales, que sirvan de cobertura a verdaderas cesiones ilegales de trabajadores contrarias al contenido del art. 43 ET. Se trata, pues, de establecer un medidor de responsabilidad de las empresas subcontratadas<sup>70</sup>.

Con la misma finalidad de reducir la siniestralidad laboral, el régimen de la subcontratación en el sector de la construcción viene limitado del siguiente modo (art. 5 LSC): 1) El promotor podrá contratar directamente contratistas (personas físicas o jurídicas). 2) El contratista podrá contratar con empresas subcontratistas la ejecución de los trabajos contratados con el promotor. 3) El primer y el segundo subcontratistas podrán subcontratar la ejecución de los trabajos contratados con el contratista o con el primer subcontratista, respectivamente. 4) El tercer subcontratista no podrá subcontratar la ejecución de los trabajos contratados con el segundo. 5) El trabajador autónomo no podrá subcontratar con empresas subcontratistas o con otros trabajadores autónomos. 6) Los subcontratistas primero y segundo no podrán subcontratar cuando su organización productiva puesta en uso en la infraestructura consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas (contratistas y subcontratistas). 7) En casos fortuitos debidamente justificados (exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor por las que puedan atravesar los agentes que intervienen en la obra), a juicio de la dirección facultativa, excepcionalmente podrá extenderse la subcontratación a un cuarto nivel, debiendo hacer constar en el libro de subcontratación su aprobación previa y las causas de la misma. No cabrá esta excepción respecto a los trabajadores autónomos, ni incluso en el supuesto de que la organización productiva puesta en uso de la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, salvo concurrencia de fuerza mayor. En todo caso, el contratista deberá poner la subcontratación excepcional en conocimiento del coordinador de seguridad y salud en la ejecución de la obra, de los representantes de los

<sup>69</sup> GUTIÉRREZ ARRANZ, R.: «Comentario a la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 4, 2007, pp. 2 y ss.

<sup>70</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: «La Ley reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2007, pp. 815 y ss.

trabajadores de las distintas empresas ejecutivas y de la autoridad laboral competente en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la aprobación<sup>71</sup>.

Para asegurar la efectividad de esta novedosa regulación de la subcontratación en las obras de construcción, la Ley, de una parte, introduce un nuevo supuesto de responsabilidad solidaria del contratista y del correspondiente subcontratista, cuando éste incumpla las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el art. 4.2 LSC o el régimen de subcontratación establecido en el art. 5, respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social, derivadas de la ejecución del contrato acordado (art. 7.2), e incorpora, de otra, las oportunas modificaciones del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), tipificando las infracciones administrativas que pueden derivarse de la deficiente aplicación de dicha Ley. Este específico ámbito de responsabilidad empresarial se configura «sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social», es decir, se suma al régimen común de responsabilidades preexistente, ampliándolo. Y es que, con carácter general, lo previsto en la nueva norma no impide «la aplicación a las subcontrataciones que se realicen en el sector de la construcción de lo dispuesto en el art. 42 ET y en el resto de la legislación social» (art. 1.1 LSC)<sup>72</sup>.

El régimen jurídico, brevemente expuesto, se completa con una regulación pormenorizada de los cuatro aspectos en los que la LSC

llama al Reglamento: el registro de empresas acreditadas, el libro de subcontratación, las reglas de cómputo de los porcentajes de trabajadores indefinidos marcados y la simplificación documental de las obligaciones establecidas para las obras de construcción en el ordenamiento jurídico. El oportuno desarrollo de tales previsiones ha tenido lugar en virtud del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, cuya finalidad esencial vuelve a ser la misma: minorar las altas tasas de accidentalidad obrantes en el sector de la edificación, derivadas, entre otros factores, de la subcontratación de actividades.

La inscripción en el registro de empresas acreditadas tiene, a partir de esta norma reglamentaria, como principal efecto permitir a las entidades empresariales intervenir en los procesos de subcontratación en la construcción como contratistas o subcontratistas. Asimismo, dicho registro, competencia de las Comunidades Autónomas, deberá cumplir una importante función de transparencia en relación con los operadores del sector. Las empresas subcontratistas acreditarán el cumplimiento de los requisitos materiales que les marca la Ley mediante una declaración de su representante legal ante el mencionado registro, y la certificación de inscripción registral de la subcontratista, obtenida por la empresa comitente, servirá para entender cumplido el deber de vigilancia que pesa sobre ésta del cumplimiento por la subcontratista de las exigencias legales, si bien la inscripción no exime de la obligación de justificar en cualquier momento el mantenimiento de los requisitos que les marca la Ley cuando haya requerimiento a tal efecto.

Por su parte, el Real Decreto 1109/2007 se encarga de aclarar también que, como obligación de cada contratista, éstos deberán disponer del libro de subcontratación, habilitado y conforme modelo normalizado, con carácter previo a la subcontratación. Este libro será el equivalente, en el ámbito de las obras de construcción, del libro registro contemplado en el art. 42 ET que debe llevar la empresa principal a fin de reflejar la información sobre

<sup>71</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en AA. VV. (DE VAL TENA, A.L. y GARCÍA BLASCO, J., Coords.): «La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre», Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 39 y ss.

<sup>72</sup> VAL TENA, A.L.: «La subcontratación en el sector de la construcción y la extensión de las responsabilidades empresariales: viejos y nuevos supuestos», en AA. VV. (GARCÍA BLASCO, J., Dir.): «La subcontratación en el sector de la construcción». Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, que la desarrolla, 2ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 220.

las empresas contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo<sup>73</sup>. Este Libro se convierte en el principal instrumento de seguimiento y control de las operaciones de descentralización efectuadas, dejando constancia de los niveles de subcontratación alcanzados, así como de las empresas o trabajadores autónomos que intervienen. El acceso a la información vertida en el mismo presenta un elevado grado de extensión, en la medida en que tanto a los sujetos de la parte empresarial, así como al conjunto de órganos de representación de los intereses de los trabajadores les es asequible el conocimiento de aquélla, no en vano se encuentran habilitados para disponer de dicha información el promotor, la dirección facultativa, el coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución de la obra, los técnicos de prevención, los delegados de prevención, la autoridad laboral y los representantes de los trabajadores de las distintas empresas que hayan intervenido en la ejecución de la obra (art. 8.1 LSC)<sup>74</sup>.

Teniendo en cuenta que los trabajadores temporales sufren más accidentes que los fijos de plantilla<sup>75</sup>, no hay que olvidar tampoco cómo la LSC establece un número mínimo de vínculos indefinidos para cuantas empresas se dediquen a ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en este sector de la actividad, cuyos índices de peligrosidad superan con creces los de cualquier otro y en el cual la tasa de temporalidad es casi el doble que la del conjunto del empleo

asalariado<sup>76</sup>. Resulta obligatorio, por tanto, para las empresas, que pretendan actuar en el sector de la construcción como contratistas o subcontratistas, disponer de un nivel mínimo de empleo fijo en relación al volumen total de la plantilla (incluyendo tanto el personal que trabaja en oficinas como el que presta servicios a pie de obra). A tal fin se marcan unas referencias porcentuales a las que *supra* se hizo referencia, proyectables al tiempo que va transcurriendo desde la entrada en vigor de esta Ley para facilitar la adaptación de las estructuras empresariales a la nueva organización del trabajo que las exigencias legales establecen y al nuevo modelo de urbanismo<sup>77</sup>.

El pretendido incremento de trabajadores fijos de plantilla<sup>78</sup> no debe hacer olvidar, sin embargo, las dificultades de aplicación práctica de dicha pretensión, no en vano se trata de un sector en donde la variación de las dotaciones de mano de obra por efectos de la temporalidad es una característica implícita de la naturaleza de la actividad, que se debe intentar corregir. Por tal razón, la forma de cómputo que establece el desarrollo normativo de esta Ley, el cual tuvo lugar, como ya consta, por Real Decreto 1109/2007, atiende a unos parámetros novedosos en el ordenamiento jurídico español, caracterizados por los dos siguientes aspectos: la flexibilidad en

<sup>73</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», Relaciones Laborales, núm. 21, 2007, pp. 91 y ss.

<sup>74</sup> RAMOS QUINTANA, M.I.: «Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial», Bomarzo, Albacete, 2007, p. 114.

<sup>75</sup> Tan sólo el 18,4 por 100 de los accidentes de trabajo en la construcción los sufren los trabajadores indefinidos, mientras que este porcentaje se eleva al 81,6 por 100 en el caso de empleados temporales. CALVO GALLEGU, J.: «La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción», Temas Laborales, núm. 87, 2006, p. 24.

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «El derecho de las contratas entre la licitud y la prevención», Revista de Derecho Social, núm. 36, 2006, p. 52.

<sup>77</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): «La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción», Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 70.

<sup>78</sup> MERINO SEGOVIA, A.: «Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», Bomarzo, Albacete, 2006, p. 56 ó GARCÍA BLASCO, J.: «El nuevo régimen jurídico de la subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de la Ley 32/2006 y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas», en AA. VV. (DE VAL TENA, A.L. y GARCÍA BLASCO, J., Coord.): «La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre», Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 39 y ss.

el cómputo, al tomar un período de referencia de doce meses con objeto de evitar exigencias desproporcionadas que resultarían de aplicar las reglas de forma diaria y mensual; y la estricta proporcionalidad que se mantiene en la exigencia del porcentaje, al tomar como base los días trabajados por los trabajadores temporales e indefinidos a lo largo de esos doce meses<sup>79</sup>. Su finalidad no es otra que terminar con la inveterada costumbre de crear empresas constructoras con una estructura material y laboral minimalista.

El mecanismo habilitado se basa en dos cálculos relativamente sencillos y en la comparación de sus resultados. En primer lugar, se hallaría la dimensión laboral de la empresa mediante la división por trescientos sesenta y cinco de la suma de todos los días trabajados por cualquier empleado por cuenta ajena durante los últimos doce meses anteriores al momento del cálculo. Y ello, por tanto, con independencia de si siguen o no trabajando para la empresa y del tipo de contrato o de su duración superior o inferior al año, si bien no parece que puedan computarse los cedidos por empresas de trabajo temporal. A estos efectos, se tendrán en cuenta, además, tanto los días efectivamente trabajados, como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los períodos en que se mantenga la obligación de cotizar<sup>80</sup>.

Una vez obtenido este total, en segundo lugar, se calculará sobre el mismo el porcentaje que debería ser cubierto con trabajadores indefinidos, esto es, el 30 por 100 dada la fecha actual. Y finalmente, como tercer paso, se comparará este dato con el resultado de dividir,

nuevamente entre trescientos sesenta y cinco, la totalidad de días trabajados por empleados con contratos indefinidos, incluidos los fijos discontinuos, durante el mismo período de tiempo de doce meses o el inferior específico para las empresas de nueva creación. En estos casos la principal duda sería cómo computar los días que durante ese período hayan trabajado aquellos empleados con contratos temporales posteriormente convertidos en indefinidos. El tenor literal de la norma parece apoyar el cómputo tan sólo de los días trabajados con esa última condición, pero quizás no sea esa la solución más adecuada atendiendo a la finalidad del precepto, pues impediría que una empresa pudiera rápidamente ajustarse a las exigencias de la norma. De ahí que parezca más razonable computar todos los días trabajados por esos empleados con independencia de que en el momento de prestar los servicios lo hicieran bajo una relación temporal. Desde esta misma perspectiva, tampoco podrán computar como trabajadores indefinidos los mal denominados «fijos de obra», figura prevista, como ya consta, en la negociación colectiva y que permite a un trabajador participar sucesivamente en varias construcciones durante un período máximo de tres años, o incluso más si los trabajos de su especialidad se extienden más allá del citado plazo, prolongándose éste hasta la terminación de la última obra emprendida<sup>81</sup>. Así pues, pese a su denominación, no se trata de trabajadores indefinidos y, por lo tanto, sólo pueden sumarse en la plantilla global de la empresa como trabajadores temporales<sup>82</sup>.

En definitiva, el paso dado por la LSC en cuanto a la exigencia de estabilidad en el empleo ha sido de gigante, y bien podría extenderse a todos los procesos de subcontratación de parcelas de la actividad privada o pública

<sup>79</sup> PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «La subcontratación en el sector de la construcción. A propósito de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula la misma y de su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto», *Tirant on Line*, núm. 1.126.932, 2007, p. 8.

<sup>80</sup> GARCÍA BLASCO, J. y AGUILAR MARTÍN, M.C.: «La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007», *Aranzadi Social*, núm. 17, 2009, pp. 77 y ss.

<sup>81</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C., «El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, pp. 21 y ss.

<sup>82</sup> TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto», *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007, p. 5.

como avanzadilla para la lucha contra la precariedad y la temporalidad en beneficio de la reducción de los índices de siniestralidad<sup>83</sup>. Al tiempo, esta Ley no trata de erradicar el fenómeno de la subcontratación ni de auspiciar que todos los trabajadores pertenezcan a la empresa principal, pero sí de que existan estrictos controles que aseguren que las empresas contratistas y subcontratistas no eludan sus responsabilidades, ofrezcan garantías y cumplan adecuadamente con sus obligaciones de seguridad, estando provistas de una organización, capacidad económica, medios técnicos eficaces, maquinaria y trabajadores formados para obtener una producción competitiva, de calidad y desarrollada en condiciones tales que no pongan en riesgo la seguridad y salud de los asalariados<sup>84</sup>, aspectos todos ellos a valorar muy positivamente en el nuevo urbanismo y las actividades empresariales que conlleva. No obstante, la promulgación de esta Ley, pese a sus importantes avances, no ha solucionado del todo los índices elevados de siniestralidad en el sector, caracterizado por una peligrosidad inherente a las tareas desarrolladas no sólo en las obras de nueva planta, sino también, en lo que ha merecido menos atención por cuanto al diseño de las medidas preventivas, en trabajos de mantenimiento, rehabilitación y análogos, donde la intervención de microempresas y de trabajadores autónomos es muy destacada, debido al mayor detalle y especialización de los trabajos a desarrollar.

#### 4.4. Facilidades legales y restricciones convencionales a la intervención de empresas de trabajo temporal

Desde el punto de vista económico-productivo, resulta interesante para las organizaciones dedicadas a la regeneración y rehabilitación urbanas poder recurrir a las empresas de trabajo

temporal (ETTs), cuya actividad principal sigue constituyendo, pese a ampliaciones posteriores, en suministrar, en régimen de exclusividad y de monopolio, trabajadores de manera temporal a empresas usuarias, máxime cuando la puesta al día de la Ley 14/1994 por la Ley 35/2010 flexibiliza los requisitos exigidos al efecto, no en vano su objetivo fue dar solución a un problema de legalidad comunitaria transponiendo la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre<sup>85</sup>, no transformar o actualizar su contenido<sup>86</sup>, pues se limita a consagrar y definir el principio de igualdad de condiciones de trabajo para los trabajadores en misión, a reconocer a los cedidos un derecho de acceso a empleos vacantes en las empresas usuarias, a las instalaciones comunes y a la formación profesional, a asegurar la representación de los mismos y a ampliar los derechos de información, al tiempo que procede a revisar la prohibición relativa a la posible intervención de las ETTs cuando de trabajos peligrosos se trata.

Conviene recordar que, con anterioridad a este régimen, el art. 8 Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, contemplaba un listado de trabajos para los cuales resultaba taxativamente prohibida la cesión<sup>87</sup>. La cuestión procedía del art. 5.1 Directiva 91/383, que permitía tal exclusión, o, en su defecto, la provisión de un control médico especial que pudiera, incluso, extenderse una vez concluida la relación laboral. El legislador interno, tomando como referente el Code du Travail francés, optó por la primera hipótesis en la redacción del derogado art. 8. b) LETT de 1994, en virtud del cual «las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición... para la realización de actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente», lo cual tuvo lugar, de for-

<sup>85</sup> DOCE L 327, de 5 de diciembre de 2008.

<sup>86</sup> CALVO GALLEGOS, F.J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal», Relaciones Laborales, núms. 21-22, 2010, p. 160.

<sup>87</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: «Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal (notas al Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero)», Relaciones Laborales, núm. 10, 1999, p. 100.

<sup>83</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución», Bomarzo, Albacete, 2008, p. 115.

<sup>84</sup> MERINO SEGOVIA, A.: «Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción», Bomarzo, Albacete, 2006.

ma tardía, a través del mencionado art. 8 Real Decreto 216/1999.

La enumeración *numerus clausus* efectuada por este precepto reglamentario se circunscribía a las nueve actividades siguientes<sup>88</sup>:

1.- Trabajos en obras de construcción a los que se refiere el Anexo II Real Decreto 1627/1997, en el cual se contemplaba una relación no exhaustiva de trabajos que implican riesgos especiales, a saber<sup>89</sup>:

a) Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados o el entorno del puesto de trabajo.

b) Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos supongan un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible.

c) Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas.

d) Trabajos que expongan a riesgos de ahogamiento por inmersión.

e) Obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos.

f) Trabajos realizados en inmersión con equipos subacuáticos.

g) Trabajos realizados en cajones de aire comprimido.

h) Trabajos que impliquen riesgos de explosivos.

i) Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados.

2.- Trabajos de minería a cielo abierto y de interior a los que se refiere el art. 2 Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en actividades mineras, que requieran el uso de técnica minera. El Real Decreto 1389/1997 entiende por «industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas» todas aquéllas que realicen alguna de las siguientes actividades:

a) De extracción propiamente dicha de sustancias minerales al aire libre o bajo tierra, incluso por dragado.

b) De prospección con vistas a dicha extracción.

c) De preparación para la venta de las materias extraídas, excluidas las actividades de transformación de dichas sustancias.

d) De perforación o excavación de túneles o galerías, cualquiera que sea su finalidad, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa relativa a las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

3.- Trabajos propios de industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre a los que se refiere el art. 109 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, modificado por el Real Decreto 150/1996, de 2 de febrero, esto es, todas las industrias que realizan actividades de extracción propiamente dicha de minerales por perforación de sondeos y/o prospección con vistas a dicha extracción y/o de preparación para la venta de las materias extraídas, excluidas las actividades de transformación de las materias extraídas.

<sup>88</sup> AGRA VIFORCOS, B.: «La prevención de riesgos laborales de los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal», en AA. VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): «La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo», Junta de Castilla y León, Valladolid, 2007, pp. 176 y ss.

<sup>89</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Capítulo IX. Protección de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo», en AA. VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): «La seguridad y salud en el trabajo a través de los convenios colectivos de Castilla y León», Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006, pp. 216-217.

#### 4.- Trabajos en plataformas marinas.

5.- Trabajos directamente relacionados con la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos o instrumentos que contengan explosivos, regulados por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero.

6.- Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, modificado por Real Decreto 1439/2010, de 5 de noviembre (en realidad la remisión se efectuaba al ya derogado Real Decreto 53/1992).

7.- Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, que aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, y sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico (en realidad, menciona el Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio, ya derogado).

8.- Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 (aquellos que puedan causar una enfermedad grave en el hombre y presenten un serio peligro para los trabajadores, con riesgo de que se propague a la colectividad y existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz) y 4 (aquellos que, causando enfermedad grave en el hombre, suponen un serio peligro para los trabajadores con muchas posibilidades de que se propague a la colectividad y sin que exista generalmente una profilaxis o tratamiento especial), según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

#### 9.- Trabajos eléctricos de alta tensión.

En la actualidad, sin embargo, la Ley 35/2010 ha modificado el párrafo b) del art. 8 LETT, e incorporando una nueva disposición adicional segunda a esta Ley mucho más restringida que el régimen anterior, vetando la intervención de las ETTs únicamente en los tres supuestos siguientes<sup>90</sup>: radiaciones ionizantes en zonas controladas (según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, modificado por Real Decreto 1439/2010, de 5 de noviembre), agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera o segunda categoría (según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero) y agentes biológicos de los grupos 3 y 4 (según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo)<sup>91</sup>.

Se ha sustituido, por tanto, la técnica legislativa de remisión al reglamento para determinar los sectores especialmente peligrosos, que se contemplaban en el art. 8 Real Decreto 216/1999, por una regulación de carácter legal referida a ciertos trabajos y ocupaciones, razón por la cual este precepto reglamentario ha de entenderse derogado, si bien sus anteriores letras f), g) y h) coinciden con las nuevas letras a), b) y c) del apartado 1 de la disposición adicional segunda LETT, procediendo a la oportuna actualización de las referencias a las que se remitían, algunas de ellas sustituidas por otras posteriores. Estas previsiones, de derecho necesario absoluto, indisponibles por la negociación colectiva, han de interpretarse, además, de la forma más restrictiva posible, esto es, debiendo entenderse prohibidos únicamente aquellos trabajos concretos donde la exposición a los agentes y factores de riesgo referidos venga «cualificada» por su consideración peligrosa en función de la «actividad» en su acepción más lejana a la generalidad del

<sup>90</sup> DORREGO DE CARLOS, A.: «La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las empresas de trabajo temporal», *La Ley*, núm. 7488, 2010, pp. 28 y ss.

<sup>91</sup> CALDERÓN PASTOR, F.J.: «Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajos», *Información Laboral. Jurisprudencia*, núm. 8, 2010, pp. 13-14.

término «sector», teniendo en cuenta, además, que esta consideración sólo puede venir avalada, además, por una evaluación concreta de riesgos en los que el trabajo conlleve un peligro grave en función de la severidad y probabilidad de la exposición<sup>92</sup>.

Se abre, por tanto, la posibilidad de que los trabajadores de una ETT puedan ser contratados para realizar trabajos peligrosos e insalubres tradicionalmente vetados en dicho ámbito, como la construcción, las industrias extractivas, la minería, la manipulación de explosivos, el trabajo en tendidos eléctricos o la sanidad. A estos efectos, conviene aclarar que la Ley 35/2010 prorroga hasta el 1 de abril de 2011 –ampliando en tres meses el plazo establecido en el Real Decreto Ley 10/2010– las prohibiciones hasta ese momento vigentes, estableciendo un breve período de tiempo, hasta el 31 de marzo de 2011, para que los acuerdos interprofesionales o la negociación colectiva de ámbito estatal establezcan, de forma motivada, en las actividades, recogidas anteriormente en el art. 8 Real Decreto 216/1999, que no se han incorporado a la nueva disposición adicional segunda LETT (en referencia a construcción, minería a cielo abierto y de interior, industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, plataformas marinas, fabricación, manipulación y utilización de explosivos y trabajos con riesgos eléctricos de alta tensión), limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición para determinados empleos u ocupaciones de especial peligrosidad.

Por si fuera poco, esta posibilidad de intervención convencional no sólo se construye por el plazo marcado y el contenido de las tareas sino también por el cumplimiento de unos estrictos requisitos: habrán de referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas, sin que quepan, por tanto, exclusio-

<sup>92</sup> CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y BLASCO DE LUNA, F.J.: «La Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal», en AA. VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: Dirs.): «La Ley 35/2010, de 17 de diciembre», Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 309.

nes globales relativas a sectores enteros de la actividad; deberán justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos afectados; y tendrán que fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral<sup>93</sup>.

Esto implica, sin lugar a dudas, un control administrativo y judicial sobre los acuerdos tomados por los sujetos negociadores para evitar posibles restricciones intencionadas que intenten eludir lo prescrito por la norma<sup>94</sup>. Y, también, supone una particular proyección sobre las numerosas cláusulas contenidas en la negociación colectiva que vienen restringiendo o directamente prohibiendo el uso de las ETTs, pues, a partir de ahora, si quieren seguir siendo válidas habrán de justificar la concurrencia de razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo<sup>95</sup>.

Contando con esta habilitación legal, sobre la que no se pronuncia el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Empresas de Trabajo Temporal, el Anexo VII CCSC recoge un listado de puestos de trabajo y/o trabajos asociados a estos puestos de trabajo limitados para la realización de contratos de puesta a disposición por motivos de seguridad y salud en este sector, incluyendo una justificación explícita de tal limitación, que puede ser absoluta o relativa, atendiendo a la siguiente clasificación en cinco epígrafes:

<sup>93</sup> LÓPEZ LÓPEZ, J. y CHACARTAGUI JÁVEGA, C.: «Intermediación en el mercado de trabajo y empresas de trabajo temporal en la reforma 2010: sobre la violación de derechos fundamentales», en AA. VV. (BAYLOS GRAU, A., Dir.): «Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral», Bomarzo, Albacete, 2011, p. 129.

<sup>94</sup> CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y BLASCO DE LUNA, F.J.: «La Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal», cit., p. 327.

<sup>95</sup> MORÓN PRIETO, R.: «Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Comentarios a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre», Quantor, Madrid, 2010, pp. 66-67.

A) construcción y obras públicas; B) Conservación y mantenimiento de carreteras y líneas férreas; C) Canteras, areneras y graveras; D) Obras marítimas; y E) Comercio de Construcción. De interés al objeto del presente estudio es el apartado A) y el E). En este último, todos los puestos de trabajo están permitidos, mientras en el primero se encuentran totalmente prohibidos a la intermediación de ETTs los puestos de encargado-capataz, jefe de laboratorio, artillero, cantero, marmolista, montador de aparatos de elevación, montador de andamios, pocero, soldador de estructuras metálicas, soldadores y oxicrotadores y tejeros. Además, se encuentran limitados de forma relativa los siguientes: administrativo obra; auxiliar de laboratorio; auxiliar de topografía; jefe de obra; mecánico; técnico de prevención en obra; topógrafo; albañil; carpintero de aluminio, metal y PVC; carpintero de madera; cerrajero; chapista industrial; colocador de pavimentos ligeros; colocador de prefabricados; colocador de techos técnicos; conductor de camión; cristallero; electricista; encofrador; escayolista/yesista; ferrallista; fontanero; gruísta; implantador de medidas de seguridad; instalador calefacción y ACS; instalador de gas; instalador de impermeabilizaciones; mampostero; mantenedor/mecánico industrial; montador de estructuras metálicas; operador de maquinaria; pintor señalista OC; pintor/empapelador; pulidor abrillantador suelos; revocador revestidor/esquistista; solador alicatador; peón.

El propio CCSC aclara que estos puestos de trabajo no podrán prestarse por contrato de puesta a disposición por parte de una ETT cuando impliquen riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores por ser: 1) Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída en altura, por las particulares características de la actividad desarrollada los procedimientos aplicados o el entorno del puesto de trabajo. 2) Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos supongan un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible. 3) Trabajos con exposición a radiaciones

ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas. 4) Trabajos en la proximidad de líneas eléctricas de alta tensión. 5) Trabajos que expongan a riesgos de ahogamiento por inmersión. 6) Obras de excavación en túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos. 7) Trabajos realizados en inmersión con equipos subacuáticos. 8) Trabajos realizados en cajones de aire comprimido. 9) Trabajos que impliquen el uso de explosivos. 10) Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados. Recoge, por tanto –permítase la reiteración de contenidos– los mismos ítems que aparecían en el Real Decreto derogado.

#### 4.5. La importancia de la existencia de figuras técnicas cualificadas con competencias claras

Pese a los avances, la accidentabilidad del sector sigue siendo elevada y sólo será mitigable, en afirmación reiterada en varias ocasiones a lo largo de este estudio, con una adecuada política de formación y capacitación de los trabajadores, tal y como se desprende de lo previsto en el propio CCSC, pero teniendo en cuenta que las nuevas formas de trabajar en la construcción sostenible se encuentran muy alejadas del urbanismo expansivo de épocas pasadas, pues ahora se busca reducir al mínimo el uso de agua, materias primas, energía, suelo... a lo largo del ciclo completo de la vida de los edificios, que estarán ubicados en un entorno marcado por el equilibrio entre los espacios para vivir, trabajar, hacer compras, disfrutar del ocio, contar con servicios públicos y disponer de una red de transporte adecuada. A tal fin tendrá una importancia destacada la existencia de figuras cualificadas con competencias definidas, pudiendo hacer mención a las siguientes fundamentales:

##### 4.5.1. Evaluadores de edificios

La regulación del informe de evaluación de edificios que realizan los arts. 29 y 30 TR-

LSRU viene a sustituir a la precedente inspección técnica o periódica de construcciones y edificaciones recogida en el Real Decreto Ley 8/2011, y en determinadas normativas autonómicas<sup>96</sup>, incluyendo ahora además de la evaluación del estado de conservación del edificio (clásica inspección técnica de edificios), también la de las condiciones básicas de accesibilidad universal, movilidad y cohesión social, así como de eficiencia energética, esta última regulada en el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril<sup>97</sup>. Este nuevo documento se asienta sobre el deber de conservación que atañe a todo propietario del inmueble, si bien se eleva sobre él para conectar de forma más ambiciosa con el cambio de rumbo urbanístico. Se erige así en un instrumento al servicio de la obligación tradicional que tiene el propietario de garantizar en todo momento la seguridad, la salubridad y el ornato del inmueble, pero con él se aspira también, simultáneamente, a mejorar e incrementar la sostenibilidad ambiental, social y económica del propio núcleo urbano (art. 15 TRLSRU)<sup>98</sup>, incidiendo también de forma positiva en la salud de los trabajadores que asumirán la ejecución del proyecto de re-

novación, rehabilitación o regeneración urbanas y también en las condiciones de trabajo de los técnicos competentes para la confección de estos informes.

A la vista del contenido mínimo que exige para el informe de evaluación de edificios el art. 29.2 TRLSRU, se trataría, en definitiva, de allegar información y elaborar una base de datos que permita establecer una racionalidad en las políticas de rehabilitación de edificios, regeneración y renovación urbanas, fomentando la sostenibilidad de los entornos urbanos y un adecuado análisis de la viabilidad técnica de las diversas propuestas efectuadas a tal efecto, así como de su coste-beneficio<sup>99</sup>. Según el TRLSRU están obligados los propietarios de inmuebles ubicados en edificios de tipología residencial de vivienda colectiva que tengan una antigüedad superior a los 50 años, entendiéndose por tal edificio: «el compuesto por más de una vivienda, sin perjuicio de que pueda contener, de manera simultánea, otros usos distintos del residencial. Con carácter asimilado se entiende incluida en esta tipología, el edificio destinado a ser ocupado o habitado por un grupo de personas que, sin constituir núcleo familiar, compartan servicios y se sometan a un régimen común, tales como hoteles o residencias». En principio, y salvo que así lo exija la normativa autonómica o municipal, están excluidas las viviendas unifamiliares.

También están obligados a su confección los propietarios de cualquier edificio, con independencia de su antigüedad, cuando pretendan solicitar ayudas públicas para realizar obras de conservación, de accesibilidad universal o eficiencia energética, y siempre con anterioridad a la formalización de la petición de la correspondiente ayuda. Por lo demás, la normativa autonómica o municipal puede exigir el informe de evaluación de edificios para el resto de los edificios, pudiendo establecer especialidades de aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüe-

<sup>96</sup> Sobre los antecedentes de esta figura, CASARES MARCOS, A.: «Informe de evaluación de edificios y eficiencia energética», Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 39, 2016, pp. 29 y ss.

<sup>97</sup> Que, a tenor de lo previsto en el art. 1, distingue entre certificado de eficiencia energética del proyecto (documentación suscrita por el técnico competente como resultado del proceso de certificación, que contiene información sobre las características energéticas y la calificación de eficiencia energética del proyecto de ejecución), *certificado de eficiencia energética del edificio terminado* (documentación suscrita por el técnico competente por el que se verifica la conformidad de las características energéticas y la calificación de eficiencia energética obtenida por el proyecto de ejecución con la del edificio terminado) y *certificado de eficiencia energética de edificio existente* (documentación suscrita por el técnico competente que contiene información sobre las características energéticas y la calificación de eficiencia energética de un edificio existente o parte del mismo), entendiéndose que el certificado de eficiencia energética de un edificio de nueva construcción o parte del mismo consta de dos fases: la certificación de eficiencia energética del proyecto y la certificación energética del edificio terminado.

<sup>98</sup> RAMOS MEDRANO, J.A.: «Los deberes urbanísticos de los propietarios del suelo», Dykinson, Madrid, 1996, p. 84.

<sup>99</sup> CASARES MARCOS, A.: «Informe de evaluación de edificios y eficiencia energética», cit., p. 39.

dad, tipología o uso predominante<sup>100</sup>. Este informe de evaluación de edificios tendrá una periodicidad mínima de diez años, pudiendo establecer las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos una cadencia menor y contando además con un cronograma pautado por la disposición transitoria 2ª TRLSRU<sup>101</sup>.

Aclarado el ámbito objetivo y subjetivo del informe en cuanto a los diversos extremos que integran su contenido y los sujetos obligados a su disposición, procede centrar la atención sobre los técnicos considerados competentes, conforme a la normativa vigente, para su suscripción, teniendo en cuenta su repercusión sobre el repunto del empleo cualificado, desarrollado en condiciones saludables. No obstante, antes de entrar en esta cuestión, es menester aclarar que el Tribunal Constitucional ha reconocido la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos del Real Decreto Ley 8/2011 que regulaban la anterior inspección técnica de edificios, por entender que se trataba «de una técnica o instrumento pro-

piamente urbanístico», que tenía «por finalidad prevenir y controlar las irregularidades o ilegalidades urbanísticas, así como comprobar el cumplimiento del deber de conservación que corresponde a los propietarios», circunstancias que «se incardinan con claridad en la materia de urbanismo, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas que a éstas corresponde regular, sin que el art. 149.1.1, 13 y 23 CE otorgue al Estado cobertura para proceder al establecimiento de previsiones sobre requisitos, características y plazos de la actividad inspectora<sup>102</sup>. Recientemente –y en esta misma línea–, el Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucional la regulación que el TRLSRU establece sobre la evaluación de los edificios al invadir competencias autonómicas<sup>103</sup>.

Con la prudencia que exige el análisis de la nueva regulación más amplia del informe de evaluación de edificios incorporada al TRLSRU a la vista de la citada doctrina del Tribunal Constitucional, lo cierto es que, como ya consta, con este instrumento se pretenden alcanzar diversos objetivos, entre ellos y de forma inicial del que se pueden derivar actuaciones variadas, dotar a las Administraciones Públicas de un medio adecuado para conocer el estado del parque edificado como residencia de vivienda colectiva<sup>104</sup> en lo correspondiente a la conservación de los edificios, las condiciones básicas de accesibilidad universal y eficiencia energética; objetivos que son mucho más ambiciosos que los más limitados que estaban en

<sup>100</sup> MENÉNDEZ REXACH, A.: «El informe de evaluación de edificios en la Ley 8/2013», Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales, núm. 179, 2014, p. 63.

<sup>101</sup> a) Los edificios de tipología residencial de vivienda colectiva que, a fecha 28 de junio de 2013, tuvieran ya una antigüedad superior a 50 años, el día 28 de junio de 2018, como máximo. b) Los edificios de tipología residencial de vivienda colectiva que vayan alcanzando la antigüedad de 50 años, a partir del 28 de junio de 2013, en el plazo máximo de cinco años, a contar desde la fecha en que alcancen dicha antigüedad. Tanto en los supuestos de esta letra, como en los de la letra a) anterior, si los edificios contasen con una inspección técnica vigente, realizada de conformidad con su normativa aplicable, antes del 28 de junio de 2013, sólo se exigirá el Informe de Evaluación cuando corresponda su primera revisión de acuerdo con aquella normativa, siempre que la misma no supere el plazo de diez años, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si así fuere, el Informe de Evaluación del Edificio deberá cumplimentarse con aquellos aspectos que estén ausentes de la inspección técnica realizada. c) Los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas con el objetivo de acometer obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, en fecha anterior a la formalización de la petición de la correspondiente ayuda. d) El resto de los edificios, cuando así lo determine la normativa autonómica o municipal, que podrá establecer especialidades de aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüedad, tipología o uso predominante.

<sup>102</sup> STCo 5/2016, de 21 de enero.

<sup>103</sup> STCo 143/2017, de 14 de diciembre.

<sup>104</sup> Se encuentran sometidos a esta obligación: a) Los edificios de la tipología supra referenciada con una antigüedad de 50 años, en el plazo máximo de 5 años a contar desde la fecha en que alcancen esa antigüedad, salvo que ya cuenten con una inspección técnica vigente; b) Los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas con el objetivo de acometer obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, con anterioridad a la formulación de la correspondiente ayuda. c) El resto de los edificios, cuando así lo determine la normativa autonómica o municipal, que podrá establecer especialidades de aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüedad, tipología o uso predominante.

la base de la anterior inspección técnica de edificios, toda vez que estos se hallaban vinculados únicamente al cumplimiento del deber de conservación<sup>105</sup>. La incorporación de la nueva herramienta al texto refundido de la Ley se justifica por un doble motivo: de un lado, en razón de la escasa eficiencia energética de los edificios integrantes del parque residencial, comercial y de los inmuebles públicos; de otro, atendiendo a la necesidad de contar con un único instrumento más eficiente en materia de accesibilidad y de conservación de los edificios, que aglutine tres aspectos separables, esto es, el informe técnico, la accesibilidad y la certificación energética<sup>106</sup>.

Aun cuando el art. 30 TRLSRU pretende aclarar los requisitos de capacitación que deben cumplir quienes se dediquen profesionalmente a la confección del informe de evaluación de edificios, indicando, en primer lugar, que han de ser bien técnicos facultativos competentes que actuarán como trabajadores autónomos, bien entidades de inspección registradas siempre que cuenten con dichos técnicos, lo cierto es que esta identificación no está exenta de dificultades al encontrarse afectados intereses de diferentes colectivos de profesionales, cuyas tensiones competenciales se han visto agravadas por la devastadora crisis económica que desde hace unos años ha venido rondando a la construcción<sup>107</sup>.

A la luz del art. 30.1 TRLSRU, para ser técnico facultativo competente en esta materia es necesario estar «en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de

obras de edificación, según lo establecido en la LE, o haya acreditado la cualificación necesaria para la realización del informe, según lo establecido en la disposición final 1ª», disposición que deslegaliza la cuestión para remitirla a un posterior desarrollo reglamentario, de modo que, conforme a su tenor literal, «tanto las cualificaciones requeridas para suscribir estos informes como los medios de acreditación correspondientes serán determinados mediante Orden de los Ministros de Industria, Energía y Turismo, y de Fomento, tomándose en consideración, a estos efectos, la titulación, la formación, la experiencia y la complejidad del proceso de evaluación». Por tanto, el TRLSRU establece dos vías para la identificación de los profesionales competentes para la suscripción de los informes de evaluación de edificios. Conforme a la primera, tomando en consideración lo dispuesto por los arts. 10, 12 y 13 LE en relación con el proyectista, el director de la obra y el director de la ejecución de la obra de edificación de «uso residencial en todas sus formas», podrán suscribir tal informe quienes estén en la posesión académica y profesional habilitante de arquitecto o arquitecto técnico. De acuerdo con la segunda, el desarrollo reglamentario previsto por la disposición final 1ª podrá extender esta capacitación a otros profesionales que acrediten, en los términos que al efecto se dispongan, la cualificación necesaria para la realización del informe, señaladamente a ingenieros o ingenieros técnicos, en su caso<sup>108</sup>.

Dado que la Orden Ministerial referida todavía no se ha promulgado, procede tener en cuenta la nota informativa de la Subdelegación General de Urbanismo de 14 de enero de 2014, en virtud de la cual se atribuye la posibilidad de actuar en este campo únicamente a los «arquitectos o arquitectos técnicos», excluyendo a los ingenieros e ingenieros técnicos. Y ello porque, atendiendo a lo previsto en la Ley 38/1999, las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de pro-

<sup>105</sup> MENÉNDEZ REXACH, A.: «El informe de evaluación de los edificios en la Ley 8/2013», cit., pp. 13 y ss.

<sup>106</sup> ARROYO YANES, L.M.: «El papel de la Administración Local en el impulso y fomento de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas», en AA. VV. (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): «Urbanismo sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 153 y ss.

<sup>107</sup> MENÉNDEZ REXACH, A.: «El informe de evaluación de los edificios en la Ley 8/2013», cit., pp. 63 y ss.

<sup>108</sup> CASARES MARCOS, A.: «Informe de evaluación de edificios y eficiencia energética», cit., p. 50.

yectos, dirección de obras o dirección de ejecución de obras de edificación, referenciadas en sus arts. 10, 12 y 13, varían en función del uso de los edificios. De esta forma, el informe aquí analizado, en tanto se exige a los edificios de tipología residencial de vivienda colectiva, encuadrados dentro del apartado 1, letra a) del art. 2.1 Ley 38/1999 (que literalmente alude al uso «administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural») corresponde a arquitectos y arquitectos técnicos<sup>109</sup>. Sin perjuicio de que ingenieros e ingenieros técnicos puedan suscribir otros informes para los edificios de usos referidos en el apartado b) del art. 2.1 Ley 38/1999 (aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones; del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación) o puedan asumir también la realización, si se hace de manera separada, de la certificación de la eficacia energética del edificio.

Esta interpretación restrictiva, admitida por algún pronunciamiento judicial<sup>110</sup>, es cuestionada por el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 18 de diciembre de 2014, que considera carente de soporte legal la atribución de la competencia para elaborar el informe de evaluación de edificios exclusivamente a arquitectos y arquitectos técnicos, no en vano la Ley 38/1999 no regula la actividad de evaluación de edificios, sino de proyección o construcción de los mismos, esto es, el proceso de edificación (entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, a tenor del art. 2.1), de modo que todos los que cuenten con el título profesional reseñado en esta Ley (arquitecto, arquitecto técnico, in-

geniero o ingeniero técnico) podrían ejercer libremente esta actividad, sin perjuicio de que pudiera extenderse a otras titulaciones por norma reglamentaria. Y ello porque los informes de evaluación de edificios no tienen naturaleza de proyectos de obras (como indica la Ley 38/1999 respecto de los proyectos de edificación), pues recaen sobre una edificación ya ejecutada y terminada, ni tampoco de dirección de obras o dirección de ejecución, sino que se trata de una actividad distinta. Otra tesis diferente, siguiendo con la argumentación de esta Comisión, supondría una cortapisa a la competencia efectiva en el mercado de servicios profesionales, capaz de ocasionar un aumento del precio de los informes. A mayor abundamiento, tras la transposición en España de la Directiva 2006/123 (principalmente a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y de la Ley 20/2013), el establecimiento y mantenimiento de reservas de actividad a ciertos profesionales ha de justificarse a partir de una imperiosa razón de interés general, a la luz de los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, por norma de rango legal, siguiendo la estela de la doctrina judicial existente relativa a las competencias de las profesiones reguladas<sup>111</sup>. En esta misma línea profundiza el informe económico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la reserva de actividad de arquitectos y arquitectos técnicos en la inspección técnica de edificios de viviendas en Cataluña, de 16 de diciembre de 2015, donde pone claramente de manifiesto las excesivas reservas de actividad de los arquitectos y arquitectos técnicos en comparación con otros servicios profesionales.

<sup>111</sup> Por todas, STS, Cont-Admto, 24 mayo 2011 (TOL 2.139.528), que afirma que «al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido».

<sup>109</sup> [www.iee.fomento.gob.es](http://www.iee.fomento.gob.es)

<sup>110</sup> SSTSJ, Cont-Admto, Castilla y León 16 noviembre 2012 (rec. 281/2011), Galicia 16 enero 2014 (rec. 4458/2013), Cataluña 30 octubre 2014 (rec. 40/2011) ó La Rioja 29 enero 2015 (rec. 25/2014).

El propio Tribunal Supremo se ha pronunciado, aun cuando parcialmente, sobre esta cuestión a raíz de un recurso interpuesto por el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España frente a la regulación que el Real Decreto 235/2013 ofrecía en relación con la cualificación profesional requerida para la elaboración de la certificación de eficiencia energética, entendiéndose que ingenieros e ingenieros técnicos están capacitados para la elaboración de la citada certificación de eficiencia energética<sup>112</sup>, si bien no entra en el informe de evaluación de edificios, que parece seguir atribuido a los arquitectos atendiendo al uso del suelo afectado. Cabe recordar que, de conformidad con lo previsto en el art. 29.2 c) TRLSRU, el informe de evaluación de edificios incluirá también «la certificación de la eficiencia energética del edificio, con el contenido y mediante el procedimiento establecido para la misma por la normativa vigente». Como ya consta, esta parte concreta del informe de evaluación de edificios, si se hace de forma separada, puede ser suscrita por los técnicos habilitados por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, modificado por Real Decreto 564/2017, de 2 de junio, en virtud del que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios. El art. 8 de este Real Decreto determina cómo «el certificado de eficiencia energética de un edificio existente será suscrito por técnico competente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.3 p), que será elegido libremente por la propiedad del edificio. En el proceso de certificación energética el técnico competente podrá contar con la colaboración de técnicos ayudantes del proceso de certificación energética de edificios, tanto para la toma de datos, el empleo de herramientas y programas informáticos reconocidos para la calificación energética y la definición de medidas de mejora de la eficiencia energética, como para gestionar los trámites administrativos y la documentación relacionada con los procesos de inspección y certificación energética». A ma-

yor abundamiento, el apartado p) del art. 1.3 define al «técnico competente» a los efectos de la certificación energética como aquel «técnico que esté en posesión de cualquiera de las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación o para la realización de proyectos de sus instalaciones térmicas, según lo establecido en la Ley 38/1999... o para la suscripción de certificados de eficiencia energética, o haya acreditado la cualificación profesional necesaria para suscribir certificados de eficiencia energética según lo que se establezca mediante la Orden prevista en la disposición adicional cuarta» en relación con el apartado 1.2 p) in fine Real Decreto 235/2013. Por su parte, el apartado q) del art. 1.3 dispone que el «técnico ayudante del proceso de certificación energética de edificios es aquél que esté en posesión de un título de formación profesional, entre cuyas competencias se encuentran la colaboración como ayudante del técnico competente en el proceso de certificación energética de edificios», en referencia al nivel 3 dentro de la familia profesional de energía y agua (ENA 358\_3)<sup>113</sup>. En fin, la disposición adicional 4ª Real Decreto 235/2013 dispone que mediante Orden conjunta de los Ministerios de Industria y Fomento «se determinarán las cualificaciones profesionales requeridas para suscribir los certificados de eficiencia energética, así como los medios de acreditación. A estos efectos, se tendrá en cuenta la titulación, la formación, la experiencia y la complejidad del proceso de edificación».

Como ha señalado el Tribunal Supremo, el inciso utilizado por el apartado p) del art. 1.3, cuyo literal reza «o para la suscripción de certificados de eficiencia energética», carece valor «por no existir hoy ninguna norma con rango de ley que haya otorgado esa competencia» a algún profesional y la parte final del precepto, esto es, la expresión «o haya acreditado la cua-

<sup>112</sup> STS, Cont-Admto, 22 diciembre 2016 (rec. 177/2013).

<sup>113</sup> En concreto, UC1194\_3: Evaluar la eficiencia energética de las instalaciones de edificios y UC1195\_3: Colaborar en el proceso de certificación energética de edificios.

lificación profesional necesaria para suscribir certificados de eficiencia energética según lo que se establezca en la Orden prevista en la disposición adicional 4ª supone «una remisión en blanco a una norma de rango insuficiente», que, por lo demás, tampoco cabe cuestionar porque no se ha promulgado. Por tanto, es la LE la que hay que tomar como referente, donde se habilita a efectos del certificado de eficiencia energética a arquitectos, arquitectos técnicos o ingenieros o ingenieros técnicos (o equivalentes en el sistema educativo actual).

Aun cuando atendiendo a todos estos antecedentes, no existe ningún fundamento que atribuya en exclusiva la prerrogativa a los arquitectos y arquitectos técnicos para emitir el certificado de eficiencia energética y podría darse un paso más para entender que quien esté en posesión de cualquier titulación académica y profesional habilitante para la redacción de proyectos, la dirección de obras o la dirección de ejecución de obras de edificación independiente de su uso puede realizar no sólo el certificado de eficiencia energética sino todo el informe de evaluación, lo cierto es que en la página del Ministerio de Fomento aparecen como técnicos habilitados para la realización del informe de evaluación de los edificios únicamente los arquitectos y arquitectos técnicos<sup>114</sup>. De ahí que se considere conveniente que, cuanto antes, los Ministerios de Industria y de Fomento procedan a la promulgación de la Orden de determinación de las cualificaciones profesionales requeridas con el fin de clarificar este asunto.

Lógicamente, cuando se trate de edificios pertenecientes a las Administraciones Públicas enumeradas en el art. 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquier

de estas Administraciones Públicas), podrán elaborar los informes de evaluación los responsables de los correspondientes servicios técnicos que, por su capacitación profesional, puedan asumir tales funciones, atendiendo, aunque el TRLSRU no lo dice, a su titulación (art. 30.2).

Cabe dar noticia, a la postre, de que la regulación autonómica existente en relación con la evaluación de los edificios, no aporta novedad alguna en lo que afecta a la capacitación para la elaboración de dicho informe, adoptando en su integridad los mismos términos de la regulación estatal o no estableciendo previsiones expresas al respecto<sup>115</sup>. No obstante, el Decreto Foral 108/2014, de 12 de noviembre, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios de Navarra, determina que «al tratarse de edificios de viviendas considerados en su conjunto, excluidas las instalaciones que requieren inspección técnica específica, el informe de evaluación de los edificios lo redactará un técnico con la titulación de arquitecto, o titulados que ejerzan la profesión de arquitecto técnico, sin perjuicio de lo que pudiera determinar la normativa básica del Estado en materia de competencias profesionales, y que garantice la independencia, imparcialidad y objetividad del informe». En esta misma línea, el Decreto 29/2017, de 17 de mayo, por el que se regula el informe de evaluación de edificios y se crea el Registro General de Informes de Evaluación de los Edificios del Principado de Asturias, en su art. 11, aclara que «el informe lo redactará un técnico con la titulación de

<sup>115</sup> Cabe citar, a título de ejemplo, el Decreto 11/2015, de 11 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios y se crea el registro de informes de evaluación de los edificios en Castilla-La Mancha; el Decreto 1/2014, de 9 de enero, por el que se regula las condiciones y se crea el Registro de los informes de evaluación de edificios de Cantabria; el Decreto 34/2015, de 13 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios y se crea el Registro de informes de evaluación de edificios de la Región de Murcia o el Decreto 103/2016 de 24 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el informe de evaluación de los edificios en la Comunidad de Madrid y se crea el Registro Integrado Único de Informes de Evaluación de los Edificios de la Comunidad de Madrid.

<sup>114</sup> <https://iee.fomento.gob.es>

arquitecto, o arquitecto técnico o titulaciones equivalentes, sin perjuicio de lo que pudiera determinar la normativa básica del Estado en materia de competencias profesionales... (no obstante) la certificación energética podrá ser suscrita por un técnico diferente».

Por lo demás, según el art. 30.3 TRLS-RU, las deficiencias de la edificación o del bien inmueble afectado por la evaluación se consignarán en el informe «bajo el criterio y responsabilidad del técnico competente que lo suscriba» a través de una inspección visual, opción lógica habida cuenta que la responsabilidad derivada de las actuaciones expresadas en el informe de evaluación está directamente ligada con la formación y competencia del técnico correspondiente, que habrá de responder de la veracidad de lo consignado en el informe en relación con el estado del edificio<sup>116</sup>.

Todo ello sin olvidar que también existen sistemas de certificación voluntaria que pretenden igualmente evaluar la sostenibilidad de los edificios en función de una serie de criterios ambientales, de innovación, consumo, etc., entre los que cabe mencionar los denominados LEED, BREEAM o Pasivhaus, que igualmente dan ocupación a técnicos especializados, a la par que sucede con las ecoetiquetas o sellos otorgados por organismos acreditados que garantizan que el material empleado posee un bajo impacto ambiental, pudiendo mencionar, entre otras, AENOR-MedioAmbiente, European Union Eco-label o Certificación Forestal, FSC (Forest Stewardship Council)<sup>117</sup>.

#### 4.5.2. *Directores técnicos*

El promotor o propietario puede confiar la dirección técnica de la obra a una persona jurídica, en cuyo caso será esta última la que determinará las personas físicas adscritas a cada función, pues solamente ellas son capa-

ces de realizar la actividad profesional encomendada por el promotor, produciéndose con frecuencia la constitución de empresas de consultoría que contratan en régimen laboral a técnicos competentes que, tras la suscripción del oportuno contrato mercantil entre la promotora y la empresa de consultoría, pasan a realizar estas funciones técnicas<sup>118</sup>. Otra posibilidad es que el promotor recurra directamente a los técnicos, que como trabajadores autónomos, desarrollan los cometidos correspondientes, pudiendo destacar las figuras siguientes:

#### A. *Coordinador de seguridad y salud*

Designado por el promotor y piedra angular del sistema de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción, se introduce en nuestro ordenamiento por el Real Decreto 1627//2007, que distingue, a su vez, dos tipos: el que desarrolla sus funciones durante la confección del proyecto, de obligada existencia cuando en dicha elaboración intervienen varios proyectistas, y el que lo hace durante la ejecución de la obra, de presencia necesaria cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos (arts. 2 y 3)<sup>119</sup>.

Se considera competente para desempeñar las tareas de coordinador aquella persona que posea titulaciones académicas y profesionales habilitantes, así como conocimientos en actividades de construcción y de prevención de riesgos laborales acordes con las funciones a desempeñar según el Real Decreto 1627/1997. Dichas titulaciones serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades, tal y como aclara la disposición

<sup>118</sup> ILLUECA BALLESTER, H.: «Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción», Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 229.

<sup>119</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: «La seguridad y salud laboral en las obras de construcción», Aranzadi Social, núm. 5, 2007, pp. 839 y ss.

<sup>116</sup> CASARES MARCOS, A.: «Informe de evaluación de edificios y eficiencia energética», cit., p. 50.

<sup>117</sup> CC.OO: Guía de construcción sostenible, 2005, p. 40.

adicional 4ª LE<sup>120</sup>. A la luz del CCSC, debe disponer también de la formación inicial en materia preventiva (conceptos básicos sobre seguridad y salud, técnicas preventivas elementales sobre riesgos genéricos, primeros auxilios y medidas de emergencia, así como derechos de participación, información, consulta y propuestas), además de la propia de los responsables de obra y técnicos de ejecución, de los mandos intermedios, de los delegados de prevención, de administrativos y del tronco común de los oficios.

Aunque el Real Decreto 1627/1997 no distingue entre obras que exigen proyecto y las que no lo exigen<sup>121</sup>, la Guía Técnica sí establece dicha diferenciación, reconociendo, en unos casos, que no se requiere dicho instrumento porque no es necesario para su tramitación administrativa al tratarse de obras menores (revoque de pintura de fachadas, patios, cajas de escalera, montaje y desmontaje de instalaciones, bajantes, canalones, cableado de fachadas, auscultación de puentes o reparación de humedades en túneles). En otros casos, la no exigencia de proyecto deviene del carácter urgente de la obra (reparación rápida de un dique de contención, demoliciones por peligro inminente, apeos, apuntalamientos o refuerzos perentorios de estructuras o edificios, reparaciones de socavones o hundimientos de viales o roturas en conducciones de agua, gas, saneamiento...). En fin, un tercer grupo de obras en las que no se exige proyecto son aquellas de escasa importancia tecnológica y

económica que requieren poco tiempo para su ejecución y que, por su escasa entidad, suelen realizarse en el momento en que resulta más conveniente para el promotor y el contratista (acometidas de servicios a edificios como gas, agua, electricidad o teléfono, pequeñas reparaciones de aceras, sustitución de algunas tejas en una cubierta y el bacheo de obras públicas).

Atendiendo a esta regulación, muchas de las obras relacionadas con la regeneración, renovación y rehabilitación urbanas no necesitan proyecto, razón por la cual la figura que realmente va a tener importancia es la del coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, que se encarga de: a) coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad tanto al tomar las decisiones técnicas y de organización con el fin de planificar los distintos trabajos o fases de trabajo que vayan a desarrollarse simultánea o sucesivamente, como de estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo; 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 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 (instrumento básico de ordenación de las actividades de identificación y, en su caso, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva –art. 7.3 Real Decreto 1627/1997–); d) organizar la coordinación de actividades empresariales de acuerdo con lo previsto en el art. 24 LPRL; 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 (art. 9 Real Decreto 1627/1997)<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> GÓMEZ ARBÓS, J.: «La dependencia entre el promotor y el coordinador de seguridad y salud en obras de construcción y las responsabilidades derivadas de la misma en el ámbito social», Justicia Laboral, núm. 40, 2009, pp. 31 y ss.

<sup>121</sup> El proyecto, a los efectos del Real Decreto 1627/1997, integra el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras de construcción de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable a cada obra, considerándose que la dirección técnica y económica de un proyecto está formada, como mínimo, por las siguientes partes: memoria, pliego de condiciones, planos, mediciones y presupuesto. VICENTE PALACIO, A.: «El coordinador de seguridad y salud en la ejecución de las obras de construcción. Obligaciones y responsabilidades», Comares, Granada, 2008, p. 15.

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: «Seguridad y salud laboral en las obras de construcción: obligaciones y responsabilidades», Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 33 y ss.

Además, el coordinador en fase de ejecución está facultado para ordenar la paralización de los tajos o, en su caso, de la totalidad de la obra en caso de apreciar circunstancias de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores (art. 14 Real Decreto 1627/1997).

Junto a este elenco de funciones, la LSC y el Real Decreto 1109/2007 atribuyen al coordinador otra competencia adicional: recibir información del contratista sobre la anotación de cada subcontratación, incluidas las excepcionales permitidas en los supuestos de fuerza mayor, en el Libro de Subcontratación.

Por otra parte, el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución tendrá bajo su custodia el libro de incidencias, al cual tendrán acceso los directores facultativos, los contratistas y subcontratistas, los autónomos, las personas u órganos con responsabilidades preventivas en las empresas intervinientes, los representantes de los trabajadores y los técnicos de los órganos especializados en materia de seguridad y salud laboral de las Administraciones públicas, quienes podrán realizar anotaciones. Cuando el apunte se refiera a cualquier incumplimiento de las advertencias u observaciones previamente anotadas en dicho libro o en el supuesto de paralización de los trabajos, el coordinador estará obligado a remitir, en el plazo de 24 horas, una copia a la Inspección de Trabajo, a los representantes de los trabajadores y al contratista (art. 1.3 Real Decreto 1627/1997)<sup>123</sup>.

Con independencia de la existencia del coordinador de seguridad y salud, la presencia de los recursos preventivos se aplica con alguna especialidad en las obras de construcción: 1) es preceptiva su presencia en cada contratista y tendrá por objeto vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan

de seguridad y salud comprobando su eficacia; 2) si los riesgos pueden verse agravados o modificados por la concurrencia de operaciones diversas desarrolladas sucesiva y simultáneamente que hagan necesario el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo; 3) si se desarrollan actividades con riesgos especiales (anexo II Real Decreto 1627/1997); 4) si la necesidad de esta presencia es requerida por la Inspección de Trabajo cuando las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones detectadas (disposición adicional 14ª LPRL)<sup>124</sup>.

Algunas Comunidades Autónomas han optado por crear registros en los que, con carácter meramente informativo, pueden inscribirse las personas que pretendan desarrollar actividades de coordinación en las obras de construcción<sup>125</sup>, permitiendo disponer de un listado de técnicos capacitados y cualificados para ejercer tal tarea en las obras de construcción, sin que la inscripción tenga ningún efecto constitutivo o habilitante para el ejercicio de las correspondientes funciones<sup>126</sup>. En todo caso, el coordinador ha de ser siempre una persona física, de modo que la contratación de una persona jurídica exige la designación posterior del técnico responsable que ha de desempeñar sus funciones dentro del proceso constructivo, siendo admisible la designación de una segunda o tercera persona cuando las características de la construcción lo exijan (procesos productivos continuos, obras de gran dimensión...)<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> DURÁN LÓPEZ, F.; TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Informe sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción de España», Edisofer, Madrid, 2007, p. 189.

<sup>124</sup> CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: «Acercamiento al estudio de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Consideraciones generales», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J.R. Dir.): «Las relaciones laborales en el sector de la construcción», Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 426.

<sup>125</sup> Sin ánimo exhaustivo, Madrid, a través del Decreto 33/1999, de 25 de febrero; Andalucía, mediante el Decreto 166/2005, de 12 de julio ó Galicia, a través del Decreto 153/2008, de 24 de abril. LLUECA BALLESTER, H.: «Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción», cit., p. 242.

<sup>126</sup> STS, Cont-Admtivo, 30 junio 2004 (rec. 5305/2002).

<sup>127</sup> CARRANZA MORENO, M.P.: «El promotor en las obras de construcción. Responsabilidad administrativa», Comunicación

## B. Director facultativo

Definido en términos idénticos por el art. 2.1 g) Real Decreto 1627/1997 y por el art. 3 c) LSC, es aquel «técnico competente, designado por el promotor, encargado de la dirección y el control de la ejecución de la obra». La LE aclara que la dirección facultativa está integrada, a su vez, por dos figuras<sup>128</sup>:

a) El director de la obra, esto es, el agente que dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto (art. 12). Para la construcción de edificios destinados a uso administrativo, sanitario, religioso, residencial, docente y cultural ha de ser arquitecto. Para la construcción de edificaciones de carácter aeronáutico, agropecuario, de la energía, de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones, del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo, forestal industrial, naval, de la ingeniería de saneamiento e higiene y accesorio a las obras de ingeniería y explotación, ha de ser ingeniero, ingeniero técnico o arquitecto. Para la construcción de edificaciones restantes, puede ser arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus especialidades y competencias específicas.

b) El director de la ejecución de obra, que asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y calidad de lo edificado, con los mismos requisitos de titulación especificados en el apartado anterior en función del uso de la edificación (art. 13)<sup>129</sup>.

al IV Congreso Nacional de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Murcia, 2004, p. 6.

<sup>128</sup> PARAMIO PARAMIO, A.: «Problemática de la subcontratación en la construcción. Análisis jurídico y resoluciones prácticas», Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 135 y ss.

<sup>129</sup> LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.P.: «El Real Decreto 1627/1997 sobre medidas de seguridad y salud en las obras de

Así pues, en el tipo de edificio más generalizado y de mayor interés para el presente estudio, el destinado a actividades básicamente residenciales, la dirección facultativa está formada por arquitectos (director de obra) y arquitectos técnicos (director de la ejecución de la obra). La primera, que se ocupa de los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, sirve para que el proyecto sea debidamente interpretado y las modificaciones que sean necesarias no traicionen su espíritu, al tiempo que armonizan siempre con los intereses del promotor y las exigencias reglamentarias. La segunda se ocupa de que los productos tengan las características especificadas y de que los procedimientos de ejecución garanticen que las unidades de obra y las instalaciones alcancen las prestaciones esperadas, además de certificar los trabajos realizados y documentar las operaciones de control que sean necesarias<sup>130</sup>.

## C. Proyectista

Según el art. 2.1 d) Real Decreto 1627/2007, es el «autor, por encargo del promotor, de la totalidad o parte del proyecto de obra» cuando fuera necesario. Una definición muy parecida utiliza el art. 10.1 LE, a tenor del cual es el «agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto», debiendo tener la titulación de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, en función del –en concepto ya conocido– uso principal del edificio proyectado, no en vano el proyecto contiene las instrucciones precisas para la realización de la obra así como el presupuesto de ejecución.

El proyectista principal puede, además, subcontratar con terceros sujetos habilitados

construcción», Información Laboral, núm. 3, 2002, pp. 23 y ss.

<sup>130</sup> MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: «Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de Subcontratación en el sector de la construcción», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): «La nueva Ley reguladora de la Subcontratación en la Construcción», Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 34-35.

profesionalmente para ello, proyectos parciales o partes que complementen el proyecto global. Al proyectista le corresponde la elaboración del estudio de seguridad y salud en las obras o el estudio básico en esta materia. El primero se exige cuando se den determinadas circunstancias referidas al presupuesto de ejecución (450.759,07 euros), la duración de la obra (30 días laborables, empleándose en algún momento a más de 20 trabajadores simultáneamente) y el número de trabajadores (el volumen de mano de obra estimada, entendiéndose por tal la suma de los días de trabajo del total de los operadores en la obra, sea superior a 500) o si son obras de túneles, galerías, conducciones subterráneas y presas. El segundo está reservado para obras de mayor tamaño y complejidad, mientras el estudio básico es aplicable a obras menores y de escasa entidad, más propias de las actividades de regeneración y rehabilitación urbanas (art. 4 Real Decreto 1627/1997). Este segundo instrumento precisará las normas preventivas aplicables a la obra, contemplando la identificación de los riesgos laborales que pueden ser evitados, indicando las medidas técnicas necesarias para ello, así como la relación de los riesgos laborales que no puedan eliminarse especificando las medidas preventivas y protecciones técnicas tendentes a controlar y reducir dichos riesgos y valorando su eficacia, en especial cuando se propongan determinaciones alternativas, además de cualquier otro tipo de actividad que se lleve a cabo en la misma. Contemplará también las previsiones y las informaciones útiles para efectuar en su día, en las debidas condiciones de seguridad, los previsibles trabajos de reparación y mantenimiento (art. 6 Real Decreto 1627/1997)<sup>131</sup>.

En fin, en el caso de que deba existir un coordinador en materia de seguridad y salud durante la confección del proyecto de obra, es decir, de concurrir varios proyectistas, es pre-

cisamente al coordinador a quien corresponde también elaborar o hacer que se elabore dicho estudio bajo su responsabilidad<sup>132</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

El deterioro de los espacios edificados, sean viviendas o entramados públicos, y los problemas de marginación y exclusión social que de ello se deriva, plantean demandas sociales relevantes, capaces de ofrecer, al tiempo, oportunidades de crecimiento y empleo, a condición de dar un giro al modelo de desarrollo observado, pasando de una devastadora construcción invasiva y expansiva a otra fundada en las coordenadas de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Desde tales postulados, se trata de aprovechar las oportunidades de un nuevo vector estratégico relacionado con la edificación sostenible, capaz de generar empleos de calidad en los que se reduzcan los índices de siniestralidad, a la par, que se aminoren las emisiones nocivas desde el punto de vista medioambiental y se aumente la cohesión social, no en vano haciendo un estudio comparado, sin ninguna duda dentro del catálogo de ocupaciones con mayores posibilidades de incremento cuantitativo, se encuentran las actividades relacionadas con la construcción ecológica, surgiendo un nuevo yacimiento de empleo reconocido ya de forma expresa en el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo (conocido como Informe Delors), presentado al Consejo Europeo en 1993.

No hace falta hacer acopio de datos explicativos para constatar que la enorme precariedad y presencia de contratos de duración determinada en la población activa española se ha convertido simultáneamente en uno de los problemas principales de nuestras relaciones laborales y en una seña de identidad del mercado de trabajo patrio. Estas premisas han sido observadas tradicionalmente por el

<sup>131</sup> FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: «Aplicación práctica de la coordinación de actividades empresariales en materia preventiva, CEOE-Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales», Madrid, 2017, p. 61.

<sup>132</sup> LÓPEZ GANDÍA, J.; ROMERO RODENAS, M.J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción», Bomarzo, Albacete, 2008, p.12.

sector de la construcción de forma exponencialmente más clara que otros ámbitos, no en vano se ha venido caracterizando por una alta tasa de temporalidad, una baja cualificación de la mano de obra implicada, una frecuente y generalizada incidencia de los fenómenos de contratación y subcontratación, así como una superposición de sujetos realizando diversas actividades, factores todos ellos desencadenantes de una elevada accidentabilidad.

Ahora bien, sin duda, es posible modificar esta tendencia al calor de unas coordenadas generales pautadas, en última instancia, desde organismos internacionales, singularmente la OIT, que apuesta por la creación de ocupaciones «decentes», con condiciones de trabajo dignas, equitativas, con ingresos justos y actividades seguras. Una pieza esencial para la consecución de este objetivo radica, como se ha subrayado desde Naciones Unidas, en la reformulación de la edificación tradicional y su transformación en la denominada construcción sostenible, no en vano el tránsito hacia la ciudad compacta y su consolidación constituyen los principales motores para la creación de empleo de calidad desarrollado en condiciones seguras y para la eliminación de bolsas de pobreza y exclusión.

La prevención de los riesgos laborales en la construcción clásica y también en la regeneración y rehabilitación urbanas, donde la frecuencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es muy elevada, condicionada por tratarse de una actividad de riesgo en sí misma considerada, por la existencia de diversas fases (de proyecto y de ejecución), que exigen una atención específica y una elevada coordinación, y por la pluralidad de sujetos intervinientes, máxime teniendo en cuenta que los accidentes resultan de gran severidad debido, sobre todo a las caídas de altura y al riesgo de sepultamiento, ha sido objeto de atención particular desde el Derecho de la Unión Europea a través de la Directiva 92/57, de 24 de junio (modificada por la Directiva 2007/30), y también desde el punto de vista del Derecho interno. Cabe mencionar, en primer

lugar, la LE, donde se regulan las exigencias técnicas y administrativas de la edificación y los agentes intervinientes; el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, el propio Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, con el objetivo de contribuir de manera decisiva al desarrollo de las políticas en materia de sostenibilidad, derivadas del Protocolo de Kyoto o de la Estrategia de Gótemberg, que sintoniza con las nuevas exigencias de los procesos edificatorios y urbanizadores, fijando las exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones, en referencia tanto a la seguridad estructural y de lucha contra incendios, como a la salubridad, protección contra el ruido, el ahorro energético o la accesibilidad para personas con movilidad reducida, exigencias básicas que deben cumplirse en el proyecto, la construcción, el mantenimiento y la conservación de los edificios y sus instalaciones (art. 1.4), la LSC, la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal y, cómo no, el VI CCSC, que dedica especial atención a la prevención de riesgos laborales (Libro Segundo), sin limitarse a realizar meras declaraciones programáticas sino que se ocupa de introducir una exhaustiva regulación preventiva. Todo este cuerpo normativo y, sobre todo el esfuerzo de adaptación realizado por los interlocutores sociales, puede servir de inspiración para mejorar las condiciones de seguridad y salud en otros sectores estratégicos emergentes sostenibles desde el punto de vista medioambiental.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGRA VIFORCOS, B.: «La prevención de riesgos laborales de los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal», en AA. VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): «La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo», Junta de Castilla y León, Valladolid, 2007.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: «La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución», Bomarzo, Albacete, 2008.

- «Formas jurídicas de economía social», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016.
  - *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2016.
  - «La sostenibilidad ambiental y social en el sector cementero. Comentario al III Acuerdo para el uso sostenible de los recursos. La protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.
- ANDIENZA ARRIOLA, R.: «El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción», en AA. VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Civitas, Madrid, 1999.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: «El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008.
- ARROYO YANES, L.M.: «El papel de la Administración Local en el impulso y fomento de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas», en AA. VV. (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): «Urbanismo sostenible: rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BLASCO MAYOR, A.: «Previsiones y carencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales frente al fenómeno de la externalización», *Actualidad Laboral*, núm. 5, 1996.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: «La formación y los nuevos yacimientos de empleo en España», *Reis*, núms. 77-78, 1997.
- CALDERÓN PASTOR, F.J.: «Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo», *Información Laboral. Jurisprudencia*, núm. 8, 2010.
- CALVO GALLEGU, J.: «La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción», *Temas Laborales*, núm. 87, 2006.
- y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal», *Relaciones Laborales*, núms. 21-22, 2010.
- CARRANZA MORENO, M.P.: «El promotor en las obras de construcción. Responsabilidad administrativa», *Comunicación al IV Congreso Nacional de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Murcia, 2004.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: «Acercamiento al estudio de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Consideraciones generales», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J.R. Dir.): *Las relaciones laborales en el sector de la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- CARRERO DOMÍNGUEZ, C. y BLASCO DE LUNA, F.J.: «La Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal», en AA. VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): «La Ley 35/2010, de 17 de diciembre», Lex Nova, Valladolid, 2011.
- CASARES MARCOS, A.: «Informe de evaluación de edificios y eficiencia energética», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016.
- «La eficiencia energética y la sostenibilidad ambiental», en AA. VV. (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): «Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CASTRO SÁNCHEZ, M.A.: «Manual de prevención de riesgos en la construcción», Tirant lo Blanch, Madrid, 2004.
- DORREGO DE CARLOS, A.: «La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las empresas de trabajo temporal», *La Ley*, núm. 7488, 2010.
- DURÁN LÓPEZ, F.; TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Informe sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción en España», Edisofer, Madrid, 2008.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.: «Derechos de los trabajadores ante las órdenes empresariales medioambientalmente injustas», *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: *Seguridad y salud laboral en las obras de construcción: obligaciones y responsabilidades*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «El derecho de las contrataciones entre la licitud y la prevención», *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: «Aplicación práctica de la coordinación de actividades empresariales en materia preventiva», CEOE-Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, 2017.
- GARCÍA BLASCO, J.: «La subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de su régimen jurídico y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas», en AA. VV. (GARCÍA BLASCO, J., Dir.): «La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del RD 1109/2007, de 24 de agosto, que la desarrolla», Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2ª edición, 2009.
- y AGUILAR MARTÍN, M.C.: «La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007», *Aranzadi Social*, núm. 17, 2009.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, M.L.: «Régimen jurídico de los trabajadores autónomos en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Su problemática», *Documentación Laboral*, núm. 70, 2004, Vol. I.
- GARCÍA PIQUERAS, M.: «Obligaciones y responsabilidades en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De la insuficiencia a la indeterminación», *Temas Laborales*, núm. 47, 1998.
- GÓMEZ ARBÓS, J.: «La dependencia entre el promotor y el coordinador de seguridad y salud en obras de construcción y las responsabilidades derivadas de la misma en el ámbito social», *Justicia Laboral*, núm. 40, 2009.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: «Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contratas y subcontratas», *Aranzadi Social*, 1999, Vol. II.
- *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, CES, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): «La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción», Lex Nova, Valladolid, 2007.
- GONI SEIN, J.L.: «La tutela del medio ambiente natural y laboral», *Tribuna Social*, núm. 231, 2010.
- GUTIÉRREZ ARRANZ, R.: «Comentario a la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 4, 2007.
- HUMERO MARTÍN, A.E.: «La Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas: norma jurídica definitiva del contenido del art. 47 de la Constitución Española (hacia un modelo sostenible e integrador del tejido urbano)», *Revista de la Unión Europea*, núm. 30, 2014.
- ILLUECA BALLESTER, H.: «Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción», Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LANZADERA ARENCIBIA, E.: «La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción: comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 288, 2007.
- LLOBERA VILA, M.: «Límites a la subcontratación en el sector de la construcción y libre prestación de servicios», Bomarzo, Albacete, 2010.
- LÓPEZ GANDÍA, J.; ROMERO RODENAS, M.J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción», Bomarzo, Albacete, 2008.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. y CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: «Intermediación en el mercado de trabajo y empresas de trabajo temporal en la reforma 2010: sobre la violación de derechos fundamentales», en AA. VV. (BAYLOS GRAU, A., Dir.): «Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010, de reforma laboral», Bomarzo, Albacete, 2011.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «El urbanismo sostenible en la legislación española», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311, 2017.
- LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.P.: «El Real Decreto 1627/1997 sobre medidas de seguridad y salud en las obras de construcción», *Información Laboral*, núm. 3, 2002.
- LUJÁN ALCARAZ, J.: «Las disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción», *Aranzadi Social*, 2004, Tomo V.
- «La seguridad y salud laboral en las obras de construcción», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007.
- MARTÍN TOVAL, L.: «La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales», *Temas Laborales*, núm. 71, 2003.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Construcción», en AA. VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Empleos verdes y prevención de riesgos laborales», Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MATA SIERRA, T. y CARBAJO NOGAL, C.: «Rehabilitación y fiscalidad de la vivienda», en AA. VV. (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): «Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MENÉNDEZ REXACH, A.: «El informe de evaluación de edificios en la Ley 8/2013», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, núm. 179, 2014.
- «Los objetivos económicos de la regulación del suelo (1956-2015)», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311, 2017.
- MERCADER UGUINA, J.R. y NIETO ROJAS, P.: «El desarrollo reglamentario de la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007.
- «La Ley reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2007.
  - «Objeto, ámbito de aplicación y definiciones en la Ley de Subcontratación en el sector de la construcción», en AA. VV. (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): «La nueva Ley reguladora de la Subcontratación en la Construcción», Lex Nova, Valladolid, 2007.

- MERINO SEGOVIA, A.: «Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», Bomarzo, Albacete, 2006.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de legitimidad al de sus límites», *Temas Laborales*, núm. 135, 2016.
- «¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro? Los mitos finalistas en la era digital del neomercado», *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 408, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M.P.: «Prevención de riesgos laborales y medio ambiente», Comares, Granada, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N. «Medio ambiente de trabajo», en AA. VV.: *Diccionario internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MORÓN PRIETO, R.: «Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Comentarios a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre», Quantor, Madrid, 2010.
- OLMO GASCÓN, A.M.: «Tratamiento del empleo verde en la normativa internacional y europea (especialmente en el pilar europeo de derechos sociales): la precisa reconfiguración de sus elementos jurídico-laborales», en AA. VV. (MORA CABELLO DE ALBA, L. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L., Coords.): «El futuro del trabajo que queremos», Bomarzo, Albacete, 2017.
- PÁRAMO MONTERO, P.: «Nuevos enfoques sobre la seguridad y salud laboral en las empresas sostenibles», *Trabajo y Derecho*, núm. 40, 2018,
- PARAMIO PARAMIO, A.: «Problemática de la subcontratación en la construcción. Análisis jurídico y resoluciones prácticas», Lex Nova, Valladolid, 2009.
- PAREJO ALFONSO, L. y ROGER FERNÁNDEZ, G.: «Comentarios a la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Iustel, Madrid, 2014.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Miscelánea Jurisprudencial: Acerca de la legalidad de los contratos de obra o servicio determinado cuando el trabajador trabaja en varias obras de la misma empresa. Sobre la licitud de la utilización de un contrato genérico, con determinación posterior de las obras a realizar», Tirant lo Blanch, Madrid, 2006.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: «Presentación. Hacia un urbanismo sostenible en Castilla y León. Fundamentos jurídicos para un cambio de modelo», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016.
- RAMOS MEDRANO, J.A.: «Los deberes urbanísticos de los propietarios del suelo», Dykinson, Madrid, 1996.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: «Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial», Bomarzo, Albacete, 2007.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Capítulo IX. Protección de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo», en AA. VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): «La seguridad y salud en el trabajo a través de los convenios colectivos de Castilla y León», Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Medio ambiente y relaciones de trabajo», *Temas Laborales*, núm. 50, 1999.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «Salud laboral versus medio ambiente: por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo», *Aranzadi Social*, núm. 22, 2002 (BIB 2003/231).
- SÁNCHEZ, V.: «Las implicaciones de la economía digital en el sector de la construcción», *Gaceta Sindical*, núm. 27, 2016.
- SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Iniciativas para un futuro urbano sostenible: las smart cities», en AA. VV. (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): «Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en AA. VV. (DE VAL TENA, A.L. y GARCÍA BLASCO, J., Coords.): «La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre», Aranzadi, Pamplona, 2007.
- TASCÓN LÓPEZ, R.: «Aspectos jurídico laborales de la responsabilidad social corporativa», Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2008.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: «Prontuario de seguridad en la edificación», 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: «Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto», *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007.
- VAL TENA, A.L.: «La subcontratación en el sector de la construcción y la extensión de las responsabilidades empresariales: viejos y nuevos supuestos», en AA. VV. (GARCÍA BLASCO, J., Dir.): «La subcontratación en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, que la desarrolla», 2ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

VICENTE PALACIO, A.: «El coordinador de seguridad y salud en la ejecución de las obras de construcción. Obligaciones y responsabilidades», Comares, Granada, 2008.

VINUESA ANGULO, J. y PORRAS ALFARO, D.: «La dimensión territorial de la crisis de la vivienda y el despilfarro inmobiliario residencial», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 35, 2017.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**RESUMEN**

Cierto es que las empresas constituyen una plataforma fundamental para impulsar buenas prácticas medioambientales, integrando la protección del medio natural en la política de gestión organizativa y en la dinámica de un trabajo menos insano. Reducir el consumo de energía, materias primas y agua, descarbonizar la economía, rebajar las emisiones y disminuir o evitar todas las formas de desechos y contaminación, atesoran comportamientos empresariales respetuosos con los valores medioambientales y, al tiempo, implican *per se* el desarrollo de una actividad profesional menos tóxica. En su envés, el daño empresarial al medio ambiente repercute de forma negativa tanto en el hábitat natural como en la salud de los propios trabajadores en cuanto sujetos más próximos al agente contaminante. Por otra parte, son los asalariados los que, en muchas ocasiones, resultan conocedores inmediatos de los deterioros que la actividad empresarial provoca en el medio ambiente, por lo que se convierten en importantes garantes de la biosfera. De este modo, un entorno adecuado llevaría a un medio ambiente natural menos perjudicado, siendo muy difícil establecer una línea divisoria entre riesgo profesional y riesgo ecológico, resultando conveniente adoptar como máxima una cultura verde integral *ad intra* y *ad extra* en el marco de las organizaciones productivas.

Desde tales premisas, no cabe desconocer que existe un potencial significativo para la creación de puestos de trabajo en determinados sectores respetuosos con el medio ambiente, tal y como sucede con la producción de energía a partir de fuentes renovables, eficiencia energética, gestión de residuos y del agua, calidad del aire, restauración y preservación de la biodiversidad, adaptación al cambio climático y desarrollo de una infraestructura ecológica, actividades todas ellas más limpias y, sin duda, menos expuestas que la industria tradicional.

Ahora bien, el término «empresa verde», como nuevo yacimiento de empleo, no supone la ausencia total de peligros en la actividad laboral, no en vano la inclusión de procesos productivos novedosos, con cambios en las formas de trabajo y la utilización de agentes hasta ahora desconocidos generan riesgos en el trabajo distintos, en ocasiones, de los tradicionales, pero no por ello menos importantes. Así pues, cabe afirmar que las cada vez más avanzadas tecnologías empleadas, y los sofisticados métodos utilizados sin duda más especializados y evolucionados para la generación de estas energías renovables, está provocando el surgimiento de nuevas formas de nocividad y desconocidos factores de afectación negativa para la salud de los trabajadores, que habrán de ser valorados convenientemente con el fin de adoptar las medidas de prevención oportunas. Y aquí es precisamente donde se puede constatar cómo la progresiva implantación del sistema nacional de producción energética a través de las fuentes mencionadas en el que son acusados los avances de la ciencia y la investigación como política pública estratégica no ha ido acompañada de un cuerpo normativo que proporcione criterios seguros para resolver los conflictos e interrogantes que se plantean entre los distintos intereses en tensión en el marco laboral, por una parte, de los promotores de la actividad de producción energética y, por otra, de los trabajadores que sufren accidentes laborales o contraen enfermedades que no merecen, en muchos casos, la calificación de profesionales al no estar listadas, cuya solución se afronta compleja para los órganos judiciales, pues, ante las lagunas existentes, se ven abocados a recurrir, muchas veces a normas genéricas, en otras ocasiones a prescripciones más específicas pero de aplicación selectiva en función del peligro concreto (eléctrico, manipulación de cargas, incendio, explosión, sustancias químicas, agentes biológicos...), sin dejar de atender a innumerables pautas técnicas dotadas del mero valor de buenas prácticas.

La intervención del legislador en este marco deviene imprescindible al objeto de tutelar los riesgos laborales emergentes en los subsectores relacionados con el mercado de las energías alternativas. A tal fin puede servir de modelo la orientación seguida por la

normativa preventiva en el sector de la construcción tradicional, que ha tenido la virtud de actualizarse y adaptarse a la transformación operada desde una agotada edificación expansiva e invasiva hacia una actividad empresarial más sostenible desde el punto de vista de la salubridad laboral y desde la perspectiva de la calidad atmosférica. Cuando está bien planificado, el crecimiento urbano encierra el potencial de mejorar el acceso de las personas a la educación, la atención a la salud, la vivienda y otros servicios, gestionar de manera adecuada el efecto de la población sobre el medio ambiente y, también, fomentar las oportunidades en materia de productividad económica, siendo capaz de generar ocupaciones laborales menos penosas en el marco de una actividad empresarial, de mayor complejidad que la construcción clásica pero de alto valor añadido, basada en la regeneración y rehabilitación urbana integral, que comprende cometidos tan variados como pueden ser la conservación de los conjuntos históricos y culturales, la reparación y renovación del parque de viviendas cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad, la superación de la pobreza energética, el progreso de la calidad de vida de los ciudadanos en todos los barrios incluidos los menos favorecidos, así como la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación en los entornos urbanos para conseguir la mejora del transporte, la movilidad, la seguridad ciudadana y el suministro y consumo de energía y agua (ideas englobadas bajo el concepto de «*smart. city*»).

Este nuevo enfoque del urbanismo, centrado en la regeneración, rehabilitación y renovación urbanas, va a permitir incentivar la coyuntura económica, impulsar el desarrollo del empleo diseñando viviendas energéticamente más eficientes y socavar la autocomplacencia con unas deficientes condiciones laborales que han acompañado tradicionalmente al sector de la edificación: alta tasa de rotación, temporalidad y parcialidad, una estructura ocupacional intensiva en mano de obra manual, un nivel de formación inferior a la media del resto de la economía, unos ritmos intensos de ejecución de las obras (destajos), un encadenamiento masivo de contratas y subcontratas ante un tejido productivo altamente atomizado, escasa innovación, una baja intervención de mujeres y una elevada participación de mano de obra extranjera, sin olvidar –por lo que aquí interesa– los elevados índices de siniestralidad inherentes. Se trata, por tanto, de crear nuevas oportunidades de empleo dentro de un sector de la construcción menos manual y más avanzado desde el punto de vista técnico, incorporando materiales menos contaminantes, adelantados sistemas bioclimáticos y, cómo no, modernas herramientas, que permitan mejorar la salubridad de las actividades profesionales.

La buena noticia es que la apuesta por el diseño de la construcción bajo estas nuevas coordenadas de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas va a resultar positiva desde dos puntos de vista: el relativo a la salud laboral y el medioambiental. Atendiendo al segundo, no es ocioso recordar que a través de este nuevo modelo de urbanismo se va a redundar en la reducción de emisiones contaminantes, de gases de efecto invernadero o de producción de residuos, así como de los consumos de agua y energía, priorizando la utilización de materiales reutilizados o reciclados y de energías renovables frente a las fuentes de energía fósil, todo ello con el fin último de rebajar la liberación de gases de efecto invernadero y de combatir la pobreza energética. Por lo que hace al primero, un sector fuerte dedicado a la edificación ecológica permitirá la creación de un nutrido conjunto de puestos de trabajo de mayor calidad que los asociados a la construcción tradicional, mejor retribuidos y, cómo no, con menores dosis de penosidad.

Sin dejar de reconocer el potencial del urbanismo sostenible para crear puestos de trabajo, contribuir al crecimiento del Producto Interior Bruto, favorecer la cohesión social y beneficiar el entorno medioambiental externo e interno, lo cierto es que no es posible obviar que también entraña sus peligros, de modo que al igual que en la construcción tradicional existe un conjunto de variables que influyen, de manera decisiva, en las condiciones laborales del personal que presta sus servicios dentro de este nuevo ámbito,

que puede calificarse como versátil y diversificado en cuanto a riesgos profesionales se refiere, concurriendo además un reciente repunte en los índices de siniestralidad si se atiende a la estadística. Los cambios en el diseño de la actividad urbanística, pasando desde el desarrollo desenfrenado a la apuesta actual por la conservación y, sobre todo, renovación y regeneración de la ciudad existente, no eliminan *de radice* los riesgos laborales, que ciertamente pueden ser distintos, en ocasiones, a los de su configuración precedente, pero no por ello son menos importantes, no en vano «construcción sostenible» no es sinónimo de ausencia de peligro de sufrir accidentes de trabajo o de contraer enfermedades profesionales. La construcción, en general y la ecológica en particular, integra uno de los sectores de la actividad con mayores tasas de accidentabilidad del tejido económico, generando riesgos ciertos, unos heredados del pasado (trabajos en altura, resbalones, tropiezos, cortes, caídas, vuelco de maquinaria, sepultamientos, ruido, vibraciones, atropellos, sobreesfuerzos, posturas difíciles, cargas, golpes con objetos grandes, inclemencias meteorológicas, explosiones, incendios, impactos eléctricos, almacenamiento y manipulación de productos químicos, espacios confinados, destajos, envejecimiento de los trabajadores...), y otros de nueva gestación, derivados de novedosos materiales, tecnologías y diseños en las obras que permiten una mayor sostenibilidad del entorno natural mediante la reducción del consumo de energía y materias primas, una disminución de gases de efecto invernadero y una minimización y mayor aprovechamiento de los residuos a través de su reutilización, reciclaje o valorización, si bien, al tiempo, provocan el surgimiento de nuevas situaciones negativas, tales como, en una primera aproximación, la instalación de tecnologías de energía renovable en altura, combinada con la utilización de nuevos aislantes o productos que contienen nanomateriales o con exposiciones incontroladas a fibras, a partículas ultrafinas o a microorganismos desconocidos, unidas al uso de elementos reciclados, reutilizados o renovables con altas dosis de alérgenos, sustancias cancerígenas (bambú, paja, lana de oveja, lino, corcho, papel, disolventes, escoria fundida, feldespatos, titanio de potasio, cenizas volantes, sílice cristalina, fibra cerámica, roca, alquitrán de hulla, madera, resinas, serrín, cenizas de carbón...) o de productos acuosos que contienen biocidas, así como de fuentes de energía alternativa (solar pasiva, eólica y bioenergía), cuya obtención presenta riesgos laborales de incendio o de electrocución.

La prevención de los riesgos laborales en la construcción clásica y también en la regeneración y rehabilitación urbanas, donde la frecuencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es muy elevada, condicionada por tratarse de una actividad de riesgo en sí misma considerada, por la existencia de diversas fases (de proyecto y de ejecución), que exigen una atención específica y una elevada coordinación, máxime teniendo en cuenta que los accidentes resultan de gran severidad debido, sobre todo a las caídas de altura y al riesgo de sepultamiento, ha sido objeto de atención particular desde el Derecho de la Unión Europea a través de la Directiva 92/57, de 24 de junio (modificada por la Directiva 2007/30), y también desde el punto de vista del Derecho interno. Cabe mencionar, en primer lugar, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la Edificación, donde se regulan las exigencias técnicas y administrativas de la edificación y los agentes intervinientes; el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, sobre coordinación de actividades empresariales; el propio Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, con el objetivo de contribuir de manera decisiva al desarrollo de las políticas en materia de sostenibilidad, derivadas del Protocolo de Kyoto o de la Estrategia de Gotemburgo, que sintoniza con las nuevas exigencias de los procesos edificatorios y urbanizadores, fijando las exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones, en referencia tanto a la seguridad estructural y de lucha contra incendios, como a la salubridad, protección contra el ruido, el ahorro energético o la accesibilidad para personas con movilidad reducida, exigencias básicas que deben cumplirse en el proyecto,

la construcción, el mantenimiento y la conservación de los edificios y sus instalaciones (art. 1.4); la Ley 32/2006, de 18 de octubre, de Subcontratación en el Sector de la Construcción; la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal; y, cómo no, el VI Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, que dedica especial atención a la prevención de riesgos laborales (Libro Segundo), sin limitarse a realizar meras declaraciones programáticas sino que se ocupa de introducir una exhaustiva regulación preventiva. Elementos clave en este propósito son también las figuras del evaluador de edificios, el coordinador de seguridad y salud, el director técnico de la ejecución de la obra y el proyectista, dotadas todas ellas de competencias claras.

Sin dejar de reconocer que todavía quedan pasos por dar, cabe señalar que todo este cuerpo normativo y, sobre todo el esfuerzo de adaptación realizado por los interlocutores sociales, puede servir de inspiración para mejorar las condiciones de seguridad y salud en otros sectores estratégicos emergentes más limpios desde el punto de vista medioambiental en los que se manifiestan nuevas dolencias profesionales.

**Palabras clave:** Salud laboral; medio ambiente; empleos verdes; construcción sostenible; eco-edificación; sector de la rehabilitación; regeneración y renovación urbanas.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**ABSTRACT**

It is true that companies are a fundamental platform for promoting good environmental practices, integrating environmental protection into organisational management policy and the dynamics of less unhealthy work. Reducing the consumption of energy, raw materials and water, decarbonising the economy, emissions reduction and the decrease or avoidance of all forms of waste and pollution, all result in corporate behaviour that respects environmental values and, at the same time, involves the development of a less toxic professional activity *per se*. On the other hand, business environmental damage has a negative impact on both the natural habitat and the health of the workers themselves as subjects closest to the polluting agent. In addition, it is the employees who, on several occasions, are immediately aware of the deterioration that business activity causes in the environment, and therefore become important custodians of the biosphere. On the other hand, business environmental damage has a negative impact on both the natural habitat and the health of the workers themselves as subjects closest to the polluting agent. In addition, it is the employees who, on several occasions, are immediately aware of the deterioration that business activity causes in the environment, and therefore become important custodians of the biosphere. Thus, a suitable environment would lead to a less damaged natural environment, which makes the dividing line between professional risk and ecological risk very difficult to establish, so it is advisable to adopt as a principle an integral green culture *ad intra* and *ad extra* within the framework of the productive organizations.

On this basis, it cannot be ignored that there is significant potential for job creation in certain environmentally friendly sectors, such as energy production from renewable sources, energy efficiency, waste and water management, air quality, restoration and preservation of biodiversity, adaptation to climate change and development of ecological infrastructure, all of which are cleaner and undoubtedly less polluted than traditional industry.

However, the term «green company», as a new source of employment, does not mean that there are no hazards at all in the workplace, but the inclusion of new production processes, with changes in working methods and the use of previously unknown agents, generate work-related risks that are sometimes different, but no less important, than traditional ones. Therefore, it can be said that the increasingly advanced technologies used, and the sophisticated methods applied, which are undoubtedly more specialised and advanced for the generation of these renewable energies, are causing the emergence of new forms of harmfulness and unknown factors of negative impact on the health of workers, which must be properly assessed in order to adopt the appropriate preventive measures. And it is in this context that we can see how the progressive implementation of the national energy production system through the above-mentioned sources, in which the advances in science and research as a strategic public policy are evident, has not been accompanied by a regulatory body that provides safe criteria for resolving the conflicts and questions that arise between the different interests in conflict within the labour framework: on the one hand, the promoters of energy production and, on the other hand, the employees who suffer work-related accidents or contract diseases that do not deserve, in many cases, the qualification of occupational disease as they are not listed; the solution to these problems is complex for the judicial authorities, since, in the face of existing shortcomings, they are often forced to resort to generic standards, and on other occasions to more specific requirements, but with selective application depending on the particular danger (electrical, load handling, fire, explosion, chemical substances, biological agents, etc.), while complying with countless technical guidelines with the simple value of good practices.

The legislator's role in this context is essential in order to protect emerging occupational risks in the subsectors related to the alternative energy market. To this end, the guidance of preventive regulations in the traditional construction sector can serve as a model, which has had the virtue of being updated and adapted to the transformation that has taken place from an out-of-date, expansive and invasive building to a more sustainable business activity in terms of occupational health and safety and from the perspective of atmospheric quality. If it is well planned, urban growth has the potential

to improve people's access to education, health care, housing and other services, to adequately manage the impact of people's lives on the environment, and also to promote opportunities in terms of economic productivity, being able to generate less stressful jobs in the context of a business activity of greater complexity than traditional construction but with high added value, based on comprehensive urban regeneration and rehabilitation, which includes such diverse tasks as the conservation of historic and cultural ensembles; the repair and renovation of the housing stock when there are situations of deficiency or degradation of functional, safety and habitable basic requirements; the overcoming of energy poverty; the progress of citizens' quality of life in all neighbourhoods, including the most disadvantaged; as well as the implementation of information and communication technologies in urban environments to improve transport, mobility, public safety and the supply and consumption of energy and water (ideas included under the «smart. city» concept).

This new approach to urban planning, focusing on urban regeneration, restoration and renovation, will provide an economic stimulus, encouraging the development of employment by designing more energy-efficient housing and undermining self-complacency with the poor working conditions that have traditionally characterised the building sector: high turnover rate, temporariness and part-time work, a manual labour-intensive occupational structure, a lower level of training compared to the average for the rest of the economy, intensive rates of execution of the works (piecework), a massive succession of outsourcers and subcontractors in the context of a highly fragmented productive system, insufficient innovation, low participation of women and high participation of foreign workers, not to mention – as far as this is concerned – the inherent high accident rates. Therefore, it is a question of creating new employment opportunities within a less manual and more technically advanced construction sector, incorporating cleaner materials, advanced bioclimatic systems and, of course, modern tools, to improve the healthiness of occupational activities.

The good news is that the commitment to designing construction under these new coordinates of urban restoration, regeneration and renovation is going to be positive from two points of view: health at work and the environmental one. Regarding the second, it is not pointless to remember that this new urban planning model will lead to a reduction in polluting emissions, greenhouse gases or waste production, as well as water and energy consumption, prioritising the use of reused or recycled materials and renewable energy instead of fossil energy sources, all with the ultimate aim of reducing the release of greenhouse gases and combating energy poverty. Regarding the first one, a strong sector dedicated to ecological construction will allow the creation of a large number of jobs of higher quality than those associated with traditional construction, better paid and, of course, with lower levels of hardship.

While recognising the potential of sustainable urban planning to create jobs, contribute to the growth of Gross Domestic Product, promote social cohesion and favour the external and internal environment, the fact is that it cannot be ignored that it also entails its dangers, which means that, just as in traditional construction, there is a set of variables that influence it. In a decisive way, in the working conditions of the employees who provide their services in this new sphere, which can be qualified as versatile and diversified in terms of occupational risks, with a recent increase in the accident rates if statistics are taken into account. The changes in the design of urban development activity, from unbridled development to the current commitment to conservation and, above all, the renovation and regeneration of the existing city, do not eliminate hazards in the workplace, which can sometimes be different from those of their previous configuration, but they aren't less important; not for nothing, «sustainable construction» is not synonymous with the absence of the possibility of suffering work-related accidents or occupational diseases. Construction, in general, and the ecological one in particular, integrates one of the activity sectors with the highest accident rates of the economic structure, generating certain risks, some inherited

from the past (work at height, slips, trips, cuts, falls, machinery overturning, burials, noise, vibrations, collisions, overexertion, awkward postures, loads, blows with large objects, inclement weather, blasts, fires, electrical impacts, storage and handling of chemicals, confined spaces, piecework, aging of employees...), and others of new gestation, derived from the novel materials, technologies and designs in the constructions that allow a greater sustainability of the natural environment due to the decrease of the consumption of energy and raw materials, a reduction of greenhouse gases and a minimization and better use of the residues through their reuse, recycling or valorization, but, at the same time, they provoke the emergence of new negative situations, such as, in a first approximation, the installation of renewable energy technologies at heights, combined with the use of new insulators or products containing nanomaterials or with uncontrolled exposure to fibres, ultrafine particles or unknown micro-organisms, together with the use of recycled, reused or renewable elements with high doses of allergens, carcinogenic substances (bamboo, straw, sheep's wool, flax, cork, paper, dissolvents, molten slag, feldspars, potassium titanium, fly ash, crystalline silica, ceramic fibre, rock, coal tar, wood, resins, sawdust, coal ash, etc.) or aqueous products containing biocides, as well as alternative energy sources (passive solar, wind and bioenergy), the production of which presents a fire or electrocution occupational hazard.

The workplace hazard prevention in classic construction and also in urban regeneration and restoration, where the frequency of accidents at work and occupational diseases is very high, conditioned by the fact that this is a risky activity in itself, by the existence of various phases (design and execution), which require specific attention and high coordination, especially bearing in mind that accidents are very severe mainly due to falls from heights and the risk of being buried, which has been the subject of particular attention under European Union law via Directive 92/57 of 24 June (amended by Directive 2007/30), and also from the point of view of national law. It is worth mentioning, in the first place, the Building Planning Act 38/1999, of 5 November, which regulates the technical and administrative requirements of the building and the agents involved; Royal Decree 1627/1997, of 24 October, which establishes the minimum health and safety requirements for building constructions; Royal Decree 171/2004, of 30 January, on the coordination of business activities; and the Building Technical Code itself, approved by Royal Decree 314/2006, of 17 March, with the aim of making a decisive contribution to the development of sustainability policies, derived from the Kyoto Protocol or the Gothenburg Strategy, in line with the new requirements of building and urban development processes, setting the basic quality requirements for buildings and their facilities, with reference to structural safety and firefighting, health standards, noise protection, energy saving or accessibility for the disabled, basic requirements to be met in the design, building, upkeep and maintenance of buildings and their installations (art. 1.4); Law 32/2006, of 18 October, on Subcontracting in the Construction Sector; Law 14/1994, of 1 June, regulating temping agencies; and, of course, the Sixth General Collective Agreement for the Building Sector, which focuses particularly on the workplace hazard prevention (Book Two), not just making mere programmatic statements but also introducing exhaustive preventive regulations. In this regard, key elements are also the figures of the building evaluator, the health and safety coordinator, the work technical director and the designer, all of whom have clear responsibilities.

Recognising that still further steps have to be taken, it should be noted that this whole body of regulations and, above all, the efforts made by the social partners to adapt to it, can serve as an inspiration for improving health and safety conditions in other strategic emerging sectors, more environmentally friendly, in which new occupational diseases are appearing.

**Keywords:** Occupational health; environment; green jobs; sustainable construction; building ecology; restoration sector; urban regeneration and renovation.



BEATRIZ AGRA VIFORCOS\*\*

## 1. EL RIESGO LABORAL DE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN

### 1.1. Importancia y actualidad de la cuestión

Según informa la Dirección General de Tráfico (DGT), el número de accidentes de circulación con víctimas en el año 2016 fue de 102.362, de los cuales 36.721 tuvieron lugar en vías interurbanas y 65.641 en vías urbanas; a resultas de los mismos fallecieron en las primeras 1.291 personas y 519 en las segundas: 389 peatones, 1.101 conductores y 320 pasajeros. Las cifras reflejan como en el citado año el número de fallecidos (1.800) superó en un 7% el correspondiente al año 2015<sup>1</sup>.

Estos números muestran claramente la gravedad de un problema que, lejos de ceñir-

se al plano interno, se extiende a la práctica totalidad de países, tal y como se desprende del Plan Mundial para el Decenio de la Acción para la Seguridad Vial 2011-2020, aprobado por las Naciones Unidas<sup>2</sup>, que alude a la enorme incidencia de la mortalidad por colisiones en accidentes de tránsito en todo el mundo y a cómo millones de personas resultan heridas a consecuencia de los mismos con secuelas de discapacidad permanente, por lo que subraya la importancia de seguir utilizando el «Informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito», elaborado por la OMS en 2004, como marco de referencia de las medidas en materia de seguridad vial, y aplicando las recomendaciones según proceda, con especial atención a los principales factores de riesgo establecidos.

La problemática es objeto de atención también a nivel europeo, donde las orientaciones sobre seguridad vial 2011-2020 asumen la meta de reducir a la mitad el número total de víctimas mortales en las carreteras, sirviéndose para ello de los siguientes objetivos estratégicos

\* Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto «Sostenibilidad económica, social y medioambiental e innovación tecnológica: nuevas coordenadas para las políticas públicas en Castilla y León», LE004P17.

\*\* Profesora TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

<sup>1</sup> DGT: Anuario Estadístico de Accidentes 2016, recuperado de <http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/publicaciones/anuario-estadistico-de-accidentes/Anuario-accidentes-2016.pdf>.

<sup>2</sup> Plan Mundial para el Decenio de la Acción para la Seguridad Vial 2011-2020, recuperado de [http://www.who.int/roadsafety/decade\\_of\\_action/plan/plan\\_spanish.pdf](http://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/plan/plan_spanish.pdf).

gicos<sup>3</sup>: mejorar la educación y formación de los usuarios de la vía, potenciar el cumplimiento de las normas de circulación, promover mayor seguridad de las infraestructuras viarias, conseguir vehículos más seguros, promocionar el uso de las nuevas tecnologías para mejorar la seguridad vial, determinar medidas eficaces que mejoren los servicios de emergencia y atención tras las lesiones o proteger a los usuarios más vulnerables de la vía (vehículos de dos ruedas, ciclistas y peatones...).

En el plano interno, por su parte, en el momento actual se encuentra vigente la Estrategia de Seguridad Vial 2011-2020<sup>4</sup>, que establece seis prioridades (protección de los más vulnerables, potenciación de una movilidad segura en la zona urbana y mejora de la seguridad de los motoristas, de la seguridad en las carreteras convencionales, de la seguridad en los desplazamientos relacionados con el trabajo y de los comportamientos en relación a alcohol y velocidad en la conducción), once colectivos y temas clave (niños, jóvenes, mayores, peatones, ciclistas, motoristas, carretera convencional, empresa, transporte de mercancías y viajeros, alcohol y drogas y velocidad), once áreas de actuación (educación y formación, comunicación, la norma y su cumplimiento, salud y seguridad vial, seguridad en los vehículos, infraestructura e ITS, zona urbana, empresa y transporte profesional, víctimas, investigación y gestión y coordinación y participación) y ciento setenta y dos medidas.

El texto de la Estrategia muestra el perfil laboral de la cuestión cuando alude a la mejora de la seguridad en los desplazamientos de tal índole y entre sus temas clave incluye tan-

to «empresa», asumiendo la misión de «lograr el compromiso con la seguridad vial a través de la responsabilidad social corporativa de las organizaciones», como «transporte profesional», respecto al cual aspira a «reducir los riesgos en las vías para los que más se enfrentan a ellos». Parece lógico que una Estrategia que afirma el derecho «a un sistema seguro de movilidad en el que todos, ciudadanos y agentes implicados, tienen su responsabilidad», incluya entre sus objetivos la seguridad vial en el seno de las empresas y el transporte, toda vez que buena parte de los siniestros de circulación son accidentes de trabajo en alguna de las tres modalidades posibles: producidos al ir o volver del trabajo (*in itinere*), acaecidos durante la jornada en cumplimiento de encomiendas de la empresa (en misión) o en el ejercicio de la actividad laboral específicamente consistente en la conducción de vehículos (conductores de camiones, transportistas de mercancías, repartidores, taxistas, etc.)<sup>5</sup>.

Así las cosas, de los 566.235 accidentes de trabajo con baja habidos en el año 2016, 64.737 fueron accidentes laborales de tráfico (en su mayoría, 47.761, *in itinere*), es decir, un 11,4% del total; porcentaje que se eleva en el caso de accidentes de trabajo graves y mortales hasta alcanzar el 22,1% y el 33,1%, respectivamente. Estos datos, proporcionados por el Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSSBT), son completados con un perfil detallado de los rasgos que caracterizan esta singular siniestralidad laboral<sup>6</sup>: primero, los trabajadores de menor edad se muestran como colectivo especialmente vulnerable (si bien, en el caso de accidentes mortales también destacan los mayores de 55 años), al igual que ocurre con los empleados temporales; segundo, se constata como el

<sup>3</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Hacia un espacio europeo de seguridad vial: orientaciones políticas sobre seguridad vial 2011-2020», recuperada de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0389>

<sup>4</sup> Estrategia de seguridad vial 2011-2020, de la Dirección General de Tráfico, recuperada de [http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/politicas-viales/estrategicos-2011-2020/doc/estrategico\\_2020\\_003.pdf](http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/politicas-viales/estrategicos-2011-2020/doc/estrategico_2020_003.pdf)

<sup>5</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Accidentes laborales de tráfico», Cizur Menor (Aranzadi), 2010, pág. 35.

<sup>6</sup> INSSBT: Informe de accidentes laborales de tráfico 2016, recuperado de <http://www.oect.es/Observatorio/5%20Estudios%20tecnicos/Riesgos%20especificos/Estudios%20sobre%20Accidentes%20de%20trabajo%20relacionados%20con%20el%20trafico/Ficheros/Trafico%202016.pdf>

sexo masculino presenta una incidencia muy superior en accidentes de tráfico durante la jornada (ellos sufrieron el 80,8% de los siniestros), mientras que el riesgo de accidente *in itinere* afecta en mayor medida a las mujeres (salvo en los mortales); tercero, la ocupación más afectada por ambas modalidades de siniestro es la de conductores y operadores de maquinaria móvil, seguidos por los trabajadores de servicios de protección y seguridad; en fin, en cuanto a la división de actividad de la empresa sí se aprecia diferencia, pues en jornada la mayor incidencia se da en labores postales y de correos y en transporte terrestre, pero el accidente *in itinere* afecta con especial intensidad en las relacionadas con el empleo y la seguridad e investigación. Sea como fuere, cabe afirmar sin ambages que «la vía pública es el entorno laboral accidentógeno principal, y donde se produce la máxima exposición a lesiones severas es en la conducción de vehículos a motor»<sup>7</sup>.

La mejora de la situación pasa, a juicio de las Administraciones Públicas, por una actuación plural en el marco de las seis prioridades recogidas en la mentada Estrategia de Seguridad Vial, que, en relación con la seguridad en los desplazamientos laborales, concreta en lo siguiente: por cuanto hace al transporte profesional, aspira a «conseguir comportamientos más seguros de los conductores» y a «mejorar [su] capacitación y habilidad», para lo cual ofrece un elenco de acciones en materia de formación, estacionamiento, características de los vehículos, campañas de vigilancia, señalización, información, etc. En la esfera de la seguridad vial en la empresa, fija como objetivos operativos los de «lograr una intervención activa de las empresas en los accidentes *in itinere*» y «mejorar el conocimiento» de los mismos, tras lo cual lista una serie de medidas a adoptar que pasan por fomentar la realización de una conducción segura y eficiente, promo-

ver los planes de movilidad y seguridad vial de polígonos industriales, incorporar la prevención de los accidentes de tráfico en los programas de formación sobre prevención de riesgos laborales para empleadores y empleados, elaborar el contenido de la guía de formación sobre prevención de los accidentes de tráfico para los trabajadores, realizar campañas de información y concienciación sobre los riesgos de los desplazamientos *in itinere*, promover la realización de cursos prácticos de conducción segura para los asalariados, realizar encuentros periódicos para el intercambio de buenas prácticas en seguridad vial, promover la elaboración de planes al efecto en las empresas, revisar y ampliar los campos de los partes de accidente de trabajo y de accidente de tráfico para mejorar su interrelación y complementariedad, elaborar un estudio en profundidad sobre los accidentes *in itinere*, promover la investigación de los accidentes laborales de tráfico por los responsables de prevención de riesgos en las empresas dentro del marco legal establecido y potenciar la coordinación entre la Inspección de Trabajo, la Fiscalía y la policía en relación con los procesos y la prevención de estos siniestros.

Se trata, pues, de un problema de gran envergadura que afecta, por supuesto, a los profesionales de la conducción, pero también a cualesquiera trabajadores que necesitan desplazarse por carretera para cumplir las misiones encomendadas por su empresa o cuantos conducen hacia o desde su trabajo, son llevados como pasajeros o pueden ser víctimas de un atropello durante este trayecto, por lo que necesariamente debe afrontarse con rigor desde distintos puntos de vista, incluido, claro está, el de la prevención de riesgos laborales, en el que la meta será la de incorporar la seguridad vial al marco de la cultura preventiva empresarial<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: «Accidentes de trabajo in itinere y en misión», en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera», Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pág. 136.

<sup>8</sup> Pues «no cabe la menor duda de que aquellos trabajadores que de modo continuado o esporádico realizan sus actividades laborales en la circulación rodada se encuentran expuestos a intensos y particulares riesgos de accidentes de trabajo e incluso padecer cierto tipo de enfermedades profe-

## 1.2. Caracterización general del accidente laboral de tráfico: factores de riesgo y daños asociados

La pretensión de afrontar la siniestralidad laboral de tráfico pasa por conocer los factores que influyen en el desencadenamiento de accidentes, así como el mecanismo lesivo, pues tal información resultará crucial de cara al diseño de las medidas de prevención y protección. Sin duda alguna, para orientar las políticas de seguridad, se necesitan datos sobre los tipos de choque y su incidencia, un conocimiento detallado de las circunstancias en que acontecen y saber cómo se producen las lesiones y de qué tipo son<sup>9</sup>.

Los factores que participan o pueden participar en la producción de un accidente de circulación suelen aglutinarse en los tres siguientes: relacionados con la vía, con el vehículo siniestrado (averías...) y con el hombre<sup>10</sup>. El denominado factor humano, determinante en la inmensa mayoría de siniestros de tráfico, influye mediante errores de percepción o decisión (en el reconocimiento de las señales, la identificación de los vehículos, la percepción de los obstáculos o en el procesamiento de la información, la toma de decisiones y/o la ejecución de las maniobras); intervención de agentes que merman las capacidades, ya sean causas físicas (fatiga<sup>11</sup>, sueño, falta de energía, defectos sensoriales, enfermedades),

signales típicas propias de la conducción de vehículos», CRUZ VILLALÓN, J.: «Responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad vial», en AA.VV. (TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., Dirs.): «Seguridad vial de los trabajadores», Albacete (Bomarzo), 2017, pág. 15.

<sup>9</sup> OMS: Informe mundial sobre prevención de traumatismos causados por el tránsito, 2004, págs. 3 y 4.

<sup>10</sup> En torno al «83% de los accidentes de tráfico serían imputables al factor humano, el 13% a problemas mecánicos y un 4% al estado de la carretera», BARRAGÁN LÓPEZ, J.A. y otros: «Y después del accidente ¿qué?», Madrid (IMSERSO), 2000, pág. 35.

<sup>11</sup> Factor esencial a los efectos de este estudio, en tanto «en más de la mitad de los casos de accidente laboral en carretera el conductor mostraba signos de fatiga», GARCÍA OLIVER, A.T. y SAN JUAN, T.: «El transporte y reparto de mercancías provoca

estados psicofísicos (depresión, estrés, estado de ánimo, incapacitación sutil), uso de sustancias (alcohol, fármacos, drogas) o conductas interferentes (charlar, encender la radio o el equipo de música, usar el móvil); acción de inhibidores de la prudencia (adaptación de los sentidos a la velocidad, subestimación de la velocidad a que se circula, sobreestimación de las propias habilidades o infravaloración del nivel de exigencia de la tarea de conducción) o, incluso, la búsqueda intencionada de riesgo y emociones intensas, que normalmente se exterioriza a través de la velocidad.

Al considerar al ser humano como factor de riesgo es preciso tener presentes también las variables género y edad (pues las estadísticas muestran un impacto diferencial), así como, respecto a la siniestralidad vial en carretera, la naturaleza del vínculo laboral o las condiciones de trabajo. Respecto a la primera, ya se ha puesto de manifiesto el superior riesgo del trabajador temporal (con un índice de incidencia que durante la jornada supera, incluso, al autónomo<sup>12</sup>); por cuanto hace a las segundas, será preciso atender, señaladamente, a ciertos factores psicosociales que pueden influir de manera decisiva y sobre los que se volverá más adelante: la inestabilidad laboral, la falta de motivación, el exceso de carga física o mental del trabajo, la falta de soportes necesarios para resolver posibles incidencias, la sensación generalizada de que el tiempo de desplazamiento es tiempo perdido (que se compensa aumentando la velocidad), etc. Es en estos aspectos donde más evidente se hace la necesidad de una gestión preventiva integrada en la gestión ordinaria de la empresa, pues solo así podrán ser tomadas en consideración las implicaciones que algunos elementos propios de la organización empresarial (el ejemplo claro

un fuerte desgaste en la salud de los trabajadores», PorExperiencia, núm 35, 2007.

<sup>12</sup> INSSBT: Informe de accidentes laborales de tráfico 2016, recuperado de <http://www.oect.es/Observatorio/5%20Estudios%20tecnicos/Riesgos%20especificos/Estudios%20sobre%20Accidentes%20de%20trabajo%20relacionados%20con%20el%20trafico/Ficheros/Trafico%202016.pdf>

viene dado por el tiempo o la ordenación del trabajo) tienen en materia preventiva.

El factor mecánico (vehículo), por su parte, exige tomar en consideración su tipo (incluidas sus características ergonómicas), antigüedad (a más edad más posibilidad de fallo mecánico y de que no incorpore las últimas tecnologías de seguridad activa y pasiva)<sup>13</sup>, kilómetros recorridos, estado o problemas mecánicos (sobre todo en neumáticos, frenos, iluminación o dirección), sobrecarga o mala distribución de la carga, etc.; pero también la relación vehículo/conductor, es decir, deficiencias en mantenimiento y reparación, desconocimiento de la máquina y sus sistemas o ergonomía de la información (vinculada con el estrés perceptivo del conductor).

En lo referente a la vía (elemento estructural), en fin, debe considerarse la calzada en sentido estricto (trazado, anchura, tipo de pavimento, número de carriles, pendiente, estado...), pero también el diseño del entorno (tanto localización de señales, bolardos, barras protectoras o carteles, como diseño de la señalización desde el punto de vista perceptivo: tipo de letra, tamaño, color, visibilidad, iluminación...), la climatología (nieve, lluvia, niebla, hielo...), otras incidencias de carácter temporal (oscuridad, obras, cruce de animales, vehículos o peatones, atascos y retenciones...) o las propias medidas de control de tráfico y supervisión policial (señales luminosas de los agentes, controles, cámaras, pasos de peatones...).

Por cuanto hace a las consecuencias de la materialización del riesgo, es decir, del acaecimiento de un siniestro, los daños que pueden afectar a los ocupantes de un vehículo a motor pueden ser, conforme de todos es sabido, muy graves, hasta el punto de poder llegar a provo-

car la muerte. Pero, tal y como apunta la DGT, «las cifras de mortalidad representan sólo una parte, comparativamente pequeña, del impacto de los accidentes de tráfico en la salud de la población. Además de muertes, los accidentes de tráfico producen lesiones graves no mortales que requieren asistencia sanitaria. En algunos casos estas lesiones dejan secuelas de por vida o causan algún grado de incapacidad generando elevados costes económicos, tanto sanitarios como sociales». Así pues, los fallecidos representan una mínima porción del volumen total de los daños, conforme demuestran los datos de la DGT, derivados de partes policiales, según los cuales, «por cada fallecido en accidente de tráfico se producen en torno a 5 heridos suficientemente graves como para requerir ingreso hospitalario y alrededor de 72 que precisan asistencia médica»; ahora bien, fuentes sanitarias aportan números todavía más dramáticos, pues «se observa que por cada fallecido en accidente de tráfico había 11 heridos hospitalizados y 263 heridos no hospitalizados»<sup>14</sup>.

Las lesiones derivadas del siniestro están conectadas con la naturaleza del mismo<sup>15</sup>. Así, cabe plantear diversas hipótesis<sup>16</sup>, entre las cuales procede citar, en primer lugar, la colisión frontal (de dos vehículos o de uno contra un objeto fijo), en cuyo caso los daños dependerán de sendos factores: de un lado, la posición dentro del habitáculo; de otro, el uso de mecanismos de contención. Los daños del conductor podrán producirse en cabeza, tórax o extremidades (según si tiene lugar una proyección as-

<sup>14</sup> DGT: Las principales cifras de la siniestralidad vial. España 2016, pág. 141, recuperado de <http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/publicaciones/principales-cifras-siniestralidad/Las-principales-cifras-2015.pdf>.

<sup>15</sup> Sin olvidar que las consecuencias de los accidentes de tráfico pueden implicar no sólo lesiones físicas, sino también otras de tipo psicológico y emocional, debido al trauma (ansiedad, depresión, shock, ansiedad, depresión, etc.), BARRAGÁN LÓPEZ, J.A. y otros: «Y después del accidente ¿qué?», cit., págs. 75-76.

<sup>16</sup> En la descripción de lesiones típicas, se ha seguido la obra DE MAIO, V.J.M. y DANA, S.E.: «Manual de Patología forense», Madrid (Díaz de Santos), 2003, págs. 183 y ss.

<sup>13</sup> Destaca la elevada antigüedad del parque actual de los camiones y furgonetas, con una media de 12 años de antigüedad, DGT: Camiones y furgonetas objetivo de la nueva campaña de vigilancia de la DGT, 13 de febrero de 2017, recuperado de <http://www.dgt.es/Galerias/prensa/2017/02/NP-campana-vigilancia-camiones-y-furgonetas-feb-2017.pdf>.

cedente o descendente), siendo de destacar, en atención al lugar ocupado en el vehículo, los generados por el impacto del volante y por la columna de dirección, así como la especial incidencia de efectos lesivos en el lado izquierdo del cuerpo. El copiloto está sujeto a un cuadro análogo, pero con mayor perjuicio en la parte derecha y con la salvedad dada por la ausencia de heridas asociadas al volante y/o la dirección; la situación de los pasajeros de los asientos traseros es parecida, pudiendo ver más dañada la zona anatómica más cercana a la ventanilla correspondiente.

Buena parte de estas lesiones podrán evitarse mediante el uso de sistemas de seguridad pasiva, que, en choques de baja energía, actúan como verdaderos salvavidas. Aun así, es importante tener presentes también los riesgos que estos elementos pueden provocar: en el caso del cinturón de seguridad, excoriaciones, abrasiones o quemaduras por fricción (transversal en la dirección del cinturón y lineal en el abdomen); fracturas costales y/o del esternón (transversales en la dirección indicada) y/o lesiones viscerales (contusiones pulmonares y cardíacas, pero también, por la porción horizontal del cinturón, en las vísceras abdominales). Por cuanto hace al airbag, puede actuar como desencadenante de quemaduras en miembros superiores, luxación o subluxación de la articulación temporomandibular, lesiones oculares, irritación de vías aéreas (gases)..., incluso, en casos extremos, lesiones del raquis medular y paro cardíaco (*commotio cordis*).

Por su parte, las lesiones que se producen como consecuencia de las colisiones laterales (en un cruce o en un golpe lateral contra objeto fijo) son parecidas a las descritas para el choque frontal, aunque su intensidad varía en función del lado siniestrado y de la presencia de otro individuo interpuesto que actúe como protección; en cualquier caso, con carácter general presentan menor letalidad. En esta situación (como en la colisión de frente), es preciso tener presente también el riesgo de vuelco, dado su elevado potencial lesivo cuan-

do no se utilizan mecanismos de sujeción, sobre todo en los casos en que se produce una eyección (parcial o, sobre todo, total), con el riesgo de aplastamiento y mutilación que trae aparejada. En cualquier caso, frente a los siniestros apuntados, el menor nivel de lesividad lo presentan las colisiones por alcance, cuya consecuencia clásica es el latigazo cervical (*whiplash*).

En la hipótesis de vehículos a dos ruedas, procede indicar para las motocicletas que, dada su naturaleza y la dinámica del accidente, son de destacar por su gravedad las lesiones en cabeza (incluso portando casco) y cervicales, sin perjuicio, claro está, de posibles daños internos, fracturas en extremidades, abrasiones, excoriaciones, etc<sup>17</sup>. Los accidentes de bicicleta no suelen provocar consecuencias especialmente graves, salvo, por supuesto, las hipótesis de atropello, causa de daños cuyo alcance depende, fundamentalmente, de la velocidad a que tiene lugar el impacto, así como de la forma de producirse la caída.

Conviene no olvidar, para finalizar, que el conductor también puede verse afectado por el riesgo de accidente de circulación en calidad de peatón, pudiendo ser atropellado cuando abandona el habitáculo por razón de su trabajo o por cualquier otra circunstancia: mientras trabaja en su vehículo junto a la carretera, durante el repostaje, en el proceso de cambio de neumáticos o de reparación de averías, en las labores de carga y descarga o en las maniobras de enganche y desenganche del remolque, por ejemplo<sup>18</sup>. A este respecto, es

<sup>17</sup> «La motocicleta es considerada extremadamente peligrosa por su mayor vulnerabilidad frente al automóvil. La convivencia de automóviles y otros vehículos con la motocicleta en una misma vía de circulación con intenso tráfico urbano, acrecienta el riesgo», NTP 1091: Riesgos laborales viarios: marco conceptual (II), 2017.

<sup>18</sup> MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», en OIT: Capítulo 102. Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, 3ª ed. (equivalente a la 4ª ed. en inglés), Madrid (MTAS), 1999, pág. 25. En el caso específico de los encargados de la recogida de basuras, por ejemplo, el peligro es superior por la frecuencia con la que el trabajo exige abandonar el interior de la cabina, BOURDOUXHE, M.: «Recogida de basuras domésticas»,

preciso tener presente que la velocidad, el tipo de vehículo, la existencia de frenado y la estatura de la víctima actúan conjuntamente provocando diferentes situaciones, de modo que el peatón puede verse lanzado hacia arriba o hacia delante o ser tumbado; sea como fuere, el atropello genera un patrón de lesiones característico: causadas por el paso del neumático sobre la piel, heridas «figuradas» por la acción de las distintas partes del vehículo, la denominadas «de defensa» (a raíz del golpe de esta contra las extremidades inferiores, habitualmente generan fracturas), otras producto de la caída sobre el capó o el parabrisas, etc. Para erradicar o reducir estos riesgos procede evitar las salidas salvo que sea necesario, utilizar ropa de fácil visibilidad (recuérdese la obligación de portar chaleco reflectante)<sup>19</sup>, alertar al tráfico en las operaciones de mantenimiento y averías, permanecer lo más cerca posible del vehículo...; en concreto, para prevenir atropellos en zonas de estiba y desestiba es importante respetar la señalización de las distintas áreas y espacios<sup>20</sup>.

### 1.3. Dualidad normativa: legislación de circulación y transporte frente a regulación laboral y de seguridad y salud en el trabajo

Sin perjuicio de la importancia que pueden tener en esta materia cuestiones como la legislación de seguros, el baremo de accidentes de tráfico..., en la regulación de la seguridad vial en el trabajo confluyen, fundamental-

mente, dos bloques normativos de la máxima trascendencia; a saber: la legislación de circulación por carretera y, para trabajadores asalariados, la legislación laboral<sup>21</sup>, a las que se añade la legislación de transporte en el caso de actividades profesionales en dicho sector.

Como norma básica de circulación por carretera es preciso citar el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en la que se regulan cuestiones tan importantes como las normas que rigen dicha circulación, la señalización, los permisos y licencias de conducción, los permisos de circulación de los vehículos, el régimen sancionador (el administrativo, pues en la responsabilidad penal rige, como de todos es sabido, el Código Penal) y la regulación del sistema de puntos. A nivel reglamentario, mención expresa merecen también el RD 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento general de circulación; el RD 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de conductores, o, por no seguir, el RD 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general de vehículos.

En materia de transporte por carretera se produce una compleja situación normativa derivada, en gran medida, de la distribución de competencias entre Estado, Comunidades Autónomas y Administraciones locales<sup>22</sup>. La concreción de esta distribución competencial se revela como una labor particularmente farragosa a raíz, primero, de las distorsiones y dificultades que introducen los traspasos (pre y posconstitucionales) de atribuciones y competencias estatales a las Comunidades Autónomas; segundo, de la aprobación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de

en OIT: Capítulo 101. Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, 3ª ed. (equivalente a la 4ª ed. en inglés), Madrid (MTAS), 1999, pág. 16.

<sup>19</sup> Sobre la ropa de señalización de alta visibilidad, «destinada a señalar visualmente la presencia del usuario, con el fin de que éste sea detectado en condiciones de riesgo, bajo cualquier tipo de luz diurna y bajo la luz de los faros de un vehículo en movimiento en la oscuridad», NTP 718: Ropa de señalización de alta visibilidad, 2007.

<sup>20</sup> NTP 717: Gestión y tratamiento de residuos urbanos. Riesgos laborales en centros de transferencia, 2007 o NTP 781: Gestión y tratamiento de residuos sólidos urbanos. Riesgos laborales en vertederos, 2008.

<sup>21</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad vial», cit., pág. 15.

<sup>22</sup> Una descripción de la situación normativa en la materia en CASARES MARCOS, A.: «Régimen jurídico-administrativo del transporte por carretera», AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera», cit., págs. 52 y ss.

los transportes terrestres, como marco normativo para la regulación de un sistema común de transportes, y, tercero, de la confusa, a la par que polémica, jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el reparto competencial en la materia. Además, preciso es indicarlo, tampoco debe minusvalorarse el papel que están llamados a desempeñar los entes locales, que dota de especial complejidad a la regulación y ordenación de los transportes terrestres urbanos. Así las cosas, parece difícil ofrecer un elenco completo de la normativa vigente en la materia, máxime teniendo en cuenta que los aspectos regulados son innumerables, incluyendo previsiones sobre tiempo de conducción y descansos, régimen de autorizaciones, autoridades competentes, documentación y control administrativo, condiciones de contratación, sistemas inteligentes e interfaces, formación y cualificación de los conductores, acceso de personas con discapacidad, transporte escolar, equipamiento de vehículos, mercancías específicas, protección de animales... Con todo, es preciso citar expresamente, al menos, las normas siguientes: la aludida Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres; la LO 5/1987, de 20 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable; la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías; el RD 1211/1990, de 28 de septiembre, por la que se aprueba el Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres, o el RD 97/2014, de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español.

La legislación laboral, por su parte, se ha interesado por la seguridad vial a partir de sendas nociones básicas pertenecientes al ámbito de la Seguridad Social<sup>23</sup>: el accidente *in*

*itinere* y el accidente en misión, que no siempre son viales, pero sí en muchas ocasiones<sup>24</sup>. Por cuanto hace al primero, contemplado en el art. 156.2 del 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 (LGSS), se trata de una figura ampliamente tratada por la doctrina científica, dada su peculiaridad como accidente al que no se aplica la presunción de laboralidad en tanto no acontece «durante el tiempo y el lugar de trabajo» (art. 156.3 LGSS), por lo que será el trabajador el que deba aportar la oportuna prueba que acredite el escenario determinante de su carácter laboral; a saber, y según reiterada jurisprudencia (más o menos rigurosa en su interpretación según el caso), los requisitos teleológico (la finalidad del desplazamiento viene dada por el desarrollo del trabajo), topográfico (el siniestro acontece en el trayecto normal entre domicilio y lugar de prestación de servicios), cronológico (se produce dentro del tiempo prudencial exigido por dicho trayecto) y mecánico (en medio de transporte normal o idóneo). No obstante, «interesa recordar que, aunque presentes estos cuatro elementos, la concurrencia de determinadas circunstancias tiene como efecto la ruptura de la relación de causalidad y puede, por tanto, privar al accidente de su naturaleza «profesional» o «laboral»»<sup>25</sup>; por cuanto hace, en concreto, a la ingesta de alcohol o drogas, no puede ofrecerse una respuesta homogénea, pues dependerá de si el acto es considerado constitutivo de imprudencia simple o temeraria, lo cual resulta paradójico, en tanto puede suceder que un comportamiento sea sancionado penalmente con pena de prisión, mientras que en el ordenamiento de Seguridad Social

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, «no todos los accidentes de trabajo *in itinere* son accidentes de tráfico, también hay caídas, patologías no traumáticas, etc.», NTP 1090: Riesgos laborales viarios: marco conceptual (I), 2017.

<sup>25</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Un apunte acerca del consumo de alcohol y drogas en el accidente *in itinere*», en AA.VV. (TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRA NUENO, M., Dirs.): «Seguridad vial de los trabajadores», cit., págs. 155 y ss.

<sup>23</sup> Sobre las complejas conexiones entre las normas que rigen el tráfico rodado y la normativa de Seguridad Social, ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Accidentes laborales de tráfico», cit., págs. 41 y ss.

persista la protección por rechazarse la existencia de temeridad<sup>26</sup>.

El accidente en misión, que ha sido objeto de mucha menor atención doctrinal<sup>27</sup>, constituye una construcción de origen jurisprudencial para denominar los acaecidos en lugar distinto a aquel en el que el trabajador ejerce habitualmente su labor, al ocurrir durante un desplazamiento efectuado en cumplimiento de órdenes empresariales explícitas o implícitas. «Aunque tiene elementos comunes con los trabajos que se realizan de manera móvil o itinerante, no deben confundirse... Entre otras razones, porque en el trabajo móvil la actividad del trabajador consiste precisamente en desplazarse, mientras que en el trabajo en misión el desplazamiento no forma parte de la actividad laboral en sí misma considerada, aunque deba acometerse como circunstancia relacionada con esta, en la medida en que la actividad laboral debe desplegarse en sitio diferente al usual y propio del trabajador»<sup>28</sup>. Aunque no debería presentar mayor singularidad respecto a cualquier otro accidente de trabajo, lo cierto es que plantea dificultades hermenéuticas, pues a veces no resulta sencillo fijar la frontera entre los momentos estrictamente laborales y los privados cuando la movilidad abarca varios días<sup>29</sup>, en tanto «no todo lo que sucede durante la misión tiene una

conexión necesaria con el trabajo, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la misión laboral»<sup>30</sup>.

Al margen de la Seguridad Social, también desde un punto de vista preventivo la seguridad vial ha ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo, en el convencimiento de que no basta con una tutela reparadora, sino que es preciso intentar evitar la producción del siniestro<sup>31</sup>. La conexión entre siniestralidad laboral y accidentes de circulación, asumida previamente por la normativa de protección social, es puesta de manifiesto explícitamente en el ámbito de la prevención de riesgos laborales por el Reglamento de los servicios de prevención (aprobado por RD 39/1997, de 17 de enero, RSP) cuando en su anexo VI incorpora la seguridad vial como contenido obligatorio del programa formativo de los técnicos superiores en prevención de riesgos laborales, enmarcada dentro de lo que denomina «técnicas afines». Recuérdese, además, que la deuda preventiva impuesta por el art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), alcanza a todo empresario, incluidos los dedicados al transporte de mercancías y personas, quienes deben cumplir respecto de sus trabajadores la totalidad de mandatos que la legislación de seguridad y salud hace recaer sobre cualesquiera empleadores a fin de garantizar la máxima protección posible de su personal y que vienen a añadirse a las rigurosas exigencias que en atención a la peligrosidad inherente a la actividad son establecidas en la ya citada normativa administrativa de circulación y transporte<sup>32</sup>.

La conexión seguridad vial-seguridad laboral es también clara en el diseño de las políticas públicas auspiciadas por los arts. 5 y ss. LPRL, señaladamente en la ya superada

<sup>26</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Accidentes laborales de tráfico», cit., pág. 87 o VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Un apunte acerca del consumo de alcohol y drogas en el accidente in itinere», cit., págs. 155 y ss.

<sup>27</sup> Precisamente por ello debe destacarse la obra de TASCÓN LÓPEZ, R.: «El accidente de trabajo en misión», Valencia (Tirant lo Blanch), 2011 o, más recientemente, de PÉREZ AMORÓS, F.: «El concepto de accidente de trabajo en misión: una modalidad de accidente de trabajo distinta de la del accidente de trabajo in itinere» o, incorporando a la ecuación el componente internacional, LÓPEZ CUMBRE, L.: «Accidentes como consecuencia de la movilidad internacional laboral», ambos en AA.VV. (TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., Dirs.): «Seguridad vial de los trabajadores», cit., págs. 71 y ss. y 103 y ss., respectivamente.

<sup>28</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Accidentes laborales de tráfico», cit., págs. 255-256.

<sup>29</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: «Accidentes de trabajo in itinere y en misión», cit., pág. 129.

<sup>30</sup> STS 6 marzo 2007 (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3415/2005).

<sup>31</sup> LÓPEZ, M. y MENÉNDEZ, J.: «Los accidentes de trabajo olvidados», Tráfico, marzo-abril, 2004, págs. 3 y ss.

<sup>32</sup> TRUJILLO PONS, F.: «La prevención de riesgos laborales en el transporte por carretera de mercancías peligrosas», Barcelona (Atelier), 2013, págs. 175 y ss.

Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007/2012, en la que se plantearon numerosos objetivos y líneas de actuación que debían dirigir las políticas preventivas a implantar, incluyendo, por cuanto aquí importa, referencias específicas a los riesgos asociados a la movilidad con incidencia en los accidentes *in itinere* y en misión. En relación con esta cuestión, el Balance final de la Estrategia apunta como avances alcanzados los siguientes<sup>33</sup>:

Primero, la aprobación del RD 404/2010, de 31 marzo, que regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Señala el Balance que «entre las actuaciones posibles a desarrollar por las empresas que aspiren a ser beneficiarias del mismo, se encuentra... el desarrollo de planes de movilidad vial como medida para prevenir los accidentes de trabajo en misión y los accidentes *in itinere*». Aunque esta norma ha sido derogada y sustituida por RD 231/2017, de 10 de marzo, de análoga denominación, el nuevo reglamento (recientemente desarrollado por Orden ESS/256/2018, de 12 de marzo) comparte la inspiración que auspició la redacción de su precedente y reitera en su anexo I la referencia a los citados planes.

Segundo, a fin de facilitar la implantación de planes de seguridad vial en las empresas, el INSSBT y la DGT colaboraron (en el marco del acuerdo firmado el 1 de marzo de 2011 entre el Ministerio del Interior y el MEYSS) en la redacción de una guía metodológica para la elaboración de un «Plan Tipo de Seguridad Vial en la empresa»<sup>34</sup>, objeto de análisis en ulteriores páginas.

<sup>33</sup> Balance final de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012, recuperado de <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Comision/GruposTrabajo/ficheros/Balance%20FINAL%20EESST.pdf>.

<sup>34</sup> DGT (Observatorio Nacional de Seguridad Vial): Plan Tipo de Seguridad Vial en la Empresa. Guía metodológica, 2011,

Tercero, se creó en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo el Grupo de Trabajo Seguridad Vial Laboral. Nació en 2011 y, tras varias reuniones, su Informe se hizo público en junio de 2016<sup>35</sup>, año en el cual, aunque no se signifique en el Balance, también se publicó la «Guía para las actuaciones de la Inspección de Trabajo en materia de seguridad vial en las empresas»<sup>36</sup>.

En fin, por cuanto hace a los datos de siniestralidad, «están siendo ajustados al esquema que se sigue en los distintos países de la Unión Europea, distinguiendo entre accidentes *in itinere*, accidentes laborales de tráfico, patologías no traumáticas y demás casuística». El Balance destaca la realización del Informe de accidentes laborales de tráfico 2011, procediendo señalar en este punto que la labor del INSSBT a este respecto ha continuado con sucesivos informes anuales hasta, por el momento, el ya citado de 2016.

Pese a los logros, los datos puestos de manifiesto al principio de este discurso hacen patente que todavía queda mucho camino por recorrer. Así las cosas, no puede causar sorpresa que también la vigente Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015/2020 se ocupe de la siniestralidad laboral en carretera y que, tras constatar la importancia de la cuestión, plantee una línea específica de actuación, consistente en «promover la seguridad vial laboral, en cooperación con la Dirección General de Tráfico, con el objetivo de reducir los accidentes de tráfico laborales», en cuyo seno se incorporan medidas orientadas a «diseñar e implementar actividades de investigación,

recuperado de [http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/politicas-viales/sectoriales/doc/seguridad\\_vial\\_empresa.pdf](http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/politicas-viales/sectoriales/doc/seguridad_vial_empresa.pdf)

<sup>35</sup> Informe del Grupo de Trabajo Seguridad Vial Laboral de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, recuperado de <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Comision/DOCUMENTOGTSeguridadVialLaboral.pdf>

<sup>36</sup> Guía para las actuaciones de la Inspección de Trabajo en materia de seguridad vial en las empresas, recuperada de [http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Normativa\\_documentacion/Docum\\_ITSS/GuiaITSS\\_vial.pdf](http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Docum_ITSS/GuiaITSS_vial.pdf)

prevención y sensibilización enfocadas a minimizar el impacto del accidente de tráfico sobre la siniestralidad laboral», así como a «favorecer el intercambio de buenas prácticas que promuevan la reducción de los accidentes de tráfico laborales».

#### 1.4. Seguridad vial en la empresa

No cabe duda de que la seguridad vial debe ser afrontada como una responsabilidad compartida entre el ámbito público y el privado, motivo por el cual resulta imprescindible la colaboración de todas las Administraciones competentes y la implicación efectiva de cuantos colectivos puedan verse afectados, incluidos, como no, sindicatos, asociaciones profesionales, empresas y trabajadores. En concreto, y merced a cuanto dispone la normativa, el empresario deberá garantizar la salud y seguridad de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con su trabajo (art. 14 LPRL), incluidos los desplazamientos *in itinere* y en misión, capaces de poner «a prueba la capacidad de la empresa por prever y evitar aquellos riesgos laborales que pueden materializarse fuera del ámbito normal de la actividad de la organización productiva»<sup>37</sup>. Pese a ello, «parece que las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales no se han centrado de manera específica en las cuestiones atinentes a la seguridad vial, más allá de aquellas empresas dedicadas específicamente al transporte de mercancías o de personas»<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: «Accidentes de trabajo in itinere y en misión», cit., pág. 135. En todo caso, «el deber de seguridad del empleador se extiende (con dudas y motivaciones) hacia todos los momentos en los que el trabajador está bajo las directrices profesionales, abarcando singularmente los desplazamientos fuera de la localidad de prestación del trabajo, precisamente por razón del cometido laboral», ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Accidentes laborales de tráfico», cit., pág. 53.

<sup>38</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Accidentes laborales de tráfico», cit., pág. 38.

Para lograr avances significativos, la empresa ha de dotarse de un sistema, de una hoja de ruta cuyo origen se sitúa en un plan de prevención de riesgos laborales, que, acompañado de sus instrumentos básicos, la evaluación de riesgos y la planificación preventiva, debe de servir de herramienta para integrar la prevención en su sistema general de gestión, estableciendo la política asumida por la organización productiva en la materia (arts. 16 LPRL y 1-9 RSP). En este esquema debe incluirse la oportuna consideración a las amenazas derivadas de la circulación rodada y la utilización de vehículos de motor<sup>39</sup>, marco donde encuentran cabida los programas de seguridad vial y/o los denominados «planes de movilidad», que operan como punto de conexión entre las exigencias de seguridad y salud en el trabajo y las demandas de desarrollo sostenible<sup>40</sup>, en cuyo seno se asume el objetivo de «optimizar energética y ambientalmente las necesidades de movilidad de las personas y los flujos de mercancías» (Estrategia Española de Desarrollo Sostenible 2007<sup>41</sup>).

<sup>39</sup> «Los riesgos laborales viarios deben ser evaluados tal como la reglamentación exige. Para hacerlo, y en base a la gravedad de sus consecuencias, deben aplicarse metodologías específicas que faciliten el proceso evaluador, permitiendo seleccionar y priorizar las medidas preventivas a aplicar... No sería aceptable utilizar metodologías convencionales simplificadas que no permitan identificar factores de riesgo propios de la actividad, con los que poder estimar en base a su grado de presencia e incidencia la probabilidad de acontecimiento del accidente en cuestión, aunque sea de manera orientativa. La evaluación de riesgos laborales es, junto la consecuente planificación preventiva, instrumento esencial del Plan de prevención, cuya finalidad principal es la integración de la prevención en el sistema general de gestión de toda organización», NTP 1091: Riesgos laborales viarios: marco conceptual (II), 2017.

<sup>40</sup> «Los vehículos privados se utilizan en demasía para los desplazamientos al trabajo, con los consiguientes inconvenientes adicionales de tiempos perdidos y daños al medio ambiente, derivados de la contaminación ambiental del aire por gases y partículas en suspensión. El sector del transporte participa en más de un tercio del total de emisiones de CO<sub>2</sub>, con el consiguiente efecto invernadero. Cabe destacar también la contaminación por derivados nitrosos y las partículas tóxicas de la combustión del gasoil», NTP 1090: Riesgos laborales viarios: marco conceptual (I), 2017.

<sup>41</sup> Esta Estrategia asume como objetivos a alcanzar en relación con esta cuestión los de «lograr un mayor equilibrio modal en el ámbito de transporte interurbano de mercancías

De cara a facilitar la tarea, además de las guías y manuales relativos a los planes de prevención de riesgos laborales que pone a disposición de todos el INSSBT, resulta de la máxima importancia el citado «Plan Tipo de Seguridad Vial» elaborado igualmente por el Instituto, en colaboración con la DGT. La guía metodológica incluida establece el *iter* a seguir para la implantación de un plan estratégico en las empresas, ofreciendo una propuesta que pretende servirles de referencia a la hora de afrontar su confección y puesta en marcha. A tal fin, propone una intervención en seis etapas: en una fase preliminar (etapa 0) se procede a concienciar e implicar a la dirección y agentes participantes, a designar a los responsables del plan y asignarles roles y responsabilidades y a movilizar a la organización para su participación. Tras esta acción inicial se afronta el diagnóstico (etapa 1), para lo cual será menester identificar las principales características y analizar los desplazamientos *in itinere* y en misión, los accidentes viales, las condiciones reales de la movilidad y la gestión de la misma. Una vez dados estos primeros pasos, la evaluación de riesgos (etapa 2) implica asignar el nivel de exposición al riesgo, proceder a su medición, así como determinar la prioridad de los colectivos, y, acto seguido, la elaboración del plan (etapa 3) exige definir las metas y objetivos a alcanzar, priorizar las acciones y buscar sinergias y apoyos. Para la implantación del mismo (etapa 4) será precisa la planificación de las acciones a desarrollar, la comunicación inicial e implicación de la organización, la adecuación de los recursos, el establecimiento de procesos de gestión y la adaptación a los cambios. El colofón vendrá dado por el seguimiento y evaluación (etapa 5), donde resulta imprescindible definir los indicadores del plan de seguridad vial, obtener

y pasajeros, reducir la congestión en el ámbito urbano, reducir la tasa de accidentalidad en carretera y disminuir los niveles de ruido generado por las actividades de transporte». Sobre la interesante conexión entre seguridad vial laboral y desarrollo sostenible, ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Planes de movilidad sostenibles», en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera», cit., págs. 257 y ss.

la información de los mismos, analizar y evaluar su resultado y establecer medidas correctoras o revisar las ya adoptadas<sup>42</sup>.

Existen innumerables documentos que orientan sobre posibles acciones a incluir en el seno del plan de seguridad vial o de movilidad de la empresa, que necesariamente debe elaborarse adaptado a las concretas necesidades y situación de cada organización productiva. En todo caso, es preciso partir de la esencial diferencia existente entre el desplazamiento del trabajador de su domicilio al trabajo y viceversa (origen del accidente *in itinere*) y el realizado para cumplir una misión encomendada por la empresa, pues en este segundo caso resulta plenamente operativo el poder directivo de la empresa (art. 20 ET) y, en consecuencia, queda en manos del empresario la determinación del modo y manera en que debe desarrollarse la prestación, incluida la imposición de un determinado método de trabajo por considerarse más seguro. En los trayectos desde o hacia el domicilio, en cambio, el poder directivo decae, sin perjuicio de que, a partir de la actuación conjunta de la normativa de Seguridad Social y la preventiva, sea dable exigir al empresario al menos una mínima supervisión y una actuación proactiva destinada a reducir los factores determinantes del accidente<sup>43</sup>. En consecuencia, «existe una clara responsabilidad legal de la empresa en los desplazamientos en jornada de trabajo y un deseable compromiso moral y social en los desplazamientos *in itinere*»<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> La Guía práctica para la elaboración e implantación de Planes de Transporte al centro de trabajo, elaborado por IDAE en el año 2006, con la colaboración de diversas instituciones públicas, plantea un itinerario en nueve fases: decisión y objetivos prioritarios, análisis preliminar, sensibilización de la plantilla y constitución de grupos de trabajo, diagnóstico definitivo, fijación de objetivos específicos e indicadores, identificación de las medidas, promoción del plan (campañas de concienciación e información), puesta en funcionamiento del plan y seguimiento y evaluación.

<sup>43</sup> TASCÓN LÓPEZ, R.: «Accidentes de trabajo in itinere y en misión», cit., pág. 146.

<sup>44</sup> NTP 1090: Riesgos laborales viarios: marco conceptual (I), 2017.

Teniendo presente el condicionante anterior, para la implantación y gestión del plan (que puede ser mancomunado entre varias empresas próximas) es fundamental identificar claramente los puntos débiles y establecer prioridades, pudiendo resultar un opción óptima la figura del «gestor» o «coordinador» de movilidad, recomendado para empresas con más de 400 trabajadores con el fin de «facilitar la aplicación y seguimiento del plan de transporte adoptado» (art. 103.2 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en línea con lo establecido en la Estrategia Española de Desarrollo Sostenible 2007) o, con el objetivo de aprovechar las sinergias entre empresas cercanas, las «comisiones de movilidad». Al amparo de los arts. 18 y 19 LPRL, son precisas campañas de concienciación e información específicamente referidas a la prevención de accidentes laborales de tráfico, conducción segura, uso de medios alternativos al vehículo particular... Asimismo, el deber de formación debe incorporar la cuestión, tanto de forma inicial como periódicamente o tras un accidente<sup>45</sup>, aun cuando respecto a esta cuestión se da una situación compleja en tanto «los profesores de formación vial acreditados para la obtención del permiso de conducción reglamentario no tienen competencias en materia de seguridad laboral», del mismo modo que «los

<sup>45</sup> «La disponibilidad del permiso de conducción reglamentario es la garantía mínima de que la persona disponía el día del examen de conducir de las capacidades y condiciones necesarias para conducir un determinado tipo de vehículos y que sus cualidades físicas y mentales, en principio siguen siendo las adecuadas para tal función. Evidentemente, es la experiencia la que permite adquirir las destrezas y los hábitos para una conducción segura. Con el tiempo pueden adquirirse rutinas y ciertos hábitos de la conducción que no sean los más idóneos, sin que la persona sea consciente de ello. Los no profesionales de la conducción debieran actualizar con cierta periodicidad, conocimientos y destrezas para una conducción segura. Por tanto, es necesario que las personas que conducen vehículos, especialmente cuando conducir forma parte total o parcial de su actividad laboral, reciban una formación continuada teórico práctica para poder enfrentarse a los riesgos laborales a los que están expuestos, entre los que debe tenerse en cuenta, los derivados de la movilidad en su trabajo, tal como el art. 18 de la LPRL establece», NTP 1091: Riesgos laborales viarios: marco conceptual (II), 2017.

profesionales de la prevención de riesgos laborales tienen conocimientos limitados en riesgos viales, a la vista de la formación superior recibida en su especialización, y menos aún en prácticas viales», por lo que resulta prioritario «acrecetar los conocimientos de unos y otros para que puedan participar exitosamente en el proceso formativo para la prevención de riesgos laborales viales que hayan de realizar las organizaciones, complementándose entre sí cuando ello se estime conveniente»<sup>46</sup>.

Como medida de actuación a incorporar para reducir los desplazamientos en vehículo privado, resulta imprescindible informar a los trabajadores sobre los horarios y rutas del transporte público, cuyo uso puede fomentarse mediante el establecimiento de incentivos sociales o económicos, así como implantando «lanzaderas» desde las paradas si están lejos del lugar de prestación de servicios. Estas acciones a desarrollar en el seno de la empresa pueden venir acompañadas de la realización de gestiones con las autoridades competentes para la mejora de dicho transporte público, destinadas al establecimiento de paradas cercanas al centro de trabajo, horarios coincidentes con los de entrada y salida, frecuencias optimizadas, eliminación de transbordos, colocación de marquesinas en las paradas, etc<sup>47</sup>.

Entre otras medidas que el plan puede prever, cabe implantar rutas cubiertas mediante un servicio de autobuses o microbuses contra-

<sup>46</sup> «La formación de los formadores en Seguridad Vial laboral es un tema que genera controversia en los foros de debate. La postura del INSSBT en este tema defiende que es el técnico de prevención, convenientemente especializado, el que debe asumir este papel y responsabilizarse de la calidad de la formación impartida», NTP 1091: Riesgos laborales viarios: marco conceptual (II), 2017.

<sup>47</sup> «Las líneas de transporte público se suelen diseñar sobre la base de la movilidad general, muy orientada a la población residente y no a los centros de trabajo. De esta forma, los recorridos, paradas, horarios y frecuencias de las líneas de autobuses no suelen dar ni la cobertura ni la accesibilidad adecuadas a los trabajadores de dichos centros, lo que constituye parte del problema del escaso uso del transporte público en los mismos», IDAE: Guía práctica para la elaboración e implantación de Planes de Transporte al centro de trabajo, Madrid, 2006, pág. 35.

tados por la empresa para que se ocupen de trasladar a los trabajadores, fomentando en los términos expuestos su uso. Otra opción (compatible con las anteriores) es promover el hábito de compartir los vehículos, ya sean propios, ya, preferentemente, de la empresa<sup>48</sup>; estos últimos resultan necesarios, sobre todo, para los empleados que deban utilizar esporádicamente en su trabajo un medio de transporte, pues evitará que se vean forzados a acudir al centro de trabajo con su propio coche, permitiéndoles optar por alguna de las otras alternativas referenciadas.

Es conveniente, asimismo, una adecuada gestión del aparcamiento, priorizando su empleo por (o limitándolo a) los trabajadores con movilidad reducida, los que comparten vehículo o los que deben servirse de este para realizar su trabajo. Al tiempo, estas actuaciones pueden combinarse con otras que potencien la posibilidad de acudir a trabajar andando (así, mejorar el acceso al centro mediante la colocación de aceras) o en bicicleta (aparcamiento específico en la empresa, carril bici, ofrecimiento de este transporte a los trabajadores...)<sup>49</sup>.

No deben olvidarse tampoco las actuaciones orientadas a la flexibilidad y la adecuación horaria que permitan al personal adaptar su hora de entrada/salida a los transportes públicos disponibles o poder desplazarse en las

<sup>48</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Planes de movilidad sostenible», cit., pág. 270.

<sup>49</sup> «Muchos polígonos industriales y centros de trabajo se encuentran demasiado alejados de los centros urbanos para ir a pie, pero puede ser ideal para hacerlo en bicicleta. No obstante, la promoción de la bicicleta requiere la adopción de medidas tales como: disponer de itinerarios seguros, como el carril-bici; facilitar que se puedan aparcar y guardar en aparcamientos destinados a tal fin, resguardados de agentes meteorológicos adversos y de intrusos; tener la posibilidad de ducharse y cambiarse de ropa en el centro de trabajo; adquirir bicicletas que los trabajadores puedan utilizar para realizar gestiones en un entorno próximo y durante la jornada laboral. También podrían disponerse las mismas bicicletas como vehículos lanzadera desde las estaciones de ferrocarril», NTP 1091: Riesgos laborales varios: marco conceptual (II), 2017.

franjas con menor congestión de tráfico<sup>50</sup>. Al tiempo, es recomendable incentivar la reducción de desplazamientos entre los trabajadores con jornada partida, minorando el tiempo disponible para comer y dotándose la empresa de medios adecuados para que puedan hacerlo en sus instalaciones o en restaurantes cercanos a precios reducidos o a cargo de aquella. Otra acción relacionada con la distribución del tiempo de trabajo sería la posibilidad de que el trabajador opte por la semana comprimida<sup>51</sup>.

Por cuanto hace, en concreto, a los accidentes de tráfico en misión, la reducción del riesgo pasa, además, por facilitar el trabajo a distancia cuando sea posible, planificar las visitas y transportes para concentrarlos en días y zonas concretos, fomentar el uso de la videokonferencia, proporcionar la formación *e-learning* cuando resulte factible, seleccionar e imponer el seguimiento de la ruta más segura...

La situación resulta especial, sin duda, en el caso de empresas cuyo objeto social es, precisamente, el transporte de mercancías o personas. Sea como fuere, y pese a la singularidad del centro de trabajo, estos empresarios también están obligados respecto a sus trabajadores a acatar los mandatos de la LPRL y sus disposiciones de desarrollo, sin perjuicio de otra normativa específica aplicable que también redunde directa o indirectamente en unas mejores condiciones de trabajo. El cumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas puede resultar complejo cuando los acreedores de seguridad dedican su jornada de trabajo a la conducción (y, en su caso, tareas anejas como la carga y descarga), pero esta circunstancia no es óbice para afrontar las medidas adecuadas en materia de seguridad vial. En concreto, cinco ámbitos se alzan como esenciales en relación con el trabajador cuya prestación de servicios consiste, precisamente, en conducir:

<sup>50</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Planes de movilidad sostenible», cit., pág. 271.

<sup>51</sup> IDAE: Guía práctica para la elaboración e implantación de Planes de Transporte al centro de trabajo, cit., pág. 46.

Primero, lo relativo a la capacitación profesional, que, aunque se presume por la tenencia de los preceptivos permisos y certificados administrativos, invita a plantear, más allá de las exigencias impuestas por la normativa de circulación y transporte, actuaciones por parte de la empresa de cara a la actualización de los conocimientos, la formación específica en relación con la carga transportada o los itinerarios usuales, etc.

Segundo, la optimización del potencial preventivo proporcionado por una adecuada vigilancia de la salud, destinada a garantizar que el conductor se encuentra en óptimas condiciones para desarrollar su actividad con las máximas garantías de seguridad, para sí mismo y para otros potenciales afectados<sup>52</sup>.

Tercero, el máximo celo respecto al perfecto mantenimiento y conservación de la flota de vehículos proporcionados por la empresa, a fin de detectar cualesquiera problemas técnicos que puedan presentar; asimismo, la puesta a disposición del empleado de ayuda técnica y/o económica cuando sea él quien aporte el medio de locomoción<sup>53</sup>. También en relación con la tecnología, sería recomendable instalar sistemas de manos libres, así como de localización

<sup>52</sup> No se trata de que el empresario deba «verificar la ausencia de circunstancias adversas a la conducción en cada desplazamiento proyectado, lo cual, cuando los mismos fueran frecuentes, podría llegar a ser poco operativo. El esfuerzo patronal parece que ha de dirigirse hacia la realización de reconocimientos periódicos, sin perjuicio de que, ante sospechas fundadas de indisposición del trabajador, pueda repetirse tantas veces como sea necesario» [TASCÓN LÓPEZ, R.: «Accidentes de trabajo in itinere y en misión», cit., pág. 144]. Sobre la cuestión, dejando patente que la vigilancia de la salud carece de sentido como instrumento de prevención aislado, pues solo la adquiere en el seno de un plan global, ROJO TORRECILLA, E.: «La vigilancia de la salud respecto de la seguridad vial. Una reflexión general desde la perspectiva laboral», en AA.VV. (TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M., Dirs.): «Seguridad vial de los trabajadores», cit., pág. 49.

<sup>53</sup> Sobre estos extremos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Equipamiento y condiciones técnicas de los vehículos. Su importancia a la hora de reducir la siniestralidad laboral en el sector del transporte por carretera», en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera», cit., págs. 285 y ss.

GPS o análogos, no solo para garantizar una adecuada «prevención terciaria», sino también para comprobar que el trabajador ha respetado las instrucciones sobre la ruta seleccionada como más segura<sup>54</sup>.

Cuarto, el escrupuloso respeto a los tiempos de conducción máxima y descanso obligatorio establecidos por la normativa, adoptando políticas empresariales que, lejos de alentar directa o indirectamente su incumplimiento, lo sancionen.

Y quinto, la especial atención a las obligaciones de cooperación y coordinación interempresarial exigidas por el art. 24 LPRL y su desarrollo reglamentario en RD 171/2004, de 30 de enero, no en vano la actividad de transporte (sobre todo de mercancías) a menudo es complementaria de otras, de modo que proliferan las subcontrataciones, haciendo que el citado precepto y su desarrollo estén muy presentes<sup>55</sup>.

Con todo, es preciso no olvidar que todas estas medidas a adoptar en el seno de la empresa para la protección de sus operarios dejan fuera a un buen número de conductores, los cuales solo indirectamente y en ocasiones podrán verse beneficiados, en tanto en el sector transporte la figura del autónomo, excluido con carácter general de la LPRL (sin perjuicio de los derechos y obligaciones derivados del art. 24 LPRL), tiene un peso muy elevado<sup>56</sup>. La situación se repetirá de nuevo en relación con otros riesgos laborales propios de la conducción profesional y que serán objeto de análisis en páginas sucesivas, de forma que, aun cuando los riesgos y medidas preventivas y de

<sup>54</sup> SAMPEDRO GULLÓN, V.: «Facultades empresariales de vigilancia y control en el centro de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 160, 2004, pág. 20.

<sup>55</sup> TRUJILLO PONS, F.: «La prevención de riesgos laborales en el transporte de mercancías peligrosas», cit., pág. 180 y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: «La coordinación de actividades preventivas en el sector de transporte por carretera», en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera», cit., págs. 273 y ss.

<sup>56</sup> TRUJILLO PONS, F.: «La prevención de riesgos laborales en el transporte de mercancías peligrosas», cit., págs. 76-84.

protección pueden equipararse entre trabajadores por cuenta ajena y propia, solo en el caso de los primeros existe un empresario obligado como deudor de seguridad a garantizarles un entorno de trabajo seguro.

## 2. OTROS RIESGOS LABORALES ASOCIADOS A LA CONDUCCIÓN PROFESIONAL

Las amenazas a la seguridad y salud derivadas de la conducción o de actividades conectadas con el desplazamiento de vehículos por carretera son muy diversas; por ello, reducir el análisis al peligro de sufrir un accidente de circulación resulta una visión reduccionista en exceso y, en consecuencia, inadmisibles, al olvidar un ingente elenco de peligros del más variado cariz cuya toma en consideración deviene esencial, bien por contar con potencial para desencadenar efectos de gravedad (elemento cualitativo), bien por actualizarse con cierta frecuencia en el desarrollo de la actividad laboral (elemento cuantitativo). Sin embargo, en no pocas ocasiones «resulta muy complicado establecer pautas de prevención eficaces y, en consecuencia, los planes de prevención acaban centrándose en evitar los accidentes de tráfico desde un punto de vista de la seguridad»<sup>57</sup>.

Algunos de estos factores de riesgo pueden afectar a cualquier automovilista; otros, en cambio, quedan circunscritos a los profesionales de la conducción o en exclusiva a los pertenecientes a algunas ramas o sectores de actividad, pues, aunque en todos ellos existen amenazas comunes, también concurren particularidades (en nivel de exigencia, condiciones de desarrollo del trabajo, funciones y tareas desplegadas...) que pueden marcar la diferencia. En efecto, y al margen de cuantas personas puedan utilizar el coche o medio análogo para ir al trabajo o volver a casa, la prelación de profesiones vinculadas a la circulación

por carretera es extensa: conductores de camión, autocar, autobús, maquinaria especial o vehículos de servicio público urgente o especial (bomberos, policía, ambulancias); taxistas; tractoristas; distribuidores, repartidores, mensajeros o agentes comerciales; trabajadores en obra civil de construcción, mantenimiento, explotación o gestión en vías públicas (o privadas como las autopistas de peaje); los vinculados a la formación o examen de aspirantes a la obtención de permisos de conducir (profesores de autoescuela o de formación vial y examinadores)... Todos ellos, y las singularidades de su prestación, deberían ser tenidos en cuenta en un estudio relativo a los riesgos laborales vinculados a la conducción.

### 2.1. Riesgos ergonómicos: trastornos músculo-esqueléticos

Constitutivos de una lesión ampliamente extendida entre la población (con las consecuencias negativas que ello implica para la empresa y la sociedad, pero también para la propia calidad de vida), está demostrado que los trastornos musculoesqueléticos se generan fundamentalmente en el ámbito laboral<sup>58</sup>, causa de «alteraciones que sufren estructuras corporales como los músculos, articulaciones, tendones, ligamentos, nervios, huesos y el sistema circulatorio»<sup>59</sup>. Tal y como recuerda la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (AESST), estos trastornos, que «abarcan una extensa gama de problemas de salud» y a menudo se asocian con determinadas tareas u ocupaciones, pueden ser divididos en sendos grupos: de un lado, dolor y lesiones de espalda, y, de otro, lesiones por movimientos repetitivos y por malas posturas que afectan a extremidades superiores e inferiores<sup>60</sup>. Aun cuando puedan proceder de

<sup>58</sup> AESST: Informe Work-related neck and upper limb musculoskeletal disorders, 2000.

<sup>59</sup> AESST: «Introducción a los trastornos musculoesqueléticos de origen laboral», Facts, núm. 71, 2007, pág. 1.

<sup>60</sup> AESST: «Trastornos musculoesqueléticos de origen laboral en Europa», Facts, núm. 3, 2000, pág. 1.

<sup>57</sup> ROCHE, M.: «Retos de la prevención en el transporte: el conductor profesional», Erga-Noticias, núm. 74, 2002, pág. 3.

traumatismos agudos, normalmente tienen carácter acumulativo como resultado de la exposición a factores de riesgo durante un período prolongado, por lo que, en general, son lesiones que comienzan de forma insidiosa y sus efectos van en aumento.

El riesgo no deriva únicamente de las exigencias físicas del puesto<sup>61</sup>, pues también importan datos relativos al medioambiente de trabajo, los aspectos organizativos y psicosociales y la propia individualidad del sujeto<sup>62</sup>; de hecho, la lesión puede venir generada por la combinación de varios factores, haciendo todavía más compleja la tarea de identificación del origen fundamental y la de diseñar las soluciones a aplicar en cada hipótesis<sup>63</sup>. Además, incluso cuando su desencadenante es laboral, tales dolencias en ocasiones aparecen imbricadas con otras patologías de etiología extralaboral (traumáticas o degenerativas), lo que muchas veces hace difícil su etiquetado como daño profesional.

En el trabajo que exige largos períodos al volante, la columna vertebral es una de las partes más susceptibles de lesión o de molestia<sup>64</sup>, pero también pueden aparecer trastor-

nos en el cuello, así como en las extremidades inferiores y, sobre todo, superiores<sup>65</sup>. El inadecuado diseño del puesto (fundamentalmente el asiento, pero también pedales, tableros y resto de instrumental y maquinaria) es fuente esencial de estas dolencias, agravadas por las malas posturas adoptadas, movimientos enérgicos o repetidos, vibraciones, estrés, frío, descensos bruscos de vehículos de cierta altura...<sup>66</sup>, a todo lo cual viene a añadirse, en su caso, el riesgo derivado de las tareas de carga y descarga, respecto de la cual resulta de aplicación el RD 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, o, en caso de operaciones mecanizadas, el RD 1215/1997, de 18 de julio, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, entre otros<sup>67</sup>. Por cuanto hace, en concreto, a la postura de trabajo, es un factor especialmente importante, sobre todo entre los conductores profesionales que realizan viajes de larga distancia<sup>68</sup>,

específica, MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», cit., pág. 25.

<sup>65</sup> AESST: «Trastornos musculoesqueléticos de origen laboral en el cuello y en las extremidades superiores», Facts, núm. 72, 2007, págs. 1-2 o «Trastornos musculoesqueléticos de origen laboral del cuello y las extremidades superiores: resumen del Informe de la Agencia», Facts, núm. 5, 2000, págs. 1-2. En algunos sectores, la situación se agrava, así, «las características de los camiones de carga lateral y de las operaciones relacionadas con su carga, originan movimientos repetitivos específicos que probablemente causen problemas musculares y articulares en el hombro y parte superior de la espalda», BOURDOUXHE, M.: «Recogida de basuras domésticas», cit., pág. 15.

<sup>66</sup> AESST: «Introducción a los trastornos musculoesqueléticos de origen laboral», cit., pág. 2. Además, la generalización del uso de cinturones de sujeción lumbar, de eficacia cuestionable, puede crear una falsa sensación de seguridad, MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», cit., pág. 25 o

<sup>67</sup> A este respecto, QUIRÓS HIDALGO, J.G.: «Los trastornos musculoesqueléticos en la conducción y tareas ajenas: especial referencia a las labores de carga y descarga en el transporte de mercancías», en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera», cit., págs. 201 y ss.

<sup>68</sup> El 20% de los camioneros encuestados considera bastante o muy molesta la postura que deben adoptar en su trabajo, AA.VV. (ORDAZ CASTILLO, E., Coord.): «Salud y Condiciones de

<sup>61</sup> Como principales factores de riesgo procede citar el ejercicio de un elevado nivel de fuerza, la manipulación manual de cargas durante períodos largos, la manipulación de objetos de manera repetida y frecuente, el trabajo en posturas perjudiciales, el esfuerzo muscular estático, la inactividad muscular, los movimientos repetitivos y la exposición a vibraciones, AA. VV.: «Prevención de trastornos musculoesqueléticos en el lugar de trabajo. Información sobre factores de riesgo y medidas preventivas para empresarios, delegados y formadores en salud laboral», OMS, 2004, pág. 11.

<sup>62</sup> Sobre la cuestión, MARTÍNEZ PLAZA, C.A.: «Estrés laboral y trastornos musculoesqueléticos (I y II)», Gestión Práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención, núms. 61 y 62, 2009, págs. 38 y ss. y 18 y ss., respectivamente.

<sup>63</sup> AESST: «Prevención de los trastornos musculoesqueléticos de origen laboral», Facts, núm. 4, 2000, pág. 1.

<sup>64</sup> INSSBT: «Riesgos musculoesqueléticos en conductores», Erga-Noticias, núm. 100, 2007, pág. 1. La comparación entre los datos referentes a los trabajadores en general y los relativos a los conductores pone de manifiesto la superior incidencia de problemas de espalda entre los segundos, lo que permite colegir la vinculación entre la dolencia y esta actividad profesional

por lo que conviene recordar que «una de las principales medidas de corrección ergonómica es la reducción de la carga estática causada por posturas no adecuadas», lo que se puede lograr «mejorando las tareas que se realizan y las condiciones de trabajo en que se desarrollan las mismas», pero también «aumentando la capacidad funcional del sistema musculoesquelético de los trabajadores»<sup>69</sup>.

Para abordar el problema, como para tantos otros, resulta imprescindible asumir una estrategia de prevención integral, en la cual se tenga siempre presente el carácter multifactorial de estos daños<sup>70</sup>. También conviene no olvidar que, cuando de estos trastornos se trata, «el tratamiento y la recuperación suelen ser insatisfactorios», especialmente una vez la dolencia se ha cronificado, por lo que «no es difícil que acaben en incapacidad permanente y pérdida del puesto de trabajo»<sup>71</sup>; por consiguiente, la prevención resulta especialmente importante. Con estas premisas como punto de partida, las actuaciones deberían centrarse, al menos, en las cuestiones siguientes: diseño ergonómico del puesto de conducción, vigilancia de la salud, formación e información.

Así pues, y para comenzar, es preciso tener presente que muchos de estos sufrimientos pueden prevenirse mediante intervenciones ergonómicas orientadas a la modificación del trabajo y/o el lugar de su desarrollo a partir de los resultados de la evaluación de riesgos reclamada por el art. 16 LPRL, que exige valorar ciertos aspectos relacionados con la ubicación de los objetos, la postura del trabajador

en la ejecución de las demandas funcionales de la tarea, el espacio disponible para moverse y cambiar de posición o la posibilidad de ajustar las dimensiones del puesto y los equipos utilizados.

En el caso de las cabinas de conducción, su diseño ergonómico exige, según los planteamientos de la OIT, asientos plenamente ajustables y mandos adecuadamente dispuestos, contemplando situaciones especiales como sobrepeso o extremidades especialmente cortas o largas; coordinación entre los ajustes del asiento y el volante; tablero de instrumentos graduable para optimizar el acceso a los mandos (y ajuste también coordinado con el del volante), teniendo en cuenta que los objetivos son la accesibilidad, comodidad y visibilidad (los interruptores deben agruparse de acuerdo con su uso y los más frecuentes situarse en el área de acceso principal); reducción del tamaño del volante en la medida posible; incorporación al asiento del conductor de los mecanismos de regulación precisos (longitud, altura, ángulos del respaldo y de la base y apoyo lumbar), así como de algún sistema de registro electrónico que permita a cada conductor recuperar sus ajustes; posibilidad de regular los sistemas de amortiguación del asiento en función del peso del sujeto; obligación de reposacabezas y cinturón de seguridad con tres puntos de anclaje y conveniencia de un sistema de control de altura del punto de sujeción superior para evitar roces en el cuello; etc. Todo ello sin olvidar las exigencias específicas asociadas a las distintas ocupaciones<sup>72</sup>.

Aun cuando estas recomendaciones/exigencias deben llevarse a efecto ya en el proceso de fabricación de los vehículos y la empresa adquirente poco podrá hacer al respecto, sí puede optar, de entre los disponibles en el mercado, por aquellos con superior nivel de confort y mayor grado de cumplimiento de estándares ergonómicos, tal y como ordena el

Trabajo en el Transporte de Mercancías por Carretera», Madrid (Escuela Nacional de Medicina del Trabajo. Instituto de Salud Carlos III), 2007, pág. 99.

<sup>69</sup> NTP 452: Evaluación de las condiciones de trabajo: carga postural, 1997.

<sup>70</sup> Que dificulta su valoración desde una perspectiva unidireccional y fuerza a optimizar las posibilidades ofrecidas por la investigación basada en el árbol de causas, AESST: «Introducción a los trastornos musculoesqueléticos de origen laboral», cit., págs. 1-2 o Investigación sobre los trastornos dorsolumbares de origen laboral, 2000.

<sup>71</sup> AESST: «Trastornos musculoesqueléticos de origen laboral en Europa», cit., pág. 1.

<sup>72</sup> GRÖSBRINK, A. y MAHR, A.: «Ergonomía en la conducción de autobuses», en OIT: Capítulo 102. Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, cit., págs. 27-29.

art. 3 del citado RD 1215/1997. También resulta fundamental en la elección la propia evaluación del conductor sobre su espacio de trabajo, pues puede evidenciar deficiencias que tal vez pasen inadvertidas para los técnicos, sobre todo en relación con detalles que estos pueden considerar menores pero cuya corrección incrementaría el grado de satisfacción de los operarios<sup>73</sup>.

Junto al planteamiento ergonómico, la obligación empresarial de vigilancia de la salud recogida en el art. 22 LPRL se alza como instrumento indispensable para la detección de las lesiones sufridas (o para identificar el riesgo de que se produzcan) en los profesionales del volante. Sin perjuicio de que esta se extienda a otras posibles patologías o trastornos, en la medida en que, tal y como consta, la columna vertebral es una de las partes del cuerpo más dañadas en quienes han de prestar servicios prolongados de conducción, su revisión debe ocupar un lugar destacado en los reconocimientos<sup>74</sup>.

Al tiempo, una faceta que nunca debe ser olvidada es la atinente a la formación e información de los conductores (al amparo de los arts. 18 y 19 LPRL)<sup>75</sup>, sobre todo respecto a la necesidad de «mantener durante la con-

ducción una postura adecuada», pero también en materia de ejercicios de relajación, estiramiento y fortalecimiento muscular<sup>76</sup> y en lo referente al debido respeto a los tiempos de trabajo y descanso.

## 2.2. Riesgos derivados del ambiente físico de trabajo

Para que se den adecuadas condiciones de higiene y confort en el medio laboral, «el entorno de trabajo debe mantener una relación adecuada entre el ser humano y los factores ambientales físicos»<sup>77</sup>, lo que significa prestar atención a los riesgos derivados de estos; entre otros, el ruido, pues es un hecho contrastado el impacto de los decibelios en las capacidades cognitivas de los conductores, así como su potencial para incrementar el riesgo de accidentes<sup>78</sup>.

La exposición al ruido (regulada, para las relaciones de trabajo, en RD 286/2006, de 10 de marzo), ya sea el provocado por el propio vehículo o por el tráfico en general (también por las sirenas de emergencia, zonas de lavado y mantenimiento o impactos de partes metálicas), puede ser, a medio/largo plazo, causa de sordera, hipoacusia, estrés, fatiga, alteraciones en el sueño o en el comportamiento, etc<sup>79</sup>.

<sup>73</sup> «Es recomendable el uso de la evaluación del puesto de trabajo por el propio conductor... ya que... es quien mejor conoce su espacio de trabajo, al contrario que los distintos técnicos que pueden pasar por alto ciertas circunstancias», TRUJILLO PONS, F.: «La prevención de riesgos laborales en el transporte de mercancías peligrosas», cit., pág. 249.

<sup>74</sup> «Los problemas dorsolumbares son señalados por los trabajadores del transporte y reparto como uno de los principales problemas de salud que sufren», GARCÍA OLIVER, A.T. y SAN JUAN, T.: «El transporte y reparto de mercancías provoca un fuerte desgaste en la salud de los trabajadores», cit.

<sup>75</sup> Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, esta medida preventiva suele ser obviada. Sirvan como ejemplo los datos vertidos por un estudio referente a transporte de mercancías por carretera, en cuya virtud el 77% de los conductores manifestó no haber recibido ningún tipo de formación durante los últimos doce meses; según la encuesta sólo uno de cada diez la había recibido en materia de prevención de riesgos laborales. Por cuanto hace a la información, los procedimientos son, en líneas generales, inconsistentes, predominando la transmisión verbal, AA.VV. (ORDAZ CASTILLO, E., Coord.): «Salud y Condiciones

de Trabajo en el Transporte de Mercancías por Carretera», cit., pág. 31.

<sup>76</sup> «Es evidente que determinados ejercicios concebidos para conservar la flexibilidad y fortalecer los músculos de la espalda pueden contribuir sustancialmente a mejorar el funcionamiento y a reducir los síntomas», BROWN, J.: «Funcionarios de policía», en OIT: Capítulo 95. Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, 3ª ed. (equivalente a la 4ª ed. en inglés), Madrid (MTAS), 1999, pág. 13.

<sup>77</sup> PIÑEDA GERALDO, A. y MONTES PANIZA, G.: «Ergonomía ambiental: iluminación y confort término», Rev. Ingeniería, Matemáticas y Ciencias de la Información, Vol. 2, núm. 2, 2014, pág. 56.

<sup>78</sup> AESST: OSH in figures: Occupational safety and health in the transport sector –An overview, Luxemburgo, 2009.

<sup>79</sup> «Actualmente es sabido que la exposición al ruido no sólo puede llegar a producir una disminución de la capacidad auditiva en las personas expuestas, sino que además puede provocar respuestas psicofisiológicas, subjetivas y de comportamiento en órganos o en sistemas diferentes al de la audición

El origen de estos peligros se vincula con un mantenimiento deficiente, aislamientos defectuosos o insonorización inadecuada de la cabina<sup>80</sup>, motivo por el cual resulta esencial el cumplimiento riguroso de las normas al respecto, estableciendo programas de conservación del vehículo, revisando silenciadores y motor y previendo, en su caso, la vigilancia sanitaria específica de forma periódica; en cualquier caso, y para los profesionales de la conducción, cuando en las evaluaciones de riesgo se superen determinados umbrales deberán tomarse, entre otras, medidas de tipo organizacional basadas fundamentalmente en la reducción de la jornada de trabajo<sup>81</sup>.

Además de lo afirmado, conviene añadir la recomendación de no escuchar música con altos niveles sonoros y conducir con las ventanas cerradas (sin perjuicio de aperturas periódicas para facilitar la entrada de aire fresco en los términos posteriormente indicados), lo cual debe venir acompañado de los oportunos mecanismos internos de ventilación y climatización para no perjudicar la habitabilidad y condiciones ambientales de la cabina.

Otro elemento físico a considerar son las vibraciones, asociadas con efectos en el sis-

---

y en consecuencia producir una serie de molestias o perjuicios (pérdida de la calidad del sueño, alteración del ritmo respiratorio, alteración de frecuencia cardíaca, irritación, aumento de la agresividad...) que generalmente se conocen como efectos «extra-auditivos» del ruido», NTP 795: Evaluación del ruido en ergonomía: criterio RC MARK II, 2009.

<sup>80</sup> MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», cit., pág. 25.

<sup>81</sup> Desde el INSSBT se establece un elenco específicamente referido al transporte (aparte de otras medidas relativas a tareas asociadas o anejas) que, amén de reiterar las expuestas, viene a añadir otras sugerencias/imposiciones: comprar máquinas y equipos de trabajo con el marcado CE (también los EPIs), teniendo en cuenta el nivel de ruido que producen durante su normal funcionamiento; reducir el tiempo de exposición mediante turnos; evitar el paso por zonas de elevada exposición; usar materiales que absorban el ruido; delimitar y señalizar las zonas según reglamentación (especialmente importante en áreas de estiba y desestiba), e informar y formar a los trabajadores respecto al riesgo que suponen los ambientes con altos decibelios, INSSBT: Guías para la acción preventiva. Transporte de personas, 2002, pág. 21.

tema músculo-esquelético (particularmente a nivel de columna vertebral), así como con alteraciones de las funciones fisiológicas, neuromusculares, cardiovasculares, respiratorias, endocrinas, metabólicas, ginecológicas (y riesgo de aborto), sensoriales y del sistema nervioso central; sin olvidar consecuencias en términos de malestar (disconfort), interferencia con la actividad o percepción-mareo inducido por el movimiento<sup>82</sup>. Con todo, es preciso distinguir las vibraciones de baja frecuencia (derivadas del movimiento del coche y de las irregularidades del suelo), conectadas, por ejemplo, con trastornos dorsolumbares, de las de media y alta frecuencia (sería el caso de las transmitidas por un volante que vibra), susceptibles de dañar singularmente las articulaciones afectadas.

En cualquier caso, la tensión derivada de la vibración del cuerpo en el puesto de conducción es moderada en los vehículos modernos en comparación con otros más antiguos, aunque, todavía hoy, la incidencia de tal factor es superior en todoterrenos, camiones industriales de plataforma elevada, tractores, excavadoras, autobuses o grúas<sup>83</sup>. Además, las vibraciones pueden incrementarse a causa del firme de las calles y carreteras, debido al diseño del asiento o al mantenimiento del vehículo o, en fin, por la concurrencia de malos hábitos y posturas incorrectas en la conducción (una sola mano, brazo apoyado en la ventanilla...).

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, es menester tener en cuenta la necesidad de incluir en la evaluación de riesgos la específicamente referida al analizado, en los términos indicados por el RD 1311/2005,

---

<sup>82</sup> Al respecto, por todas, NTP 963: Vibraciones: vigilancia de la salud en trabajadores expuestos, 2013; NTP 839: Exposición a vibraciones mecánicas. Evaluación el riesgo, 2009 o NTP 784: Evaluación de las vibraciones de cuerpo completo sobre el confort, percepción y mareo producido por el movimiento, 2008.

<sup>83</sup> AA.VV.: «Prevención de trastornos musculoesqueléticos en el lugar de trabajo. Información sobre factores de riesgo y medidas preventivas para empresarios, delegados y formadores en salud laboral», cit., pág. 8.

de 4 de noviembre, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas. Por su parte, el INSSBT lista las acciones a seguir discriminando dos peligros diferentes: vibraciones mano/brazo y de cuerpo completo<sup>84</sup>, especialmente importantes toda vez que, según los resultados de la VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (2011), vistas las ramas de actividad en que los trabajadores señalan con mayor frecuencia la presencia de estas vibraciones en cuerpo entero la rama de transporte y almacenamiento ofrece el mayor porcentaje de entre todas ellas<sup>85</sup>. Para evitar o minimizar sus efectos procede seleccionar vehículos con baja intensidad de vibración, así como neumáticos y asientos antivibratorios, reducir el tiempo de exposición, limitar la velocidad de circulación, nivelar las vías o, en fin, informar a los trabajadores del riesgo que supone trabajar en estas condiciones.

En tercer lugar, procede citar la exposición a ambientes térmicos, como causa posible de diferentes patologías o incomodidad a partir de la confluencia de diversos elementos, en tanto que los niveles de humedad y las corrientes de aire interactúan con el factor temperatura incrementando el discomfort y el riesgo de trastornos de la más variada índole<sup>86</sup>. Así las cosas, procede constatar que las altas temperaturas pueden provocar, por ejemplo, alteraciones sistémicas (golpe de calor, agotamiento por calor, deshidratación, dé-

ficit salino, calambres, sudoración insuficiente...) o cutáneas (erupción por calor), así como trastornos psíquicos (fatiga tropical, distrés agudo); las bajas temperaturas, por su parte, pueden ser causa de congelaciones o hipotermia, entre otras consecuencias<sup>87</sup>.

Parte de estos efectos negativos pueden incidir en los conductores, expuestos al frío en invierno y al calor en verano, así como a los cambios sufridos al entrar y salir de la cabina<sup>88</sup>; sin olvidar el riesgo de posibles quemaduras, frías o calientes, por contacto en el proceso de reparación de averías, sujeto a sus propios mecanismos preventivos y de protección<sup>89</sup>. Centrándose en las situaciones que pueden resultar más comunes, conviene recordar que en el puesto de trabajo del conductor se emplean grandes superficies acristaladas para mejorar la visibilidad y, también, por motivos estéticos; sin embargo, estas ventanas favorecen el recalentamiento del interior por la acción de los rayos solares. La mejora de las condiciones hace aconsejable la instalación de aire acondicionado o sistemas de climatiza-

<sup>87</sup> Los efectos de la exposición al calor y al frío se desgranar, respectivamente, en la NTP 922: Estrés térmico y sobrecarga térmica: evaluación de los riesgos (I), 2011 y la NTP 1036: Estrés por frío (I), 2015.

<sup>88</sup> En el caso de las motocicletas y análogos resulta «muy difícil modificar los factores ambientales. Pero sí se pueden estudiar... para poder diseñar sistemas que optimicen los factores individuales. Estos sistemas pueden ser indumentaria, cascos y sistemas de climatización localizados», RÍOS SUÁREZ, M.R.: «Ergonomía del puesto de conductor en motocicletas», recuperado de <http://www.scribd.com/doc/2741717/Ergonomia-puesto-conductor-de-motocicletas>.

<sup>89</sup> En el trabajo de conducción puede producirse un contacto con medios calientes/fríos, tales como líquidos y vapores, superficies a altas temperaturas (equipos, herramientas, piezas, componentes de motores), refrigerantes y hielo o equipos de frío [TÜRKDOĞAN, A. y MATHISEN, K.R.: «Gases comprimidos: manipulación, almacenamiento y transporte», en OIT: Capítulo 61. Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, 3ª ed. (equivalente a la 4ª ed. en inglés), Madrid (MTAS), 1999, pág. 16]. La prevención/protección pasa, en estos casos, por señalizar, apantallar y/o separar las zonas de riesgo, aislar térmicamente las áreas frías o calientes, utilizar EPIs con marcado CE, emplear indicadores de nivel para evitar derrames, usar tuberías fijas para vapor y/o informar y dar instrucciones operativas acerca de estos peligros, INSSBT: Guías para la acción preventiva. Transporte de personas, cit., pág. 23.

<sup>84</sup> INSSBT: Guías para la acción preventiva. Transporte de personas, cit., pág. 21.

<sup>85</sup> VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, recuperada de [http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/OBSERVATORIO/Informe%20\(VII%20ENCT\).pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/OBSERVATORIO/Informe%20(VII%20ENCT).pdf).

<sup>86</sup> Las variables que influyen en los intercambios térmicos hombre-medio ambiente y, por tanto, contribuyen a la sensación de confort, son nivel de actividad, características del vestido, temperatura seca, humedad relativa, temperatura radiante media y velocidad del aire [NTP 74: Confort térmico-Método de Fanger para su evaluación, 1983]. Sobre esta cuestión también NTP 779: Bienestar térmico: criterios de diseño para ambientes térmicos confortables, 2008 y NTP 501: Ambiente térmico: confort térmico local, 1998.

ción que, al tiempo, reducirán la humedad del habitáculo<sup>90</sup>; de no contar con los mecanismos indicados para limitar la temperatura, es preciso evitar el uso del vehículo en las horas de mayor calor y restringir el tiempo de trabajo. Por su parte, la minimización de la exposición al frío reclama calefacción adecuada y ropa de abrigo<sup>91</sup>.

Tampoco cabe olvidarse el efecto de las radiaciones y, dado que «el sol es la principal fuente de radiación óptica de nuestro planeta», resulta aconsejable seguir las recomendaciones que al respecto ofrece diariamente el Instituto Nacional de Meteorología a través de su web<sup>92</sup>. Con todo, y aunque en la conducción se produce una exposición a esta luz solar directa y, por tanto, a radiación ultravioleta, no es de esperar que ello suponga un riesgo en vehículos cubiertos; aun así, es recomendable el uso de pantallas protectoras específicas<sup>93</sup>.

Resulta posible también la exposición a radiaciones ionizantes al transportar radioisótopos (utilizados en medicina, agricultura o industria), lo cual fuerza a remitir a cuanto disponga la normativa de transporte de mercancías peligrosas y la específicamente referida al riesgo por radiación. En este caso el contacto radiactivo puede venir causado por deficiencias de embalaje, blindaje insuficiente

o estibado incorrecto<sup>94</sup>, pero también por escapes sufridos con motivo de un accidente. Frente a una exposición de esta índole, las medidas a adoptar son, a grandes rasgos, «un desvestimiento precoz, recogiendo las ropas y demás objetos en recipientes precintados, un lavado de todo el cuerpo con jabón no desoxidante, cepillado suave y ducha, un lavado de ojos, boca, cabello y limpieza de nariz, así como la prohibición de comer y beber antes de la descontaminación»<sup>95</sup>; todo ello sin perjuicio de las pertinentes actuaciones de prevención secundaria para el control, vigilancia y seguimiento de la persona expuesta.

En lo referente a la iluminación, por su parte, deben tenerse en cuenta diversos aspectos cuya consideración es esencial para el desarrollo de la conducción en óptimas condiciones. Para comenzar, ha de garantizarse la adecuada visibilidad de los indicadores del tablero, de modo que «tanto en situaciones normales como de emergencia [sea] posible visualizar la información que presenta el dispositivo»<sup>96</sup>, evitando los efectos nocivos de la «competición de recursos»<sup>97</sup>, para lo cual la información que aporten los instrumentos y testigos luminosos del vehículo debe limitarse a lo imprescindible y mostrar únicamente los datos necesarios en cada situación; es aconsejable, además, que las indicaciones de avería se jerarquicen en función de su importancia<sup>98</sup>.

<sup>90</sup> AA.VV.: «La ergonomía en la conducción. 'Cuestión de vida», Boletín de Seguridad Vial, núm. 4, 2005, pág. 14.

<sup>91</sup> El INSSBT abunda en los cauces de lucha contra el frío planteando medidas diversas (algunas útiles para el trabajo de conducción, otras no tanto), variables según las condiciones de trabajo y las circunstancias generadoras del riesgo; a tal fin, NTP 462: Estrés por frío: evaluación de las exposiciones laborales, 1997.

<sup>92</sup> NTP 755: Radiaciones ópticas: metodología de evaluación de la exposición laboral, 2008. «Hay que destacar que las radiaciones ionizantes, independientemente de que sean naturales o artificiales (producidas por la actividad humana), interactúan con el cuerpo humano de la misma forma, por lo que no se puede decir que las naturales sean menos o más «dañinas» que las artificiales», NTP 728: Exposición laboral a radiación natural, 2007.

<sup>93</sup> INSSBT: Guías para la acción preventiva. Transporte de personas, cit., pág. 35.

<sup>94</sup> MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», cit., pág. 25.

<sup>95</sup> BLASCO GIL, R.M<sup>a</sup>.: «Prevención de riesgos para el personal de los servicios de emergencias extrahospitalarias», Emergencias, núm. 12, 2000, pág. 123.

<sup>96</sup> Para lo cual «deben utilizarse contrastes elevados y debe reducirse la posibilidad de confusión entre dispositivos»; también es importante «que el dispositivo sea visible desde cualquier postura que el trabajador pueda adoptar», NTP 729: Diseño de dispositivos de información visual, 2007.

<sup>97</sup> Por la necesidad de atender a demasiados estímulos o tareas simultáneamente, CASTRO, C.; DURÁN, M. y CANTÓN, D.: «La conducción vista por los psicólogos cognitivos», Boletín de Psicología, núm. 87, 2006, pág. 40 o NTP 241: Mandos y señales: ergonomía de percepción, 1989.

<sup>98</sup> GRÖSBRINK, A. y MAHR, A.: «Ergonomía en la conducción de autobuses», cit., págs. 27-29.

Simplificación y claridad son, en fin, el objetivo<sup>99</sup>.

Es igualmente precisa una correcta iluminación en el interior de la cabina, pues procede recordar que en el transporte profesional, a menudo el trabajador debe realizar tareas accesorias de lectura, comprobación de albaranes, callejeros, mapas... que exigen esfuerzos visuales<sup>100</sup>. En fin, y en relación con las luces exteriores, es necesario revisar periódicamente la instalación y limpieza de las luminarias, reponiendo las lámparas averiadas o dañadas<sup>101</sup>.

Cabe concluir con una referencia al riesgo eléctrico, pues, aunque la electrocución del conductor es un riesgo poco probable, la amenaza, menor en términos cuantitativos, es susceptible, sin embargo, de generar graves daños. El sistema eléctrico en mal estado (o inadecuadamente alterado) o un incorrecto manejo pueden situarse en el origen de estas consecuencias nocivas; por tal motivo, resulta importante realizar un control visual antes de comenzar los trabajos que impliquen peligro de contacto<sup>102</sup>, someter los vehículos a las revisiones e inspecciones pertinentes, reservar a personal especializado la reparación de averías eléctricas, investigar las causas de los cortocircuitos o, en caso de manipulación obligatoria (por ejemplo, de las baterías), seguir las instrucciones proporcionadas por el fabricante y utilizar guantes aislantes<sup>103</sup>.

En cuanto hace a aparejos del vehículo que alcancen cierta altura, se impone el escrupuloso respeto de las distancias de seguridad

<sup>99</sup> CASTRO, C.; DURÁN, M. y CANTÓN, D.: «La conducción vista por los psicólogos cognitivos», cit., pág. 41.

<sup>100</sup> GARCÍA OLIVER, A.T. y SAN JUAN, T.: «El transporte y reparto de mercancías provoca un fuerte desgaste en la salud de los trabajadores», cit.

<sup>101</sup> INSSBT: «Guías para la acción preventiva. Transporte de personas», cit., pág. 35.

<sup>102</sup> Por ejemplo, operaciones de mantenimiento, TRUJILLO PONS, F.: «La prevención de riesgos laborales en el transporte de mercancías peligrosas», cit., pág. 247.

<sup>103</sup> INSSBT: «Guías para la acción preventiva. Transporte de personas», cit., pág. 19.

respecto a líneas de tensión. En la hipótesis de eventual contacto, el conductor habrá de permanecer en la cabina hasta el momento en que la línea sea puesta fuera de servicio; si se viera absolutamente obligado a abandonar tal espacio deberá hacerlo saltando con los pies juntos, lo más alejado posible de la máquina, para evitar contacto simultáneo entre esta y la tierra.

### 2.3. Riesgos químicos

En la calidad del aire en la cabina pueden verse implicados factores físicos, biológicos o químicos<sup>104</sup>, pero, a los efectos de este estudio, alcanzan especial trascendencia estos últimos, pues los conductores, en su condición de tales, «respiran vapores de combustible y gases de escape»<sup>105</sup>. Cuando el tráfico es denso, como ocurre habitualmente en la ciudad, se alcanzan con facilidad concentraciones transitoriamente elevadas de monóxido de carbono y emisiones de motores diesel, por lo que, en estas circunstancias, se aconseja circular con la ventanilla cerrada<sup>106</sup>; por el contrario, cuando las condiciones exteriores sean adecuadas, se invita a su apertura periódica para permitir la entrada de aire fresco. Por cuanto hace, en concreto, a la costumbre de fumar en la cabina, es preciso indicar que tal circunstancia no podrá concurrir en medios de transporte colectivo urbano e interurbano, vehículos de

<sup>104</sup> NTP 1064: Calidad del aire interior. Contaminantes biológicos (I): estrategia de muestreo, 2015. Esa calidad del aire «viene determinada por el nivel de contaminación existente en ese ambiente concreto, principalmente debido a la presencia de gases y vapores orgánicos e inorgánicos..., aerosoles respirables... y bioaerosoles... Aparte de estos aspectos, la determinación de la calidad de un aire interior también tiene en cuenta las condiciones termohigrométricas, las corrientes de aire y el ruido molesto en ese espacio», NTP 972: Calidad de aire interior: compuestos orgánicos volátiles, olores y confort, 2013 o, en términos análogos, NTP 989: Calidad de aire interior: filtros de carbón activo para su mejora, 2013.

<sup>105</sup> MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», cit., pág. 25.

<sup>106</sup> Sobre la influencia del tráfico elevado en las concentraciones de dióxido de carbono, NTP 549: El dióxido de carbono en la evaluación de la calidad del aire interior, 2001.

transporte de empresa, taxis o ambulancias, dada la expresa prohibición contenida en la Ley 28/2005, de 26 de diciembre.

Al margen de lo apuntado, lo cierto es que el nivel del riesgo químico en el trabajo de conducción no resulta, en principio y con carácter general, elevado, pues o bien deriva del eventual empleo de productos de limpieza (parafinas, barnices, ceras) o bien de un contacto con el líquido de baterías, aceite de motores, fluidos hidráulicos, líquidos refrigerantes, carburante..., algo que no es habitual salvo accidente, avería o, respecto al combustible, en el proceso de repostaje, que puede provocar contactos nocivos con derivados del petróleo<sup>107</sup>. Sin embargo, en determinadas actividades dicho nivel se eleva exponencialmente; piénsese en los gases anestésicos administrados a pacientes en una ambulancia o, mejor aún, en el transporte de sustancias químicas peligrosas, en cuyo caso el riesgo puede derivar de contenedores con fugas, válvulas defectuosas de los depósitos, emisiones durante las operaciones de carga y descarga o accidentes que provoquen situaciones de emergencia<sup>108</sup>, circunstancias en las que deben evaluarse «qué posibilidades existen de que las personas estén expuestas»<sup>109</sup>.

Sea como fuere, para afrontar estas amenazas deberán seguirse las pautas contempladas en el RD 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados

con los agentes químicos durante el trabajo, así como cuantas prescripciones específicas resulten de aplicación al caso concreto según las circunstancias del mismo. Así, en la hipótesis de transporte de mercancías peligrosas, surgen riesgos singulares y muy diversos según la naturaleza de lo transportado<sup>110</sup> (con singular afectación potencial de la salud del conductor y de quienes se ocupan de las labores de carga y descarga<sup>111</sup>), por lo que para el control de la exposición resulta especialmente importante el respeto a la normativa al respecto existente; concretamente, resulta insoslayable acatar el ya citado RD 97/2014, de 14 de febrero, por el que se regulan las operaciones de transporte de mercancías peligrosas por carretera en territorio español, cuyo art. 1 establece la obligatoriedad de cumplir plenamente con el Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera y con las normas contenidas en los acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales que, conforme a lo dispuesto en el mismo, sean suscritos por España. Esta norma reglamentaria se ocupa, entre otras cuestiones, de reglamentar la operación misma de transporte, pero también contiene disposiciones sobre embalajes, envases y recipientes, actuaciones en caso de avería o accidente o, en fin, tareas de carga y descarga, no en vano, los trabajadores que se ocupan de las mismas «están expuestos a unos riesgos laborales especialmente graves»<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> KRAUS, R.: «Operaciones de suministro de combustible y mantenimiento de vehículos de motor», en OIT: Capítulo 102. Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, cit., pág. 29 o NTP 935: Agentes químicos: evaluación cualitativa y simplificada del riesgo por inhalación (I), Aspectos generales, 1999. Entre otros, el benceno, factor de riesgo cancerígeno asociado a los trabajadores de petroquímicas, gasolineras, aparcamientos subterráneos, talleres mecánicos, zonas de mucho tráfico y fumadores, NTP 486: Evaluación de la exposición a benceno: control ambiental y biológico, 1998.

<sup>108</sup> MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», cit., pág. 25.

<sup>109</sup> SOSKOLNE, C.L.: «Generación y transporte de residuos peligrosos: problemas sociales y éticos», en OIT: Capítulo 101. Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo, cit., pág. 28.

<sup>110</sup> No obstante, los datos muestran que, en realidad, la mayor parte de daños producidos en el transporte de mercancías peligrosas proceden del accidente de tráfico en sí mismo y no de la naturaleza de la carga transportada, MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R.: «El riesgo de accidente laboral en la conducción profesional. Especial referencia al transporte (autónomo o por cuenta ajena) por carretera», en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera», cit., pág. 111.

<sup>111</sup> TRUJILLO PONS, F.: «La prevención de riesgos laborales en el transporte de mercancías peligrosas», cit., pág. 73.

<sup>112</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>.R.: «El riesgo de accidente laboral en la conducción profesional. Especial referencia al transporte (autónomo o por cuenta ajena) por carretera», cit., pág. 111.

## 2.4. Riesgos biológicos

El riesgo biológico no suele asociarse, al menos en principio, al trabajo de conducción; sin embargo, existen numerosas hipótesis en las que aquel puede concurrir<sup>113</sup>. Dada la gran variedad de posibles situaciones en presencia, la planificación concreta de las actuaciones preventivas o de protección a implementar dependerá de las circunstancias, en tanto el peligro puede proceder de diversas fuentes, algunas incluidas en el ámbito de aplicación del RD 664/1996, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, pero otras no, en tanto el reglamento define aquellos «como microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad», lo que significa que «únicamente considera el riesgo biológico derivado de la exposición a bacterias, hongos, virus, protozoos y helmintos. No obstante, existen otros seres vivos que, si bien no son considerados agentes biológicos, tal como los define esta norma, pueden producir lesiones y enfermedades en los trabajadores, o actuar como vehículos de transmisión de las mismas», motivo por el cual también deben ser tenidos en cuenta<sup>114</sup>.

El primer ámbito de peligro, el más evidente, viene dado por el transporte de virus, bacterias, hongos o parásitos procedentes de laboratorios, hospitales..., que constituyen mercancías peligrosas sujetas a su normativa específica, diversa según el materia transportada<sup>115</sup>. En caso de deterioro del paquete portador de patógenos o de sospechas respecto

a posibles defectos o fugas, se recomienda al transportista ponerse en contacto con el expedidor, el destinatario y las autoridades de salud pública, sin perjuicio de proceder, según su formación y capacidades, a restablecer provisionalmente la seguridad<sup>116</sup>.

Por otra parte, el traslado de personas enfermas o de material infectado por agentes biológicos contagiosos también genera una situación particular. Entre las múltiples enfermedades susceptibles de contagio, singular alarma despiertan el VIH/SIDA o la hepatitis, a las que se pueden encontrar expuestos en mayor o menor medida, por cuanto aquí importa, los agentes de policía, los bomberos, los empleados de servicios funerarios o de recogida de basuras, pero, sobre todo, del personal de ambulancias. Frente a esta amenaza, los protocolos de prevención aparecen destinados, fundamentalmente, a los sanitarios y tienen el objetivo fundamental de evitar el contacto entre el agente infeccioso y posibles vías de entrada al organismo (guantes, gafas, mascarilla, etc.); pero también se han diseñado pautas de actuación que pueden ser útiles para cualquier sujeto tras un accidente con exposición a sangre u otros fluidos corporales que puedan estar contaminados<sup>117</sup>.

<sup>116</sup> Para ello, y salvo situaciones de emergencia (que requieren de actuaciones específicas e intervención de personal especializado), en caso de detectar vidrios rotos y objetos punzantes, deberá proteger sus manos con guantes resistentes (o mediante alguna otra protección improvisada) antes de proceder a reunirlos, con cuidado de evitar cortarse; acto seguido, deberá colocar el paquete en un saco de plástico de dimensiones apropiadas, junto con los guantes (o equivalente) usados, cerrarlo y colocarlo en lugar seguro, procediendo a desinfectar la zona contaminada si se hubiera escapado líquido del mismo. En cualquier caso, es importante que proceda a lavarse las manos concienzudamente, sin perjuicio de que sea preciso realizar una vigilancia de las personas expuestas (incluido, claro está, el conductor), mediante examen básico en laboratorio, tratamiento preventivo y, de ser preciso, aislamiento, NTP 628: Riesgo biológico en el transporte de muestras y materiales infecciosos, 2004.

<sup>117</sup> Limpieza con una solución desinfectante de las heridas causadas por cortes o pinchazos con material sospechoso, así como de las salpicaduras de fluidos corporales ajenos; comunicación inmediata a los responsables de la Medicina del Trabajo en la empresa; en fin, actuaciones oportunas de vigilancia de la

<sup>113</sup> Teniendo en cuenta que las posibles vías de entrada al organismo son la respiratoria, la digestiva, la cutánea y la parenteral, NTP 938: Guantes de protección contra microorganismos, 2012.

<sup>114</sup> NTP 1020: Riesgos biológicos en silvicultura, explotación forestal y jardinería: prevención, 2014.

<sup>115</sup> NTP 636: Fichas de datos de seguridad para agentes biológicos, 2004.

Con todo, y pese a la alarma social despertada por las patologías citadas, mayor amenaza cuantitativa (por el potencial número de afectados y la velocidad de propagación) plantean otras, como la tuberculosis, dado el alto riesgo de contagio por vía aérea. Por ello, se recomienda la utilización de mascarillas al asistir o transportar a personas que padecen la enfermedad o son sospechosas de padecerla y que están tosiendo<sup>118</sup>. Sin embargo, no constituye profilaxis suficiente con carácter general, pues al margen de aquéllos cuyo trabajo consiste, precisamente, en el traslado de enfermos, el resto de conductores padece, sin mayor protección, el peligro; tal es el caso, por ejemplo, de los conductores de autobuses.

Un tercer ámbito a considerar es el transporte de animales, en el que es menester apuntar el riesgo de zoonosis de origen laboral, o lo que es igual, enfermedades que se transmiten de forma natural de los vertebrados al hombre o de este a aquellos. Sin embargo, en relación con esta amenaza procede apuntar que los métodos de prevención resultan más bien limitados y que, en consecuencia, los riesgos de carácter epidemiológico son considerables<sup>119</sup>.

Sea como fuere, el riesgo animal no surge solo por su transporte, en tanto también puede darse el ataque de invertebrados venenosos (avispa, abejas, escorpiones, serpientes, arañas...), lo que suele constituir un peligro de escasa gravedad salvo alergias que reclaman una pronta y específica respuesta. También pueden ser una amenaza, en vehículos descubiertos o en operaciones en el exterior, los animales salvajes y sinantrópicos portadores de enfermedades; en algunos casos (así ocurre con los basureros o el transporte agrícola) es preciso tener en cuenta igualmente la posible existencia de roedores e

insectos como consecuencia de los propios residuos o productos objeto de porte<sup>120</sup>.

Por cuanto hace al transporte de mercancías agrícolas o alimenticias, se constata que pueden surgir riesgos derivados del contacto con antígenos como el polen, el polvo de grano, el moho o los ácaros. La prevención de enfermedades no difiere demasiado de lo hasta ahora indicado, pues pasa, entre otras posibles actuaciones, por el uso de equipos de protección individual, las adecuadas medidas de higiene y limpieza, etc., así como otras relacionadas con el almacenaje de los productos<sup>121</sup>.

No pueden olvidarse tampoco, en las operaciones que exijan salir de la cabina o tras un eventual accidente, las exposiciones en el exterior del vehículo derivadas de la presencia de zonas cenagosas o aguas estancadas<sup>122</sup>. Además, la existencia de residuos de materia orgánica en distintas fases de descomposición es característica de los servicios de recogida de basuras<sup>123</sup>, donde el contacto puede tener lugar vía ocular o respiratoria, debido a las salpicaduras de líquidos sufridas durante el trabajo cerca de la tolva en el proceso de compactado<sup>124</sup>, por lo es aconsejable el recurso a la protección individual.

Para concluir, es menester indicar que la profilaxis idónea frente a la contaminación del aire acondicionado vendrá dada por asegurar unas adecuadas condiciones de mantenimiento y limpieza.

<sup>120</sup> NTP 717: Gestión y tratamiento de residuos urbanos. Riesgos laborales en centros de transferencia, 2007 o NTP 781: Gestión y tratamiento de residuos sólidos urbanos. Riesgos laborales en vertederos, 2008.

<sup>121</sup> NTP 771: Agricultura: prevención de riesgos biológicos, 2008. Sobre los riesgos derivados de la inhalación de agentes biológicos no infecciosos, NTP 802: Agentes biológicos no infecciosos: enfermedades respiratorias, 2009.

<sup>122</sup> BLASCO GIL, R.M.: «Prevención de riesgos para el personal de los servicios de emergencias extrahospitalarias», cit., pág. 118.

<sup>123</sup> NTP 717: Gestión y tratamiento de residuos urbanos. Riesgos laborales en centros de transferencia, 2007 o NTP 781: Gestión y tratamiento de residuos sólidos urbanos. Riesgos laborales en vertederos, 2008.

<sup>124</sup> BOURDOUXHE, M.: «Recogida de basuras domésticas», cit., págs. 13-16.

salud y, en su caso, epidemiológicas, NTP 398: Patógenos transmitidos por la sangre: un riesgo laboral, 1995 o, en términos análogos, NTP 812: Riesgo biológico: prevención de accidentes por lesión cutánea, 2009.

<sup>118</sup> BLASCO GIL, R.M.: «Prevención de riesgos para el personal de los servicios de emergencias extrahospitalarias», cit., págs. 121-122.

<sup>119</sup> NTP 411: Zoonosis de origen laboral, 1996.

## 2.5. Riesgos mecánicos (diferentes al accidente de tráfico)

Sin duda, el analizado peligro dado por el accidente de circulación es el riesgo mecánico más destacado, pero ello no es óbice para tener presentes otras posibles amenazas relacionadas con la conducción (o tareas anejas), tales como posible caídas a distinto nivel, producidas, por regla general, al subir o bajar del vehículo o en labores de carga y descarga, y que provocan habitualmente hematomas, esguinces, fracturas o luxaciones que afectan sobre todo a las extremidades inferiores y cuya gravedad se incrementa en caso de transportes de altas dimensiones<sup>125</sup>; asimismo, pueden darse caídas en un mismo plano, causadas por resbalones en el asfalto o con placas de hielo en el interior de cámaras y cajas frigoríficas y tropezones por irregularidades/aberturas o con objetos dispersos por el suelo al abandonar la cabina por el motivo que sea. La mejora de la seguridad en estos ámbitos pasa por medidas relacionadas con el diseño mismo del vehículo (barandilla accionable, apoyos antideslizantes...), con el modo de actuar el conductor al ascender o descender (usando las escaleras, de cara a la cabina, sin precipitación, sirviéndose de los puntos de agarre, con el vehículo totalmente parado) y con acciones preventivas que giran en torno al orden, la limpieza, la iluminación o el empleo de calzado adecuado<sup>126</sup>.

Otros riesgos cuantitativamente importantes son los aplastamientos o choques y gol-

pes producidos por herramientas manuales<sup>127</sup> o por la manipulación de partes móviles del motor o por el cierre brusco del capó, cortes y laceraciones con superficies peligrosas dentro y fuera del vehículo, atropellos<sup>128</sup>, lesiones por desprendimiento de materiales u objetos, daños análogos desencadenados en el proceso de manipulación de cargas<sup>129</sup>, etc.

Aun cuando la posibilidad de contusiones en el interior del vehículo, con carácter general, no suele ser demasiado grave, procede tener en cuenta las condiciones de prestación de servicios de ciertos profesionales con superior nivel de exposición. Tal es el caso de los sanitarios que operan en el compartimento posterior de una ambulancia (que a veces se desplaza a considerable velocidad), habitáculo de reducidas dimensiones y provisto de numerosas baldas, armarios y cajones, para lograr el mayor aprovechamiento del espacio<sup>130</sup>; también es obligada la mención a los copilotos que descansan en las literas, quienes deberán estar sujetos con dispositivos al efecto. Además, la presencia de objetos en movimiento (maletas, bolsas, herramientas, instrumental...) puede ser causa de golpes y cortes salvo que el

<sup>127</sup> MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», cit., pág. 25. El INSSBT alude al riesgo derivado de la «utilización de herramientas inadecuadas, inapropiadas o deterioradas en operaciones de mantenimiento y limpieza» [NTP 717: Gestión y tratamiento de residuos urbanos. Riesgos laborales en centros de transferencia, 2007 o NTP 781: Gestión y tratamiento de residuos sólidos urbanos. Riesgos laborales en vertederos, 2008] o de «herramientas inadecuadas, defectuosas, de mala calidad o mal diseñadas», NTP 392: Herramientas manuales (II): condiciones generales de seguridad, 1995.

<sup>128</sup> En la recogida de basuras es preciso tener en cuenta también el riesgo de aplastamiento entre los contenedores y otros objetos, incluidos el camión empleado u otros automóviles apartados en la vía, BOURDOUXHE, M.: «Recogida de basuras domésticas», cit., pág. 16.

<sup>129</sup> Por extenso, y entre otras, NTP 1076: Muelles de carga y descarga: seguridad, 2016; NTP 2049: Plataformas elevadoras móviles de personal: seguridad en el transporte, carga y descarga (II), 2015 o NTP 1038: Dispositivos de sujeción de equipos de trabajo y cargas diversas sobre vehículos de transporte: seguridad, 2015.

<sup>130</sup> BLASCO GIL, R.M.: «Prevención de riesgos para el personal de los servicios de emergencias extrahospitalarias», cit., pág. 120.

<sup>125</sup> Tal es el caso del trabajo en camiones de recogida de basuras [NTP 717: Gestión y tratamiento de residuos urbanos. Riesgos laborales en centros de transferencia, 2007 o NTP 781: Gestión y tratamiento de residuos sólidos urbanos. Riesgos laborales en vertederos, 2008]. Los camiones de carga trasera, «tienen a menudo escalones demasiado altos o poco profundos y plataformas traseras a las que es difícil subir y cuyo descenso se asemeja peligrosamente a un salto. Las barandillas demasiado altas o demasiado próximas a la carrocería del camión sólo sirven para agravar la situación. Estas condiciones aumentan la frecuencia de caídas y choques con estructuras adyacentes a la plataforma trasera», BOURDOUXHE, M.: «Recogida de basuras domésticas», cit., pág. 15.

<sup>126</sup> INSSBT: Guías para la acción preventiva. Transporte de personas, cit., pág. 17 o GRÖSBRINK, A. y MAHR, A.: «Ergonomía en la conducción de autobuses», cit., pág. 27.

conductor esté suficientemente resguardado por medio de barreras o tales objetos se encuentran debidamente fijados<sup>131</sup>.

Para concluir, es preciso tener en cuenta que algunos sectores profesionales afrontan riesgos mecánicos específicos. Así ocurre con el servicio de recogida de basuras, oficio peligroso, entre otras cosas, por el hecho de que los camiones «son similares a prensas hidráulicas», de lo cual se deduce una situación similar al trabajo «en una prensa industrial móvil en condiciones mucho más exigentes que las de la mayoría de las fábricas», pues «la máquina se desplaza por el tráfico viario haciendo paradas, y los trabajadores tienen que alimentarla corriendo detrás de ella y arrojando a su interior objetos irregulares de volumen y peso variables que contienen objetos invisibles y peligrosos». Además, «en varios casos, los trabajadores se ven obligados a realizar actividades tan peligrosas como subir a la caja de compactación para entrar en los compartimentos y mover pilas de papel y cartón con los pies»<sup>132</sup>.

## 2.6. Riesgos psicosociales

En la órbita psicosocial cabe apreciar, por una parte, la posible incidencia de otros factores de riesgo (mecánicos, físicos, químicos o biológicos) en el desencadenamiento de dolencias de carácter psicológico<sup>133</sup>, en tanto el marco ambiental en el cual se desarrolla el trabajo puede constituir una fuente de problemas, restricciones e incomodidades que ponen a prueba la estabilidad del sujeto, no en vano está científicamente comprobado que el entor-

no físico (entre otros aspectos, iluminación, temperatura, humedad, corrientes, condiciones climáticas, ruido, vibraciones, colores, suciedad, reducción o inadecuación de los espacios, manejo de productos peligrosos, ausencia de ventilación, etc<sup>134</sup>.) influye directamente en el estado de ánimo<sup>135</sup>. Por otra, la presencia riesgos de cariz específicamente psicosocial, que guardan una íntima relación con «la necesidad de estar en un permanente estado de concentración y tensión debido a la conducción y circulación con el vehículo»<sup>136</sup>, pero también con la organización misma de la empresa y el trabajo, la precarización de las condiciones laborales o los niveles de participación del personal en la empresa. Además, debe prestarse asimismo atención a la incidencia de las características o circunstancias individuales del trabajador, «que influirán también de manera decisiva a la hora de afrontar de distinta forma un misma situación objetiva»<sup>137</sup>; variables como edad, género, capacidad, nacionalidad o personalidad, pero también contexto familiar (en íntima relación con las posible conciliación de vida laboral, personal y familiar) y hábitos de vida (con particular relevancia de circunstancias como el sedentarismo, la mala alimentación o el consumo de alcohol o sustancias<sup>138</sup>) deben ser tomadas en consideración.

<sup>131</sup> INSSBT: Guías para la acción preventiva. Transporte de personas, cit., pág. 15.

<sup>132</sup> BOURDOUXHE, M.: «Recogida de basuras domésticas», cit., pág. 13.

<sup>133</sup> Muchos de estos factores son objeto de atención específica como elementos en sí mismos de riesgo laboral de accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero tampoco cabe duda de cómo otros varios acaban adquiriendo una influencia, siquiera sea incidental (y en casos puntuales principal), sobre la alteración de la psique, NTP 318: El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral, 1993.

<sup>134</sup> NTP 534: Carga mental: factores, 1999.

<sup>135</sup> JHONSON, R.: «La dirección de personal», Madrid (Deusto), 1999, págs. 45 y ss. y DOLAN, S.L.; GARCÍA, S. y DIEZ-PIÑOL, M.: «Autoestima, estrés y trabajo», Madrid (McGraw-Hill), 2005, pág. 96.

<sup>136</sup> ORDÓÑEZ PASCUA, N.: «Riesgos químicos y biológicos asociados al sector del transporte por carretera», en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera», cit., pág. 230.

<sup>137</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Riesgos psicosociales en los trabajos de conducción por carretera», en AA.VV. (AGRA VIFORCOS, B., Dir.): «Siniestralidad y enfermedad laboral en carretera», cit., pág. 242. «La realidad psicosocial hace referencia no sólo a las condiciones que objetivamente se dan sino también a cómo son percibidas y experimentadas por el individuo», NTP 926: Factores psicosociales: metodología de evaluación, 2012.

<sup>138</sup> Consumo que puede ser tanto causa como consecuencia de problemas psicosociales, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Alcohol y drogas en el trabajo», Madrid (Wolters Kluwer), 2013, págs. 179-181.

Con todo, la gran heterogeneidad de actividades profesionales que implican tareas de conducción hace prácticamente imposible listar todas las posibles causas o contextos susceptibles de generar riesgos psicosociales, así como las eventuales consecuencias. Por tal motivo, únicamente se pondrán de manifiesto aquellos elementos que guardan una vinculación más intensa con el objeto de estudio, partiendo de admitir que el factor tiempo (tanto por la prolongación del trabajo como por su distribución temporal) y la carga mental (que actúa en aviesa combinación con la carga física para degenerar en problemas psicosociales y, al tiempo, incrementa el riesgo de accidente) constituyen los principales desencadenantes del estrés en el ámbito analizado.

Aparte de estas, es menester efectuar una mención, siquiera somera, a algunas otras circunstancias de máxima importancia que también suelen estar presentes en la conducción profesional, empezando por constatar que el escaso margen de autonomía se convierte en fuente de tensión, agotamiento y angustia entre aquellos conductores carentes de capacidad para la autogestión del tiempo de trabajo o sin apenas facultad de decisión en relación con el modo o procedimiento de trabajo<sup>139</sup>. En el extremo contrario se sitúan los conductores autónomos, ya sea en transporte de personas (taxis, por ejemplo), ya de mercancías, con un margen de maniobra superior al situarse fuera de la órbita del poder directivo empresarial.

Por otra parte, frente a los riesgos derivados del aislamiento y la soledad que a menudo acompañan al conductor en el

transporte de mercancías, el que traslada personas se ve enfrentado a las consecuencias de su trato con el público, que puede adoptar distintas modalidades y, por tanto, desplegar efectos estresantes desde diversos puntos de vista: «de un lado, la necesidad de mantener el orden y la disciplina ante situaciones y usuarios muy diversos (aglomeraciones, personas que manifiestan quejas, escolares, clientes bajo el efecto del alcohol o drogas, percances del más variado tipo, etc.); de otro, el componente emocional que supone, bien tener que tomar contacto con clientes o usuarios en situaciones altamente sensibles (conductores de ambulancias o coches fúnebres) o, por el contrario –y es un dato bastante desconocido y solo puesto de relieve a partir de las entrevistas con los afectados–, verse forzados a ocultar sus sentimientos (según manifiestan los taxistas o los conductores de autobuses en un porcentaje más que elocuente)»<sup>140</sup>.

No puede dejarse de lado tampoco el fuerte componente estresor dado por el temor a cometer errores y a sufrir averías. Asimismo, es importante también tener presente la falta de compensación suficiente, que provoca un desequilibrio en la relación esfuerzo-recompensa cuyas causas fundamentales son la inseguridad en el empleo, la ausencia de expectativas de promoción, la falta de reciclaje profesional o la insuficiente contrapartida económica por el trabajo prestado.

En fin, el riesgo de violencia (fundamentalmente externa<sup>141</sup>) es innegable, derivado

<sup>139</sup> La autonomía se pierde cuando el empleado carece de facultad para tomar decisiones o planificar tareas [NTP 604: Riesgo psicosocial: el modelo demanda-control-apoyo social (II), 2001] o disfruta de poco margen para establecer u ordenar la forma o método para realizarlas [NTP 438: Prevención del estrés: intervención sobre la organización, 1997], dada la presencia de una estricta supervisión o la ausencia de una mínima libertad para establecer los tiempos de trabajo y descanso, NTP 318: El estrés: proceso de generación en el ámbito laboral, 1993; NTP 443: Factores psicosociales: metodología de evaluación, 1997 o NTP 703: El método COPSOQ (ISTAS 21, PSQCAT 21), de evaluación de riesgos psicosociales, 2005.

<sup>140</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Riesgos psicosociales en los trabajos de conducción por carretera», cit., pág. 247.

<sup>141</sup> La violencia procedente de terceros es características de ciertos sectores (sanitario y veterinario, servicios sociales, Administración Pública, transporte terrestre, hostelería, y un elenco sencillo de completar) y ocupaciones (trabajadores de servicios personales, protección y seguridad; profesionales asociados a las ciencias de la salud, biología y medicina; empleados no cualificados de ventas y servicios, etc.), ROBERTS, Ch.: «Pasar del conocimiento a la acción», Revista de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, núm. 5, 2002, pág. 10 o AESST: «La violencia en el trabajo», Facts, núm. 24, 2002.

del trato con clientes (tipo II) o terceros (tipo I)<sup>142</sup>, conforme se constata en la 6ª Encuesta de Condiciones de Trabajo realizada por Eurofound en el año 2015<sup>143</sup>. Puede tratarse, y es lo más común, de agresiones verbales, amenazas y faltas de respeto, pero en ocasiones puede desencadenarse violencia física, en particular en el caso del trabajo solitario y nocturno, de lo que constituyen ejemplo paradigmático los taxistas o los conductores de autobuses urbanos. Tampoco se puede olvidar el peligro relacionado con el manejo de dinero, especialmente destacado en el transporte de seguridad.

Ante esta situación no cabe duda de que la prevención de riesgos laborales debe incidir también en el plano psicosocial, a partir, una vez más, de los resultados de la oportuna evaluación de riesgos (art. 16 LPRL), que será el instrumento capaz de revelar, en cada caso concreto, las amenazas contra las que es preciso actuar<sup>144</sup>. Realizado el oportuno diagnóstico, y contando siempre con la información procedente del personal<sup>145</sup>, la planificación establecerá las acciones necesarias, comenzando por un incremento en los niveles de participación e información, en tanto que elementos

<sup>142</sup> Así, al ser atracado o agredido por otros conductores o terceros en sus períodos de descanso, TRUJILLO PONS, F.: «La prevención de riesgos laborales en el transporte de mercancías peligrosas», cit., pág. 248.

<sup>143</sup> Los resultados españoles en INSSBT: Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, 2015, págs. 54-55.

<sup>144</sup> «La evaluación de los factores de riesgo psicosocial, integrada en el proceso general de evaluación de riesgos laborales..., conducirá a una gestión eficaz de las personas y de la organización, en el sentido de una mejor adecuación y ajuste entre la tarea a desempeñar, el entorno, la empresa y las personas, aportándoles los recursos necesarios para la realización de la tarea (prevención primaria) o para afrontar la situación (prevención secundaria o terciaria), lo que se traducirá, además en una mayor eficacia de la organización», NTP 840: El método del INSL para la identificación y evaluación de factores psicosociales, 2009.

<sup>145</sup> «Está asumido que no se pueden evaluar los riesgos psicosociales sin recoger información de los trabajadores, bien sea mediante cuestionarios o utilizando técnicas cualitativas»; sin duda, «esta es una de las recomendaciones más reiteradas en intervención psicosocial y también una de las que menos se practican», NTP 945: Intervención psicosocial en prevención de riesgos laborales: principios comunes (II), 2012.

indispensables para compensar la falta de autonomía y de libertad en la toma de decisiones. Junto a ello la formación en la identificación de los estresores y en las medidas de prevención primaria, secundaria y terciaria del estrés deviene fundamental, así como, en íntima relación, la vigilancia de la salud psicosocial y la promoción de hábitos de vida saludables.

Simultáneamente, deben buscarse sistemas de organización del trabajo que permitan compatibilizar las exigencias de la demanda con la normativa sobre tiempo de trabajo y descansos y con las necesidades derivadas de la salud física y mental de los trabajadores. Se trata de hacer posible atender con premura los requerimientos de clientes y usuarios, pero sin que ello implique un incremento desmesurado de la carga mental padecida por el operario.

En este sentido, es importante reducir las jornadas de trabajo excesivamente prolongadas o irregulares y programar los turnos con antelación suficiente. También dotar de cierto margen de flexibilidad al ritmo de trabajo más allá de los descansos y pausas reglamentarias (autonomía de tiempo), pues «tras tareas o momentos de alto nivel de atención (periodos o fechas punta, tramos de concentración de accidentes, etc.), pueden ser necesarias paradas adicionales, lo cual evitará la ansiedad frente a demoras o inconvenientes en el camino»<sup>146</sup>. Resulta igualmente importante una planificación adecuada de las rutas, tomando en cuenta las características de tráfico o meteorología y no solo la premura de tiempo.

Deviene asimismo esencial, en otro orden de cosas, incidir en la formación en seguridad vial y en la detección de problemas técnicos en el vehículo, proporcionando apoyo al empleado para prevenir posibles averías o para ayudarlo a enfrentarse a las que se produzcan, de forma que se sienta respaldado por la dirección ante eventuales incidentes.

<sup>146</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «Riesgos psicosociales en los trabajos de conducción por carretera», cit., pág. 252.

Por último, y en relación con el riesgo de violencia, entre otras actuaciones que incluyan la necesaria formación específica para su gestión, cabe plantear la búsqueda de alternativas a las rutas más peligrosas o el incremento de las precauciones de resultar imposible evitarlas; establecer medidas de seguridad adicionales en caso de portar dinero o mercancías valiosas; evitar paradas en zonas solitarias y en lugares apartados, optando, siempre que sea posible, por aparcamientos vigilados (especialmente de noche); servirse de medios técnicos que permitan efectuar llamadas de emergencia, así como la localización del vehículo; o, por no seguir, proporcionar apoyo especializado a los trabajadores que ya han sido víctimas de agresión, robo, etc.<sup>147</sup>. Sea como fuere, cabe insistir en como «un enfoque interdisciplinar y global de la gestión de la violencia... reconoce que no hay una forma perfecta [abordarla], sino que tanto las prácticas laborales (prevención) como la formación en la gestión de conflictos (reacción oportuna) y la prestación de apoyo posterior al incidente (rehabilitación) desempeñan una función de gran importancia en la solución del problema»<sup>148</sup>.

<sup>147</sup> Distintos elencos de posibles acciones preventivas y de protección se pueden encontrar en, por ejemplo, la NTP 489: Violencia en el lugar de trabajo, 1998 o la AESST: «La violencia en el trabajo», cit. También la OIT ha adoptado su propio Repertorio de Recomendaciones Prácticas sobre la violencia en el trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatir este fenómeno, fruto de la reunión de expertos que tuvo lugar del 8 al 15 de octubre de 2003.

<sup>148</sup> AESST: «Prevención de riesgos psicosociales en el trabajo: perspectivas europeas», Forum, núm. 9, 2003, pág. 8. Por cuanto hace al último nivel, se concreta en medidas de diversa índole (emocional, psicológico, jurídico-administrativo...) orientadas a minimizar los efectos nocivos del percance, otorgando una respuesta rápida que ayude a superar el evento traumático, sin perjuicio de que pueda ser necesario que la intervención se prolongue en el tiempo [NTP 489: Violencia en el lugar de trabajo, 1998]. Un análisis detallado sobre la prevención de la violencia en el trabajo, incluyendo lo relativo a la evaluación y descripción del riesgo, al diseño y aplicación de medidas preventivas y reactivas, a la supervisión de la eficacia de tales medidas y a la revisión del proceso de gestión del riesgo, en ROGERS, K.A. y CHAPEL, D.: «Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo», Madrid (MTAS), 2004.

## 2.7. Otros factores de riesgo para la seguridad o salud

Aun cuando únicamente sea por dar una visión global de la situación, es preciso concluir con la referencia a otros riesgos que afectan al trabajo del conductor y que no han sido citados en la exposición precedente, ya sea por no poder clasificarse en ninguna de las categorías, ya por merecer una mención expresa:

1. Incendio y explosión. Su origen puede ser mecánico, físico, químico, eléctrico... y producirse bien a resultas de eventuales fallos del vehículo (calentamiento del motor, fugas de combustible, problemas eléctricos o en la batería), susceptibles de prevención mediante programas adecuados de mantenimiento<sup>149</sup>, bien como consecuencia de accidentes de circulación en los que puede desencadenarse la catástrofe por efecto del combustible, la batería, etc.<sup>150</sup>. La situación cuenta con especificidad propia cuando uno de los vehículos implicados en el siniestro transporta mercancías peligrosas (dependiendo, claro está, del producto o sustancia implicado, pues tanto el riesgo como el tratamiento de la situación varía) o si se trata, por ejemplo, de una ambulancia medicalizada, pues todas portan una o varias balas de oxígeno, con lo que los materiales inflamables en el aire arderán con mayor vigor y temperatura en una atmósfera enriquecida por este agente químico y las sustancias combustibles pueden inflamarse y arder violentamente al entrar en contacto con el mismo<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> TRUJILLO PONS, F.: «La prevención de riesgos laborales en el transporte de mercancías peligrosas», cit., pág. 248.

<sup>150</sup> Además, «en un accidente pueden verse implicados de forma directa o indirecta estructuras de depósitos de gases fijos, vehículos que transportan bombonas de gas, taxis que utilizan el gas como combustible, vehículos privados que transportan bombonas para uso particular, así como cisternas que transportan gas a granel», BLASCO GIL, R.M.: «Prevención de riesgos para el personal de los servicios de emergencias extrahospitalarias», cit., pág. 120.

<sup>151</sup> BLASCO GIL, R.M.: «Prevención de riesgos para el personal de los servicios de emergencias extrahospitalarias», cit., pág. 121. El oxígeno no prende por sí solo, pero es necesario para la

Dado que, en general, los conductores no cuentan ni con preparación ni con medios suficientes para hacer frente a estos acontecimientos extraordinarios (que, además del peligro de incendio o explosión, pueden generar el de exposición aguda a productos químicos/biológicos/radiaciones o lesiones por reacción química), a falta de cualificación específica «su responsabilidad debe limitarse a su propia protección y a la petición de ayuda urgente», pues «quedará expuesto a un riesgo todavía mayor si intenta adoptar medidas de emergencia para las que no está preparado ni equipado adecuadamente»<sup>152</sup>.

2. Agentes meteorológicos adversos. El conductor (de forma señalada cuantos operan con vehículos descubiertos) a menudo tiene que desarrollar parte de su trabajo a la intemperie, por lo que se encuentra sometido a la lluvia, la nieve, el granizo... que pueden provocar lesiones y enfermedades, ante las cuales la mejor protección es la proporcionada por prendas adecuadas y, en su caso, EPIs<sup>153</sup>. Por su parte, el específico peligro de descargas eléctricas atmosféricas debe afrontarse a través de una adecuada formación, sin perjuicio de lo ya afirmado respecto a un eventual incendio<sup>154</sup>.

3. Hábitos de vida inadecuados. Resulta esencial la promoción de costumbres y prácticas saludables<sup>155</sup>, con una adecuada alimentación (pocas grasas y abundancia de zumos

y frutas), «con períodos adecuados de descanso y sueño y la abstinencia total de drogas y fármacos»<sup>156</sup> y con actividades fuera de la jornada laboral que contrarresten el sedentarismo propio de los trabajos de conducción. Pese a este *desideratum*, en muchas ocasiones la realidad muestra como las largas jornadas de trabajo con comidas rápidas y fuera del domicilio, incluso en el propio vehículo, impiden una alimentación adecuada y equilibrada y pueden llegar a provocar deficiencias nutricionales; además, la mala dieta, unida al hecho de permanecer largos períodos sentado, incrementa el riesgo de hemorroides y otras dolencias. Por otra parte, los conductores de largo recorrido a menudo padecen las consecuencias de un sueño breve o poco reparador.

En cuanto hace al consumo de alcohol y otros estimulantes artificiales (potenciado por las jornadas muy prolongadas, el estrés o la presión de los compañeros)<sup>157</sup>, aparte de los evidentes riesgos que presenta para la conducción, constituye por sí mismo un problema de salud importante del colectivo de trabajadores del sector transporte, como también lo es el abuso de diversos medicamentos. También resulta aconsejable evitar el consumo de tabaco, por su nocividad inherente, por el incremento del riesgo de accidente, porque aumenta los peligros vinculados al contacto con benceno (propio de la cercanía, entre otros lugares, de zonas con mucho tráfico, de gasolineras o talleres mecánicos<sup>158</sup>) y porque, aun cuando resulta difícil de comprender empíricamente, fumar predispone a sufrir dolores crónicos de espalda, lo cual debe ser destacado en un sector que, conforme consta, es singularmente proclive a los padecimientos dorsolumbares<sup>159</sup>.

combustión; «todos los materiales combustibles prenden con mayor facilidad y se queman con mayor fuerza cuando aumenta la concentración de oxígeno. Así ocurre incluso en el caso de que el aumento sea moderado y, por tanto, deben adoptarse las máximas precauciones para evitar el enriquecimiento de oxígeno en la atmósfera», TÜRKDOĞAN, A. y MATHISEN, K.R.: «Gases comprimidos: manipulación, almacenamiento y transporte», cit., pág. 16.

<sup>152</sup> MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», cit., pág. 25.

<sup>153</sup> BLASCO GIL, R.Mª: «Prevención de riesgos para el personal de los servicios de emergencias extrahospitalarias», cit., pág. 116.

<sup>154</sup> Por extenso, NTP 1084: Prevención de riesgos laborales originados por la caída de rayos, 2017.

<sup>155</sup> GRÖSBRINK, A. y MAHR, A.: «Ergonomía en la conducción de autobuses», cit., pág. 26. «Para que la conducción sea segura debe ir acompañada de hábitos de vida y de trabajo saludables

que la hagan posible», NTP 1091: Riesgos laborales viarios: marco conceptual (II), 2017.

<sup>156</sup> BLASCO GIL, R.Mª: «Prevención de riesgos para el personal de los servicios de emergencias extrahospitalarias», cit., págs. 118-119.

<sup>157</sup> MILLIES, B.A.: «Conducción de camiones y autobuses», cit., pág. 25.

<sup>158</sup> NTP 486: Evaluación de la exposición a benceno: control ambiental y biológico, 1998.

<sup>159</sup> BROWN, J.: «Funcionarios de policía», cit., pág. 13.

**RESUMEN**

La siniestralidad laboral en carretera, así como el posible desarrollo de patologías asociadas a la conducción, constituyen una realidad a la que el ordenamiento presta atención desde diferentes puntos de vista, entre otros, el de la prevención de riesgos laborales. A lo largo del estudio, se intenta proporcionar una visión global de como la seguridad y salud de los trabajadores puede verse afectada por los diferentes peligros asociados a la circulación rodada, señaladamente (pero no solo) el de accidente laboral de tráfico, en cualquiera de sus variables: el que afecta a trabajadores que necesitan desplazarse por carretera para cumplir las encomiendas de su empresa (accidente en misión), el que pueden sufrir cualesquiera empleados que conducen hacia o desde su trabajo (accidente *in itinere*) o aquel padecido por quienes tiene como objeto contractual, precisamente, la conducción (verbigracia, transportistas de personas o mercancías).

De entre los factores de riesgo capaces de influir en la producción de un accidente de tráfico destaca, sobre el mecánico y el estructural, el humano, ya sea por errores de percepción o decisión, concurrencia de circunstancias que merman las capacidades, acción de inhibidores de la prudencia o, incluso, búsqueda intencionada de riesgo y emociones intensas, que normalmente se exterioriza a través de la velocidad. La gravedad de las consecuencias a nivel humano, pero también social y económico, reclama una intervención pública orientada a una minoración del volumen de siniestros, que es llevada a efecto para los trabajadores asalariados en el marco de la dualidad normativa dada por la legislación de circulación (y transporte, en su caso) y por la legislación laboral. El Derecho del Trabajo ha mostrado interés por la cuestión a partir de dos nociones procedentes de la Seguridad Social, los aludidos accidentes *in itinere* y en misión, pero en la actualidad cuenta con un planteamiento más transversal e integrador en el seno de la normativa de prevención de riesgos laborales, a partir del deber empresarial de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

No cabe duda, por tanto, de que la seguridad vial debe ser entendida como responsabilidad compartida entre el ámbito público y el privado, motivo por el cual resulta imprescindible la colaboración de todas las administraciones competentes y la implicación efectiva de cuantos colectivos puedan verse afectados; muy especialmente, las empresas, cuyos planes de prevención deben integrar la materia en el seno de su sistema de gestión, contemplando actuaciones de mejora en relación con las tres variables de accidente laboral vial mencionadas. Esta acción permitirá, al tiempo, avanzar en los objetivos planteados en el marco del desarrollo sostenible, incidiendo de manera positiva en el medioambiente. Sin embargo, las amenazas a la seguridad y salud derivadas de la conducción o de actividades conectadas con el desplazamiento de vehículos por carretera son muy diversas; por ello, reducir el análisis al peligro de sufrir un accidente de circulación resulta una visión reduccionista en exceso y, en consecuencia, inadmisibles, al olvidar un ingente elenco de peligros del más variado cariz cuya toma en consideración deviene esencial, bien por contar con potencial para desencadenar efectos de gravedad, bien por actualizarse con cierta frecuencia en el desarrollo de la actividad laboral. Algunos de estos factores de riesgo pueden afectar a cualquier automovilista; otros, en cambio, quedan circunscritos a los profesionales de la conducción o en exclusiva a los pertenecientes a algunas ramas o sectores de actividad, pues, aunque en todos ellos existen amenazas comunes, también concurren particularidades (en nivel de exigencia, condiciones de desarrollo del trabajo, funciones y tareas desplegadas...) que pueden marcar la diferencia.

Así pues, en relación con la conducción profesional es preciso tener en cuenta también otras potenciales amenazas que deben ser oportunamente evaluadas para, a partir de los resultados de esta labor de análisis, planificar la estrategia de actuación adecuada a fin de mejorar las condiciones de seguridad y salud, física y psíquica, de los trabajadores. Así,

en primer lugar, es preciso citar los riesgos vinculados a cuestiones ergonómicas (cuya consecuencia más evidente viene dada por los trastornos músculo-esqueléticos), que, pese a lo que pudiera parecer, no deriva únicamente de las exigencias físicas del puesto, sino también del medioambiente de trabajo, aspectos organizativos y psicosociales, la propia individualidad del sujeto y los condicionantes extralaborales. Deben ser considerados, asimismo, aspectos mecánicos distintos al accidente de tráfico, pero capaces de generar daños de importancia desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo (caídas al mismo y distinto nivel, cortes, choques, golpes, aplastamientos, atropellos, etc.), así como la posible incidencia de agentes físicos (ruido, vibraciones, iluminación, ambiente térmico, radiaciones, electricidad), químicos (sobre todo en el transporte de mercancías peligrosas) o biológicos (por contacto con hongos, virus, bacterias..., pero también con animales, productos agrícolas o materia orgánica), el peligro de incendio o explosión o la incidencia de una climatología adversa. Tampoco deben olvidarse, en fin, los denominados riesgos psicosociales, entre los que destacan el factor tiempo, la carga mental del trabajo, las condiciones laborales precarias, el aislamiento o la violencia.

Si de ser exhaustivo se trata es preciso recordar, por último, una cuestión que habitualmente es dejada de lado, pero que también debe de ser referenciada: los efectos de hábitos de vida poco saludables, muy frecuentes en el sector y frente a los cuales resulta esencial promocionar costumbres y prácticas sanas, con una adecuada alimentación (pocas grasas y abundancia de zumos y frutas), suficiente descanso, abstinencia de tabaco, alcohol y drogas y desarrollo de actividades fuera de jornada que contrarresten el sedentarismo propio de los trabajos de conducción.

Para afrontar con solvencia el cometido, se ha asumido la necesaria perspectiva multidisciplinar en la que se incluye un análisis jurídico destinado a dejar patente la obligación empresarial de proteger a los trabajadores tanto frente al riesgo de accidente vial laboral (con matices en el caso del accidente *in itinere*), como frente a otros elementos que pueden amenazar la seguridad y salud de los profesionales de la conducción. Este enfoque jurídico ha sido completado y enriquecido con los aportes de las distintas ciencias implicadas en la prevención de riesgos laborales (reconducidas por Reglamento de los Servicios de Prevención a cuatro grandes disciplinas: Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicología Aplicada y Medicina del Trabajo), pues es evidente que la diferente naturaleza de los mismos conlleva que su análisis deba ser asumido desde distintas áreas de conocimiento para poder intervenir y adoptar las medidas preventivas y de protección pertinentes.

**Palabras clave:** Carretera; accidente; seguridad vial; plan de movilidad; riesgos laborales; daños, enfermedad; prevención, protección.

**ABSTRACT** The road accident rate related to work, as well as the possible development of pathologies associated with driving, represent a reality to which the legal system provides attention from different points of view, among others, the prevention of occupational hazards. The aim of this study is to provide a global vision of how the safety and health of workers can be affected by the different dangers associated with road traffic, particularly (but not only) the work-related traffic accident, in any of its variables: that which affects workers who need to travel by road in order to carry out their company's orders (accident during a work assignment), that which may be suffered by any employee who drives to or from work (commuting accident) or that suffered by those for whom the contractual object is precisely driving (e.g. carrier of persons or goods).

Among the risk factors capable of influencing the production of a traffic accident, the human factor stands out above the mechanical and structural factors, whether due to perception or decision errors, the concurrence of circumstances that reduce the capacities, the action of prudence inhibitors or even the intentional search for risk and intense emotions, which are normally expressed through speed. The seriousness of the consequences at the human level, but also at the social and economic levels, calls for public intervention to reduce the volume of incidents, which is carried out for salaried employees within the framework of the duality of rules laid down by road traffic regulations (and transport, where appropriate) and labour legislation. Labour Law has shown interest in the issue on the basis of two concepts from the Social Security System, the aforementioned «commuting» and «during a work assignment» accidents, but currently has a more transversal and integrating approach within the regulations on the prevention of occupational hazards, based on the corporate duty to guarantee the safety and health of its workers in all work-related matters.

There is no doubt, therefore, that road safety must be understood as a shared responsibility between the public and private realms, and for this reason it is indispensable to have the collaboration of all the competent authorities and the effective involvement of all the groups that may be affected; especially those companies whose prevention plans must integrate the matter into their management system, considering improvement actions regarding the three variables of work-related traffic accidents mentioned above. This initiative will also contribute to advancing the stated objectives within the framework of sustainable development, with a positive impact on the environment.

However, the threats to health and safety arising from driving or from activities connected with the movement of vehicles on the road are very diverse; restricting the analysis to the danger of a traffic accident is therefore an excessive reductionist view and, as a result, unacceptable, since it overlooks a huge range of dangers of the most varied nature, which are essential to take into account, either because they have the potential to trigger serious effects or because they are updated with certain frequency in the development of the work activity. Some of these risk factors can affect any motorist; others, on the other hand, are limited to driving professionals or exclusively to those belonging to certain branches or activity sectors, since, although there are common threats in all of them, there are also particularities (in terms of level of demand, working conditions, functions and tasks performed...) that can make the difference.

Therefore, in relation to professional driving, it is also necessary to take into account other potential threats that must be evaluated at the appropriate time in order to plan, based on the results of this analysis, the suitable action strategy to improve the safety and health, both physical and mental, of workers. Thus, first of all, it is necessary to point out the risks linked to ergonomic issues (the most evident consequence of which involves musculoskeletal disorders), that, despite what may appear to be true, derive not only from the physical demands of the job, but also from the working environment, organizational and psychosocial aspects, the individuality of the subject and non-work related determinants. Mechanical aspects other than road traffic accidents must also

be considered, but also capable of causing significant damage from a quantitative or qualitative point of view (falls to the same and different levels, cuts, shocks, blows, crushing, accidents, etc.), as well as the possible impact of physical agents (noise, vibrations, lighting, thermal environment, radiation, electricity), chemical agents (especially in the transport of dangerous goods) or biological agents (through contact with fungi, viruses, bacteria, etc., but also with animals, agricultural products or organic matter), the danger of fire or explosion, or the incidence of a severe weather. Finally, we must not forget the psychosocial risks, which include the time factor, the mental workload, precarious working conditions, isolation and violence.

To be comprehensive it is necessary to remember, finally, an issue that is usually overlooked, but it must be highlighted: the effects of unhealthy lifestyles, which are very common in the sector and for which it is essential to promote healthy habits and practices, with adequate nutrition (low fat and plenty of fruit and juice); an adequate rest; smoking, alcohol and drugs withdrawal and the development of activities outside the work day to counteract the sedentary nature of driving tasks.

In attempting to deal with the assignment in a reliable manner, the necessary multidisciplinary perspective has been adopted, which includes a legal analysis in order to make clear the corporate obligation to protect workers against the risk of road accidents related to work (with certain nuances in the case of commuting accidents) and against other elements that may threaten the safety and health of driving professionals. This legal approach has been supplemented and enhanced by the contributions of the different sciences involved in the prevention of occupational hazards (extended to four main disciplines by the Prevention Services Regulations): Safety at Work, Industrial Hygiene, Ergonomics and Applied Psycho-sociology and Occupational Health), since it is evident that the different nature of these risks imply that their analysis must be assumed from different areas of knowledge in order to intervene and adopt the pertinent preventive and protective measures.

**Keywords:** Road; accident; road safety; mobility plan; occupational hazards; damage; disease; prevention; protection.

# Prevención de riesgos y actividad laboral de estiba y desestiba

# Occupational hazard prevention and labour activities of stowage and unloading

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ\*

## 1. RIESGOS LABORALES DE LOS ESTIBADORES PORTUARIOS

**E**l conflicto laboral generado en el sector de la estiba portuaria, con pérdidas millonarias, como consecuencia de la decisión del Gobierno de adaptar la regulación a los dictados del TJUE, con la aprobación de un fallido RDL 4/2017, no convalidado por el Congreso, y posterior RDL 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052)<sup>1</sup>, nos parece una buena ocasión para reflexionar sobre los riesgos laborales en el sector y su prevención, pese a la ausencia de referencias expresas a la cuestión en las normas mencionadas.

La actividad laboral de la estiba y desestiba portuaria o servicio portuario de mani-

pulación de mercancías, viene definida en el art. 130.1 Ley de Puertos<sup>2</sup> (en adelante, LPE) por referencia a las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías, objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte. Para tener la consideración de actividades incluidas en este servicio deberán realizarse íntegramente dentro de la zona de servicio del puerto y guardar conexión directa e inmediata con una concreta operación de carga, descarga o trasbordo de un buque determinado. Sin necesidad de entrar en la detallada concreción legal (en positivo y negativo), no exenta de problemas, como línea de principio son tres los requisitos que delimitan la prestación: el lugar de realización –puerto–, la presencia de un buque y la ejecución de una operación de carga, descarga o trasbordo.

De esta simplificada delimitación conceptual cabe inferir que nos encontramos ante una actividad que presenta un alto grado de riesgos potenciales<sup>3</sup>, caracterizados tanto por

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

<sup>1</sup> BOE de 13 de mayo. Convalidado por el Congreso de los diputados por Resolución del 18 de mayo (BOE de 19 de mayo).

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, BOE de 20 de octubre.

<sup>3</sup> En este sentido, el Convenio Colectivo del sector portuario de la provincia de Barcelona (2013-2018) (*vid.* Resolu-

su gravedad como por su variedad, en tanto tienen múltiples orígenes; algo reflejado en altos índices de siniestralidad<sup>4</sup>, aunque no existen datos desagregados para el sector. A los más señalados, representados por la manipulación de cargas, el empleo de equipos peligrosos (mecánicos y eléctricos) para las operaciones de carga y descarga, que exigen alta cualificación, se unen, lógicamente, los relacionados con la posible peligrosidad de las mercancías<sup>5</sup>, por ejemplo, en el caso de contenedores previamente fumigados. Estos riesgos se ven agravados por la complejidad organizativa de las propias terminales portuarias y por la ejecución de la actividad laboral sujetos a las inclemencias meteorológicas. Asimismo destaca otro factor de riesgo representado por

---

ción de 19 de junio de 2013 por la que se ordena su inscripción y publicación, BOPB 11 de julio de 2012) considera (Anexo IX) que el trabajo portuario engloba de forma genérica manipulación de materiales o mercancías y el manejo de medios mecánicos que representan una peligrosidad inherente, de cuya importancia es un indicador la calificación del epígrafe de cotización para Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Puede verse sobre los riesgos más importantes del sector, VAN HOOYDONK, E.: «Port labour in the European Union», Vol. I, The EU perspective, European Commission, Brussels, 2013, pp. 23 ss.

<sup>4</sup> Pueden verse los datos elaborados para 2014 a partir de las estadísticas del Ministerio de Empleo relativos al almacenamiento y actividades anexas al transporte por la Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, donde se refleja un incremento de la siniestralidad laboral, con 6 fallecidos en el sector, <http://www.laestiba.info/numero11/la-siniestralidad-laboral-en-espana/>. En algún caso, p.e., en la Reunión de inspectores laborales portuarios en Hamburgo en 2010 han estimado la frecuencia de los accidentes en una cifra tres veces más elevada que en otros sectores, *vid.* VAN HOOYDONK, E.: «Port labour in the European Union», *op. cit.*, p. 223.

<sup>5</sup> La existencia de riesgos importantes en el sector del transporte y manipulación de las mercancías y la preocupación por este segmento de la prevención encuentra su reflejo en instrumentos internacionales como el IMO/ILO/UNECE Code of Practice for Packing of Cargo Transport Unit (CTU Code), suscrito en enero de 2014. Aunque parece que la atención se centra mayoritariamente en el transporte por carretera. Así, destaca el Código Europeo de buenas prácticas sobre sujeción de cargas para el transporte por carretera, [http://ec.europa.eu/transport/road\\_safety/vehicles/guidelines\\_cargo\\_securing\\_en.htm](http://ec.europa.eu/transport/road_safety/vehicles/guidelines_cargo_securing_en.htm). Asimismo, también existe una norma UNE EN 12195-1, de abril de 2011 sobre esta cuestión. También la NTP 1038. Dispositivos de sujeción de equipos de trabajo y cargas diversas sobre vehículos de transporte: seguridad, INSH, Madrid, 2015.

el tráfico intenso de vehículos y maquinaria en movimiento. Es verdad que el trabajo ha sufrido una enorme evolución y puede considerarse menos sucio y que exige menos esfuerzo físico, pero no cabe desdeñar los riesgos que surgen de los nuevos medios de carga (tales como grúas, bobcats, cabezas tractoras o forklift) y del uso intensivo de contenedores.

Sin ánimo de exhaustividad, son múltiples –los expertos los cifran en 30– los riesgos que pueden afectar a los estibadores entre los que destacan los distintos tipos de caídas de personas o mercancías, choques contra objetos, golpes, proyección de objetos o partículas, atrapamientos, incluidos por vuelco de máquinas o vehículos, sobreesfuerzos, exposición a temperaturas extremas, a contactos térmicos o eléctricos, explosiones, incendios, exposición a agentes peligrosos, fatiga y estrés<sup>6</sup>.

A todo lo anterior, ha de añadirse la relación triangular que caracteriza la prestación, que acarrea notables dificultades a la hora de distribuir obligaciones y responsabilidades entre la SAGEP y, en la nueva regulación, los Centros Portuarios de Empleo (CPE), y las diversas estibadoras y para la coordinación entre las empresas. La normativa aprobada, con la apertura del esquema a la participación de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), puede no resultar indiferente desde este punto de vista, sin que podamos descartar una degradación de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo de los estibadores. Además, la previsible tendencia a relaciones laborales de duración determinada, en lugar del carácter indefinido que ha ostentado la relación laboral especial hasta la fecha, puede incidir también en la siniestralidad en el sector. No ignoramos tampoco que la compleja organización de las terminales portuarias, hace más que posible la presencia de otros sujetos, cuyo papel en orden a la prevención no queda del

---

<sup>6</sup> Con mayor detalle, INSH, Riesgos psicosociales de los estibadores portuarios, Erga Noticias nº 132, INSH, 2014, p. 5. Puede verse el documento de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, Inventario general de riesgos en puertos, 2012.

todo precisado en la actual normativa que resulta de aplicación.

Para concluir, tradicionalmente y aun hoy, aun cuando seguramente en menor medida<sup>7</sup>, la actividad se caracteriza por la rapidez, la intermitencia, la imprevisión, la búsqueda de eficacia y ahorro de costes, y la necesidad de ser prestada las 24 horas del día, aspectos todos ellos reflejados en la relación laboral y en el régimen de jornada, que implica con frecuencia trabajo a turnos, a veces intensivos, y nocturno. Factores que, como es sabido, inciden en la posibilidad de sufrir accidentes, pueden afectar a la salud y hace que el sector no sea ajeno a los riesgos del siglo XXI, entre ellos los riesgos psicosociales. Por diversas causas, el comportamiento del trabajador en ocasiones está en la base del accidente; entre otros, como se constata por el tratamiento convencional de esta materia, un riesgo añadido se encuentra en el potencial consumo de alcohol y drogas<sup>8</sup>.

La compleja situación descrita y su repercusión en la multiplicación y diversificación de los riesgos laborales, contrasta con la escasa atención que las normas sobre estiba y desestiba dedican en la actualidad a la seguridad y salud en el trabajo, que aparece casi huérfana de regulación específica, suplida lógicamente la aplicación de las normas generales sobre prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales<sup>9</sup> –en adelante, LPRL– y normas de desarrollo<sup>9</sup> en función de los riesgos presentes).

En este sentido, en el ámbito que nos ocupa la principal novedad del RDL 8/2017 es la irrupción en escena de los futuros CPE y las

ETT y la plena aplicación de la regulación específica prevista para estas últimas (art. 4.2). La novedad es relativa, habida cuenta que una distribución de obligaciones similar, si bien parcial, ya se contenía en la normativa del 86 y se reprodujo en la LPE. Aun cuando la aplicación sin fisuras de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal<sup>10</sup> (en adelante, LETT) fija de manera patente el reparto de obligaciones entre las empresas implicadas, no sabemos qué derroteros seguirá su aplicación práctica. Por su parte, queda aún más oscurecida la aplicación del régimen de la coordinación de actividades preventivas derivado del art. 24 LPRL y su desarrollo reglamentario por RD 171/2004, de 30 de enero<sup>11</sup> (en adelante, RCA) así como su compatibilidad con el anterior. Aun cuando podría pensarse que la normativa común es fácilmente trasladable a este sector, su aplicación plantea dudas y en ocasiones resulta insuficiente. A estas y otras cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos laborales en el sector de la estiba y desestiba de buques dedicaremos las siguientes páginas.

## 2. LAS NORMAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN LA ACTIVIDAD DE ESTIBA Y DESESTIBA

### 2.1. Convenios de la OIT y normas comunitarias

El balance en los ámbitos internacional y comunitario se muestra muy desigual. Así, mientras no se han dictado normas específicas en relación con la seguridad portuaria en el ámbito del Derecho comunitario hasta la fecha<sup>12</sup>, pese a algunos intentos fallidos de re-

<sup>7</sup> VAN HOOYDONK, E.: «Port labour in the European Union», op. cit., p. 30.

<sup>8</sup> La DA 6ª del Acuerdo Marco Estatal contempla la elaboración de un protocolo sobre la prevención de adicciones (droga y alcohol) en el trabajo. Resolución de 17 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE 30 de enero).

<sup>9</sup> BOE 10 de noviembre.

<sup>10</sup> BOE 2 de junio.

<sup>11</sup> BOE 31 de enero.

<sup>12</sup> Existe una Directiva específica que es la Directiva 2011/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2011, por la que se establecen requisitos y procedimientos armonizados para la seguridad de las operaciones de carga y descarga de los graneleros (DOUE 16 de enero de 2012, DOUE-L-2002-80051). Transpuesta por RD 995/2003, de 25 de

gular la actividad en el sector; la preocupación de la OIT en este terreno ha sido reseñable prácticamente desde sus orígenes. En tal sentido, ya en 1929 se aprobó un Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes; y posteriormente otro en el año 1932, considerando el sector de alta peligrosidad.

El art. 6 del convenio 137 OIT, de 25 de junio de 1973, sobre el trabajo portuario, contiene un mandado dirigido a los Estados miembros que «deberán asegurarse de que los trabajadores portuarios están cubiertos por disposiciones adecuadas en materia de seguridad, higiene, bienestar y formación profesional». En desarrollo de esta norma, unos años después asistimos a la publicación del convenio sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios) n° 152, de fecha 25 de junio de 1979, ratificado por España el 3 de marzo de 1982. Convenio complementado con la Recomendación sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios) n° 160, de la misma fecha. Con anterioridad se había aprobado la Recomendación n° 145, sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos (1973).

Esta situación parece apuntar a la conveniencia de una norma específica sectorial que, en nuestro país no aparece actualizada. Como veremos *infra*, de este convenio surgen importantes obligaciones empresariales sobre todo, en lo que ahora nos interesa, en materia de formación y capacitación de los trabajadores y de coordinación de actividades preventivas.

La cuestión sigue preocupando en el seno de la OIT como lo demuestra la sucesiva elaboración y actualización de un Repertorio de recomendaciones prácticas sobre seguridad y salud en los puertos. El último revisado y publicado en Ginebra en 2016.

julio, por el que se establecen los requisitos y procedimientos armonizados para las operaciones de carga y descarga de los buques graneleros (BOE 7 de agosto).

## 2.2. Breve evolución de la normativa de Seguridad y Salud en el trabajo en el sector de la estiba

Sin necesidad de retrotraernos más atrás en el tiempo, el RD 371/1987, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del RDL 2/1986, de 23 de mayo, de estiba y desestiba<sup>13</sup> no contenía ninguna referencia expresa a la materia que nos ocupa. Situación que seguramente era adecuada habida cuenta de la vigencia en aquel momento del Reglamento de Seguridad, Higiene y Bienestar de los Estibadores Portuarios, de 6 de febrero de 1971<sup>14</sup>.

Por su parte, la misma existencia de una relación laboral especial con las sociedades estatales conllevaba la aplicación de la entonces vigente Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo; situación similar tras la aprobación de la LPRL. Si nos atenemos a las interpretaciones más frecuentes al uso, ésta únicamente salva expresamente la exclusión de la aplicación para la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, por tanto, y sensu contrario, todas las demás se entiende sin excepción incluidas en el ámbito de tutela de la LPRL, aunque pudieran ser objeto de desarrollo y/o adaptación. De todas formas, la LPRL, como es sabido, deroga expresamente los títulos I y III de la Ordenanza 1971, dejando sin embargo en vigor las materias contenidas en el título II<sup>15</sup>, y en otras normas que contengan previsiones específicas sobre tales materias, hasta que no se produzcan las normas reglamentarias anunciadas por el art. 6 LPRL. De ello podría derivarse la

<sup>13</sup> BOE de 16 de marzo.

<sup>14</sup> BOE de 24 de febrero.

<sup>15</sup> No obstante, los capítulos I, II, III, IV, V y VII de dicho Título fueron derogados expresamente por el RD 486/1997, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (BOE 23 de abril), aunque los mantiene en vigor para los lugares excluidos del ámbito de aplicación del RD, en tanto no se aprueben las disposiciones específicas. En el sector marítimo, sólo se excluyen del ámbito de aplicación los buques de pesca.

vigencia de la norma sectorial<sup>16</sup>, que de todas formas en la actualidad sería de escasa virtualidad práctica.

Junto a lo anterior, la propia distribución de poderes operada en el art. 19 RD 371/87, asignando las facultades de dirección y control a la empresa estibadora durante el tiempo de prestación de servicio, podría llevar a pensar que ésta sería la encargada de garantizar la seguridad a los mencionados trabajadores. Aunque un elemento en contra de esta conclusión podría venir de la mano de la tajante afirmación de la norma legal relativa a que el ejercicio por las empresas estibadoras de estas facultades no supone, en ningún caso, la asunción por parte de dichas empresas de la condición de empresario respecto de los trabajadores en relación laboral con carácter especial.

La cuestión, sin embargo, había sido abordada con mayor definición en el RDL 2/1986<sup>17</sup> del que el anteriormente citado trae su causa, que en su art. 18 señalaba que «Cuando los estibadores portuarios desarrollen tareas en el ámbito de las empresas estibadoras, de acuerdo con lo previsto en esta norma, corresponderá a tales empresas *garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores a la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo*, así como el cumplimiento de la normativa legal o convencional referida al tiempo de trabajo y movilidad funcional». En materia de responsabilidad, venía a reconocer también que en tales supuestos las empresas serán responsables por los incumplimientos e infracciones de la normativa de aplicación, derivadas de sus acciones u omisiones, pudiendo en tales casos formularse contra ellas las acciones administrativas o jurisdiccionales correspondientes, en los mismos términos previstos en la normativa laboral común respecto a los empresarios. La redacción legal

no se caracterizaba por su claridad y, por ello, suscitaba razonables dudas, siendo la principal desentrañar qué significa garantizar la efectividad del derecho y el cumplimiento de la normativa legal o convencional. Dudas que subsisten tras la aprobación de la LPRL pues no queda bien definido si la norma opera un traspaso (temporal) de obligaciones, si pretende un reparto de las mismas –sin saber en qué términos exactos– entre las dos empresas o si apunta a la coordinación preventiva y, en su caso, a las normas sobre contratación y subcontratación.

Por su parte, el artículo 19 RDL 2/86 afirmaba que en lo no regulado en la presente norma será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los estibadores portuarios. Por tanto, avala la aplicación de la LPRL y normas concordantes.

Como es bien sabido, la relación laboral sufre importantes cambios con la aprobación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y con la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general<sup>18</sup>. Esta norma contenía una referencia expresa al art. 24 LPRL, que ha desaparecido en redacciones posteriores y a la que dedicaremos cierta atención *infra*.

La Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la anterior, reforma otros aspectos en especial en relación con las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios, a cuya conformación deben adaptarse tanto las sociedades estatales como las agrupaciones portuarias de interés económico, cambiando incluso la denominación de trabajo de estiba y desestiba por servicio portuario de manipulación de mercancías y a partir del

<sup>16</sup> Así parece entenderlo, en aquello que resulte compatible con la LPRL, RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.T.: «La relación laboral especial de los estibadores portuarios», Trotta, Madrid, 1997, p. 370.

<sup>17</sup> RDL 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques (BOE de 27 de mayo).

<sup>18</sup> BOE del 27 de noviembre.

cual se deroga el RDL 2/1986 y, tácitamente, el RD 371/1987.

Llegados a este punto, pese a la trascendencia de la materia, no destaca tampoco la actual LPE al regular el régimen laboral del servicio portuario de manipulación de mercancías, por contener una reglamentación detallada en el terreno que nos ocupa. Siendo escasas las referencias al texto de la LPRL, mayor atención se presta, sin embargo, a la seguridad en general, sobre todo frente a determinados tipos de accidentes y de emergencias y a la protección medioambiental. Temas que, aunque aún no han alcanzado en nuestro ordenamiento el grado de integración deseado, guardan lógicamente estrecha relación con la protección de la seguridad y salud del propio estibador.

En este ámbito concreto, a vuela pluma, pueden señalarse tres características básicas del RDL 8/2017: a) la ausencia de referencia alguna a la prevención de riesgos, derogando la mención expresa a la LPRL anteriormente contenida en el art. 151.7 LPE, que reiteraba la fórmula comentada anteriormente de garantía de la efectividad a cargo de la estibadora, pero remitiendo ahora la cuestión al art. 28 LPRL; b) la creación de Centros Portuarios de Empleo (CPE) y la liberalización del sector abriendo la puerta a la intervención de las ETT; c) una remisión en bloque a la aplicación de la LETT y normas concordantes, en la que centraremos la atención *infra*. Esta remisión, aunque supone una ventaja en cuanto a una mayor precisión en el reparto de las obligaciones suscita al menos dos problemas. El primero, hace planear la duda sobre la deriva que haya de tomar la tutela preventiva, en especial en lo referente a la formación del trabajador que quedaría en manos de los CPE o las ETT y, al menos en este segundo caso, el balance que arroja el cumplimiento no es excesivamente positivo. En segundo lugar, la compatibilidad de la aplicación de la normativa específica de las ETT con las obligaciones de coordinación preventiva surgidas ex art. 24 LETT y que resultan de todo punto esenciales.

En el texto actual, tras la reforma, encontramos únicamente tres referencias, todas ellas bastante imprecisas, a esta cuestión, contenidas en los arts. 65 a), 113.8 a) y 130.4<sup>19</sup>. De las dos primeras nos ocuparemos *infra*.

La inexistencia de una normativa específica, no obstante, queda salvada con la aplicación de la LPRL, así como las normas específicas que resulten de aplicación, en especial en relación a los lugares de trabajo<sup>20</sup>, señalización de seguridad<sup>21</sup>, equipos de trabajo<sup>22</sup> o, incluso, aunque con escasa virtualidad práctica, manipulación manual de cargas que ha sido progresivamente sustituida por medios mecánicos<sup>23</sup> que en algunos casos requieren una alta especialización. Esta tendencia a la sustitución de la normativa específica por la aplicación de la norma general no es exclusiva de nuestro país, sino que se constata en la mayoría de los países europeos<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Artículo que contiene una somera referencia a la autorización al naviero o armador, sin necesidad de tramitar una licencia de servicio de manipulación de mercancías, al manejo de medios de carga y descarga propios del buque por personal de su tripulación, una vez que se acredite, mediante la presentación de los oportunos certificados de las autoridades competentes, la idoneidad de los medios técnicos empleados y la cualificación del personal que los maneje, particularmente en materia de prevención de riesgos laborales. La autoridad portuaria podrá imponer las condiciones necesarias a fin de que se garantice la realización de la operación en condiciones de seguridad y de calidad ambiental.

<sup>20</sup> 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 (BOE 23 de abril).

<sup>21</sup> RD 485/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo (BOE 13 de mayo).

<sup>22</sup> RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de equipos de trabajo (BOE 7 de agosto).

<sup>23</sup> Entre otros, *vid.* RD 837/2003, de 27 de junio, por el que se aprueba el nuevo texto modificado y refundido de la Instrucción Técnica complementaria «MIE-AEM-4» del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, referente a grúas móviles autopropulsadas (BOE 17 de julio).

<sup>24</sup> En esta línea, VAN HOOYDONK, E.: «Port labour in the European Union», *op. cit.*, p. 52.

### 2.3. El papel de la negociación colectiva

No hay que perder de vista que en esta relación laboral se ha otorgado siempre un papel de primer orden a la regulación convencional. En este sentido, la propia Exposición de Motivos del RDL 2/1986 venía a afirmar que habían de ser «los mecanismos de la negociación colectiva los que posibiliten el desarrollo del régimen laboral en este tipo de actividades, a partir de los derechos y deberes básicos reconocidos en esta propia norma y en el Estatuto de los Trabajadores». De ahí el peso que siempre ha tenido la negociación en este ámbito, en especial el Convenio de sector. El RDL otorga a la norma convencional el plazo de un año para la adaptación al nuevo régimen jurídico (DA 1ª) y contempla también, como novedad, una regla de prioridad aplicativa para el convenio para empresas vinculadas por razón de su adscripción a un puerto (DA 2ª).

#### 2.3.1. *El Acuerdo Marco del Sector*

El Acuerdo Colectivo del sector de la estiba portuaria<sup>25</sup> vigente dedica el capítulo V a regular la clasificación profesional, formación profesional, prevención de riesgos laborales y promoción de la igualdad. Su artículo 14, centrado en la Prevención de riesgos laborales, resulta algo decepcionante si de encontrar reglas de adaptación específica o soluciones innovadoras se tratase. Nos hallamos más bien una norma programática, de compromiso hacia este campo de actuación, pero retrasando su puesta en marcha a futuras actuaciones. Si dichos acuerdos se han aprobado, no se encuentran publicados y no son de fácil acceso.

Considera el precepto mencionado que el riesgo de las operaciones portuarias exige la adopción de las máximas garantías de profesionalidad en su realización. A este respec-

to y para garantizar el cumplimiento de la normativa vigente sobre Riesgos Laborales en el sector, así como su acomodación tanto a la misma como a las futuras modificaciones que se puedan ir sucediendo en el futuro, las partes firmantes del presente acuerdo se comprometen a negociar y complementar el presente convenio mediante acuerdos complementarios sobre seguridad laboral. Desconocemos si hasta la fecha se han producido avances en este sentido. El paso dado por el Convenio se sitúa en la constitución de una subcomisión de seguridad laboral en el seno de la comisión paritaria, encargada de la revisión de los planes de prevención de cada puerto y la adaptación de las normas generales de prevención de riesgos laborales al sector de la estiba portuaria.

Un aspecto a destacar del Acuerdo es el fomento de la participación de los trabajadores en materia preventiva así como la opción por un mecanismo concreto de coordinación preventiva: la constitución de comités de seguridad y salud «compartidos» o «inter-empresas». El mencionado precepto prevé la creación en cada puerto afectado por la aplicación del convenio, dentro de los tres meses siguientes a su aprobación, de un comité de seguridad y salud, como órgano paritario de participación de los trabajadores portuarios, empresas y Sociedades Anónimas de Estibadores Portuarios. Comité del que se regula con cierto grado de detalle su composición, estimando que sus competencias y facultades serán las que les atribuye el art. 39 LPRL, que serán desarrolladas por la Comisión de Prevención de Riesgos Laborales, designada por los miembros de la Comisión paritaria sectorial estatal, y aprobadas por esta última y, en su caso, con la participación de las organizaciones legitimadas no integrantes de esta última.

Por último, en el capítulo disciplinario se incluyen algunas infracciones graves en relación a la seguridad y salud, en especial la negativa a someterse a los controles o la negligencia en la observancia y cumplimiento de las normas de seguridad e higiene, que será muy grave en caso de accidente (art. 18).

<sup>25</sup> Resolución de 17 de enero de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria (BOE 30 de enero).

### 2.3.2. *El convenio colectivo aplicable al puerto*

No hay que olvidar, sin embargo, la especial relevancia que cobra el convenio colectivo del propio puerto en el que se prestan los servicios. En este ámbito, el análisis de los convenios arroja un balance muy desigual, con convenios que prestan bastante atención a la materia y otros donde el tratamiento es casi testimonial. No obstante, aun en los primeros se echa en falta una regulación que adapte las normas generales a las especialidades propias de la actividad de manipulación de cargas.

Pasando revista únicamente a los más recientes, encontramos aún Convenios que no prestan una especial atención a esta crucial materia o dedican un único artículo del que se derivan escasas novedades<sup>26</sup>. Así, a título meramente ejemplificativo, puede verse el Convenio para el sector de la estiba y desestiba para el puerto de Sevilla (2015-2017)<sup>27</sup> que se

<sup>26</sup> En este sentido, el Convenio Colectivo de Estibadores Portuarios de Pontevedra (Vilagarcía de Arousa) de 17 de diciembre de 2011 (BOP Pontevedra 16 de mayo de 2011) (2011-) que en su art. 16 se limita a remitir a lo previsto en el art. 18 del RDL 1986 y al art. 14 del Acuerdo Sectorial. Hay que tener en cuenta que se refiere a que las empresas SESTIVA y SAGEP estarán obligadas al exacto cumplimiento sobre Seguridad e Higiene, correspondiendo a las empresas estibadoras la efectividad del derecho, pero sin aclaraciones adicionales. Asimismo, establece la obligación de los trabajadores de utilizar todas las prendas que como medida de seguridad y salud laboral les entrega la Sociedad y/o las empresas estibadoras.

<sup>27</sup> Vid. la Resolución por el que se ordena registrar y ordenar el depósito del Convenio Colectivo del sector de la estiba y desestiba en el Puerto de Sevilla, suscrito por la Asociación Empresarial de Empresas Estibadoras y de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de Sevilla y las centrales Sindicales CCAA y Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar (BOP de Sevilla 24 de octubre de 2015). En la misma línea, *vid.* art. 36 del Convenio Colectivo de Empresas Estibadoras del Puerto de Bilbao (2014-2017) (BOB 27 de febrero de 2014) que se limita a ordenar a las empresas el cumplimiento de la legislación vigente en cuanto a prendas de trabajo y elementos de seguridad, a la provisión de ropa de trabajo, guantes, casco y gafas, así como a la creación de un Comité de Seguridad y Salud Laboral, formado por el propio personal del Sector, que efectuará revisiones mensuales y actuará en consecuencia. Misma tendencia en el Convenio Colectivo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria en el puerto de A

limita a reiterar las prescripciones anteriores referidas a la aplicación del art. 28 LPRL, asignando la deuda de seguridad durante el tiempo de duración de la prestación del servicio a la empresa estibadora. La mimesis es tal que se repite la desafortunada fórmula legal, ahora derogada, que señalaba que debe «ejercer todas las demás responsabilidades que se atribuyen a las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada, en el art. 28 de la Ley». En iguales términos respecto al reparto de poderes entre ambas empresas<sup>28</sup>.

No obstante, mayor atención se presta al tema de la participación y representación de trabajadores. Establece, siguiendo lo marcado por el Acuerdo Marco del Sector, que se creará un comité de seguridad y salud que estará formado, por una parte, por los delegados de prevención de las empresas estibadoras y de la sociedad y, de otras, por las empresas estibadoras o sus representantes y Sestise Sageb. Se matiza en parte la elección de los delegados que queda en manos de las Delegaciones Sindicales con representatividad en el Comité de empresa, correspondiéndole uno a CCOO y otro a Coordinadora para el año 2015. Fórmula que cabe encontrar en distintos Convenios.

En todo caso, el número de miembros no será superior a cinco por cada parte, a los habituales asistentes, se añade la posible presencia en las reuniones, con voz pero sin voto, de los asesores que las partes estimen conveniente, con un máximo de dos por cada una

Coruña afectadas por el ámbito personal del presente Convenio (2014-2017) (BOP A Coruña 24 diciembre 2014). Con bastante detalle se regula en algunos convenios la entrega de material de protección y de seguridad, normalmente a cargo de la estibadora y aquello cuya entrega corresponde a la SAGEP –art. 36 Convenio Colectivo del Sector Portuario del Puerto de Santander (2012-2018) (BOC 26 de diciembre de 2012)–.

<sup>28</sup> A esta delimitación de obligaciones y responsabilidades se limita también la regulación contenida en el art. 8.9 del Convenio Colectivo del Puerto de Avilés (2013-2018) (Resolución de 4 de julio de 2013, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se ordena la inscripción del Convenio Colectivo local del sector de la estiba y desestiba del puerto de Avilés en el registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo, BOPA 14 de agosto).

de ellas. Asimismo, podrán participar en las reuniones, con voz pero sin voto, los delegados sindicales y los responsables técnicos de la prevención de las empresas estibadoras y Sestise Sageb, que no estén incluidos en la composición del comité. También aquella misma cláusula la encontramos en el Convenio para el puerto de Barcelona<sup>29</sup>. Sus competencias y facultades serán las que les atribuye el art. 39 de la LPRL, que podrán ser desarrolladas por el grupo de trabajo designado por la comisión paritaria y aprobadas por esta última.

Podemos señalar cómo algún Convenio concreto, reforzando el papel del comité, frente al papel meramente de consulta asignado por el legislador, se atribuye carácter vinculante a sus acuerdos, siempre que sean adoptados por unanimidad (así en el Convenio Colectivo del puerto de Santander)<sup>30</sup>.

Por último, el convenio que nos ocupa dedica cierta atención a las pruebas médicas a realizar para constatar el estado de salud de los aspirantes y su adecuación al puesto que se desea cubrir (art. 31 pruebas de selección).

En el otro extremo, podemos destacar que ciertos Convenios pueden ser considerados más o menos modélicos en esta materia, aunque con espacio aún para la innovación y la adaptación al sector, que se echan en falta. Así lugar destacado lo ocupa el extenso capítulo (el IX, arts. 67-88) dedicado a la Prevención en el Convenio Colectivo del Puerto de Algeciras<sup>31</sup>, que, pese a todo, desaprovecha la ocasión para resolver algunas cuestiones problemáticas. Es quizás el texto donde, aunque sin referencias expresas al art. 24 LPRL, que luego

desarrollaremos, establece algunas medidas encaminadas a garantizar su cumplimiento. Como mandata el convenio de sector, y hemos visto en otros convenios, con carácter general la coordinación corresponde al Comité de seguridad y salud del sector de la Estiba en el que se integrarán los delegados de prevención y representantes de ambas empresas<sup>32</sup>. Sus competencias serán las señaladas en el art. 39 LPRL, aunque no habría estado de más darle algunas competencias adicionales, en especial en aras a la efectividad de la coordinación preventiva. A modo de ejemplo, en el art. 37 del Convenio para la provincia de Barcelona se atribuye directamente de la facultad de ordenar la paralización inmediata de trabajos en supuestos de riesgo grave e inminente a los delegados de prevención, a diferencia de la atribución meramente subsidiaria (cuando no pueda reunirse el comité por la urgencia requerida) que realiza el art. 21. 3 LPRL.

En el aspecto de las prerrogativas, se añade un crédito adicional (dos días al mes) para los delegados de prevención de MARAPIE y se atribuye con carácter general la condición de tiempo de trabajo efectivo a todas las actuaciones a instancias de la empresa.

En este convenio se plasma de forma bastante coherente la importancia de la cualificación y la formación, aspecto al que dedica un extenso capítulo X, y su relación con la seguridad y salud, aspecto al que dedicaremos mayor atención *infra*. Con carácter general las obligaciones de formación se atribuyen a la SAGEP (MARAPE). La relevancia de los aspectos preventivos se refleja en la integración de módulos dedicados a la prevención en los diferentes cursos de formación o cualificación profesional.

Un aspecto a destacar, aunque no se aclaran plenamente las responsabilidades y obligaciones que corresponden a cada una de las empresas, es la referencia a la maquinaria,

<sup>29</sup> Convenio Colectivo del sector portuario de la provincia de Barcelona (2013-2018) (*vid.* Resolución de 19 de junio de 2013 por la que se ordena su inscripción y publicación, BOPB 11 de julio de 2012).

<sup>30</sup> Convenio Colectivo del Sector Portuario del Puerto de Santander (2012-2018) (BOC 26 de diciembre de 2012).

<sup>31</sup> Resolución de 10 de febrero de 2009, de la Delegación Provincial de Cádiz, por la que se acuerda la inscripción, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Estiba y Desestiba del Puerto de Algeciras (BOPCA 10 de febrero).

<sup>32</sup> En la misma línea el CC del sector portuario de la provincia de Barcelona.

normalmente propiedad de la empresa, que viene obligada a informar a MARAPIE sobre la misma, en los términos del art. 41 LPRL; para que ésta se encargue de la formación. Sin necesidad de reflejarlo aquí de forma detallada, MARAPIE se compromete a facilitar determinados equipos de protección, correspondiendo cumplir las obligaciones en relación a los equipos de trabajo y otros equipos de protección a las empresas estibadoras. Asimismo, dando cierta cabida a un mayor peso de la coordinación preventiva se regulan las obligaciones de información en materia preventiva entre la empresa estibadora y MARAPIE, de cuya gestión se encargará el servicio de prevención de ésta.

El Servicio Médico portuario regulado en el art. 80 cumple más bien funciones asistenciales, en especial en situaciones de emergencia o accidentes, más no en relación con la vigilancia de la salud prevista en el art. 22 LPRL, en la medida en que ésta se atribuye a las empresas estibadoras, situación llamada a cambiar tras la entrada en vigor del RDL 8/2017. La vigilancia no vinculada a las condiciones de trabajo, de carácter voluntario, corresponde también a dicho servicio. Como regla de principio, parecen respetarse los requisitos en cuanto a la voluntariedad de los reconocimientos, en tanto se limita la obligatoriedad a los pertinentes certificados de aptitud y a la contratación, aunque igual habría que restringir la obligatoriedad a determinados puestos de trabajo, marcados por su especial peligrosidad, por el manejo de equipos peligrosos o por las especiales exigencias de aptitud, precisión, agudeza visual y otros análogos. Se especifican una serie de actividades consideradas peligrosas como las que conlleven el uso de medios mecánicos (grúas, cabezas tractoras o forklift).

Un aspecto novedoso que puede destacarse es el relacionado con la asistencia social y ayuda psicológica, así como al control del alcoholismo y la drogadicción (arts. 81 y 82), desarrollados en el protocolo incluido como Anexo VII. Aspecto objeto también de un tratamien-

to enormemente detallado en el Anexo IX del Convenio Colectivo para la provincia de Barcelona, partiendo de su imposición obligatoria al amparo del art. 22 LPRL, con justificación en la peligrosidad de la actividad y en ser la causa de numerosos accidentes. No obstante, esta generalización y obligatoriedad de los controles podría plantear algunas dudas de constitucionalidad.

Aunque la remisión al art. 29 LPRL en relación con las obligaciones de los trabajadores en materia preventiva resulta innecesaria, no cabe descartar su conveniencia, en tanto suelen hallarse factores relacionados con la conducta de éstos en el origen de algunos accidentes. Es habitual la inclusión de referencias específicas a las infracciones y sanciones disciplinarias del trabajador relacionadas con el incumplimiento de las medidas de seguridad o la intervención negligente en el accidente<sup>33</sup>.

Por su parte, el Convenio de la Bahía de Cádiz<sup>34</sup> dedica dos artículos a esta cuestión (capítulo VII), incidiendo en el reparto de obligaciones entre las empresas. Por un lado establece que ESTIGADES SAGEP aplicará las medidas que integran el deber de prevención de acuerdo con los principios de la actividad preventiva. Hasta ahí poca novedad. No obstante, hace especial mención a que tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad

<sup>33</sup> A título meramente ejemplificativo el Convenio Colectivo del Puerto de Avilés (2013-2018) (Resolución de 4 de julio de 2013, de la Consejería de Economía y Empleo, por la que se ordena la inscripción del Convenio Colectivo local del sector de la estiba y desestiba del puerto de Avilés en el registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo, BOPA 14 de agosto), hace alusión a la seguridad e higiene en el capítulo disciplinario contemplando algunas infracciones y sanciones para el trabajador relacionadas con el incumplimiento de las normas u obligaciones de seguridad (dentro del Reglamento para los estibadores del puerto de Avilés y de faltas, sanciones y seguridad e higiene, art. 6). También en el Convenio Colectivo para la Bahía de Cádiz.

<sup>34</sup> Convenio Colectivo de las relaciones laborales de los estibadores portuarios en el puerto de la Bahía de Cádiz (2014) (BOP Cádiz 11 de julio de 2014-2019).

y salud en el momento de encomendarles las tareas. Y que adoptará las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico. Pero por otro obliga a las Empresas Estibadoras a concertar un seguro para garantizar los riesgos derivados del trabajo y las responsabilidades civiles y jurídicas que implique el desarrollo del mismo (seguro que, como es sabido, no podría alcanzar a la responsabilidad del pago del recargo de prestaciones –art. 164 LGSS– que legalmente le viene atribuido).

Un extenso apartado se dedica a los equipos de trabajo y de protección (art. 40.1), correspondiendo en principio las obligaciones legales respecto a los mismos a las empresas estibadoras. No obstante, es ESTIGADES quien va a proporcionar los equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos. Se indica expresamente los que entregará ESTIGADES (dos juegos de ropa de alta visibilidad, calzado y casco y todos los equipos de protección necesarios, así como los medios que establezca el Comité de Seguridad y Salud). Los equipos de trabajo y los restantes equipos de protección individual así como cualquier otro, serán suministrados por la Empresas Contratantes. En el resto de empresas estibadoras el régimen de entrega de ropa será decidido por los respectivos Comités. Se regula la situación de riesgo grave e inminente sin grandes innovaciones respecto a la Ley.

De nuevo nos encontramos con un Comité de Sector (art. 40.3), a través del cual se vehicula la necesaria coordinación, en el que aparecen tres miembros Delegados de Prevención y tres en representación de las empresas y la Sociedad de Estiba y Desestiba. Se remite a la Ley y al Acuerdo Marco Sectorial en relación con sus competencias.

Aun cuando se dedica una especial atención (art. 41) al tema de la vigilancia de la salud, cuyo cumplimiento corresponde a ESTIGADES

SAGEP, en línea con lo que marca ahora expresamente el RDL 8/2017, en puridad se limita a reiterar el contenido del art. 22 LPRL.

Para concluir, el tratamiento de los colectivos de riesgo no es materia habitual en los convenios. No obstante, podemos traer a colación el Convenio para la provincia de Barcelona, donde resulta destacable que concreta la regulación referente a la protección de la trabajadora embarazada (art. 74), a pesar del escaso número de mujeres trabajadoras en el sector. Lo más novedoso, tras encomendar a la Comisión Médica la elaboración de la lista detallada de las operativas, puestos de trabajo y labores de riesgo para las trabajadoras embarazadas o de parto reciente, es la previsión de la exención de realizar tales tareas, sin necesidad de certificado médico. De este modo, cuando dichas labores les correspondan por el sistema rotativo de contratación diaria de operativas, se produzca un salto en el turno pasando la trabajadora en situación de embarazo o parto reciente al último turno de rotación, observándose de esta manera el mismo sistema que en el caso de trabajadores que por prescripción facultativa estén exentos de determinadas labores. Todo ello sin perjuicio de la aplicación del art. 26 LPRL.

#### 2.4. Buenas prácticas, guías de actuación y otros instrumentos no legislativos

Siguiendo una tendencia que está cobrando una creciente relevancia en el ámbito de la prevención de riesgos, en este sector también se están buscando avances y mejoras permanentes de la mano de instrumentos no legislativos, en especial guías de actuación y buenas prácticas<sup>35</sup>. Como es

<sup>35</sup> Así, a modo de ejemplo, podemos traer a colación que la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, financia a la fundación de estudios portuarios (FUNESPOR), para la realización y puesta en marcha de un proyecto europeo que tiene como objetivo la difusión y adquisición de buenas prácticas en la operativa de carga rodada en el sector portuario de la estiba de los puertos de Las Palmas de Gran Canaria, Lisboa y Tenerife. En especial encaminado al estudio de los factores específicos

sabido, existe un alto grado de consenso a la hora de considerarlas como una forma de actuación innovadora que aporta mejoras en términos de efectividad o pertinencia (adecuación a fines) a las soluciones existentes y que es susceptible de ser transferida a otros para cubrir la misma finalidad pretendida por quienes la generan<sup>36</sup>. Todo ello hace que puedan desplegar efectos especialmente positivos en orden a la tutela de la seguridad y salud en el trabajo y que, sin lugar a dudas, sean muy adecuadas a la complejidad y dificultad en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos, necesitada de ajustes y adaptaciones.

No puede ignorarse la existencia de guías de seguridad elaboradas en algunos puertos y del papel que juega en ocasiones el pliego de prescripciones particulares del servicio al que debe adecuarse la empresa estibadora, contiene importantes prescripciones en materia de seguridad y salud laborales.

### 3. CUALIFICACIÓN PROFESIONAL, FORMACIÓN CONTINUA Y FORMACIÓN EN PRL

Como hemos visto con anterioridad y se desprende también de algunos convenios, la elevada cualificación profesional que debe tener la persona que se dedica a la actividad de manipulación de mercancías, es uno de los rasgos que ha venido caracterizando la regulación de la relación en nuestro país, pero

de riesgo, la realización de una evaluación de riesgos específica y la impartición de cursos de formación (más información en [http://proyecto europeo.funespor.org/11\\_ig\\_proy.ap](http://proyecto europeo.funespor.org/11_ig_proy.ap)). *vid.* La Guía de Buenas Prácticas para los estibadores y trabajadores de los puertos de las Palmas, 2014. También GENEROSO MALO, Guía de Buenas Prácticas en materia de CAE en el Puerto de Valencia. Coordinación de Actividades Empresariales en materia de Prevención de Riesgos Laborales, Preving, Badajoz, 2011.

<sup>36</sup> Cultura preventiva y buenas prácticas, Foment de Treball Nacional, 2014, p. 12; OLIVARRI, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias de gestión de la prevención para la identificación de buenas prácticas: informe bibliográfico, INSHT-Universidad de Cantabria, 2010, p. 6.

también en otros países europeos<sup>37</sup>. Esta especialización y especial cualificación debería también redundar en una mayor garantía de la seguridad y salud en el trabajo.

En este sentido, en lo relativo a la cualificación profesional, mientras que el RDL 4/2017 hacía alusión al tema de las titulaciones exigibles<sup>38</sup> en el art. 3 RDL 8/2017, seguramente ante la inexistencia de un título específico que se correspondiera fielmente con el tipo de actividad a realizar, esta exigencia se ha sustituido por un certificado de profesionalidad establecido en el Anexo VIII (Operaciones portuarias de carga, estiba, descarga, desestiba y trasbordo) del Real Decreto 988/2013, por el que se establecen nueve certificados de profesionalidad de la familia profesional marítimo-pesquera. A ello se acompaña de un periodo obligatorio de prácticas no laborales, manteniéndose una serie de excepciones en atención a la experiencia previa, básicamente.

En el terreno de la formación continua, como hemos señalado, algunos convenios regulan de manera detallada esta materia sin descuidar los aspectos propios de la seguridad y salud en el trabajo. Así el Convenio colectivo para el puerto de Algeciras, al que ya nos hemos referido con anterioridad, contempla el contenido de los distintos cursos que integran los planes formativos y en la gran mayoría existe un módulo (de mayor o menor duración) dedicado a la prevención de riesgos laborales. La exigencia de formación y especialización en

<sup>37</sup> Sobre las diferencias entre «qualifications» y «training» y sus implicaciones en el sector que nos ocupa puede verse VAN HOOYDONK, E.: «Port labour in the European Union», *op. cit.*, pp. 21 ss.

<sup>38</sup> Desarrollado por la Orden FOM/2297/2012, de 23 de octubre, por la que se determinan las titulaciones de formación profesional exigibles para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías (BOE 27 de octubre). A título meramente ejemplificativo el RD 1072/2012, de 13 de julio, por el que se establece el título de Técnico en Mantenimiento y Control e la Maquinaria de Buques y Embarcaciones y se fijan sus enseñanzas mínimas (BOE 15 de agosto), primero de los referenciados en la Orden citada, contiene una formación específica en materia preventiva, que capacita al titulado a ejercer funciones de nivel básico.

parte es debida a la peligrosidad de la actividad y, por ello mismo, a la necesidad de incrementar la garantía del derecho a la seguridad y salud de los estibadores.

Por otra parte, en principio, en las normas hasta ahora aplicables, articuladas sobre la relación laboral especial, llamada a desaparecer tras el RDL 8/2017, se ha considerado que los estibadores unidos a la SAGEP tienen obligación de atender al llamamiento de las empresas estibadoras, deber que viene condicionado a su «adecuación», que la doctrina reconduce no solamente a la categoría profesional sino también a la garantía de la protección de la seguridad y salud<sup>39</sup>. Esto es, se considera justo motivo para rechazar un llamamiento la puesta en peligro del trabajador o su consideración de que las condiciones de seguridad y salud en que ha de realizarse la concreta prestación no son adecuadas. Pero para ello el trabajador debe estar formado e informado en materia preventiva.

Esta idea se confirma con las previsiones que encontramos en algunos convenios colectivos, que expresamente hacen referencia al compromiso de los trabajadores de realizar las tareas que les sean asignadas en cualquiera de las empresas estibadoras, cumpliendo las órdenes impartidas por éstas, siempre que dichas órdenes respeten lo establecido en el convenio y demás normativas vigentes, especialmente las referentes a la prevención de riesgos laborales<sup>40</sup>. Como hemos visto, también algún convenio destaca la importancia en este ámbito de principios de la acción preventiva como el referente a tener en cuenta las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo en el momento de encomendarles las tareas.

<sup>39</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y GARCÍA DE LA ROJA, C.: «La relación laboral especial de los estibadores portuarios», en SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M. (Dirs.), El contrato de trabajo, Vol. II, Relaciones Laborales especiales y contratos con particularidades, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 414.

<sup>40</sup> Art. 11 Convenio Colectivo del Sector Portuario del Puerto de Santander (2012-2018) (BOC 26 de diciembre de 2012).

Por tanto, hay una plena imbricación entre los tres aspectos citados.

En la misma dirección se mueve el convenio 152 OIT<sup>41</sup> que en su artículo 38 establece que no deberá emplearse en trabajos portuarios a ningún trabajador que no haya recibido *instrucción o formación adecuada* acerca de los riesgos que pueden entrañar tales trabajos y sobre las principales precauciones que se deben tomar. En su apartado 2 viene a establecer una restricción en el sentido que «*sólo deberá encargarse del funcionamiento de los aparejos de izado y de otros aparatos de manipulación de carga a personas mayores de dieciocho años que posean las aptitudes y experiencia necesarias o a personas en período de formación que trabajen bajo supervisión adecuada*».

Aun cuando no existan prescripciones específicas al respecto, como es bien sabido el art. 19 LPRL reconoce a los trabajadores derechos en materia de formación preventiva. Ahora bien, cabe poner de manifiesto que, si como hemos visto, en algunos convenios la formación venía atribuida a la respectiva SAGEP, y así parecía derivarse, aunque no de forma diáfana, del régimen legal, la especialización de ésta en el sector de la estiba y su condición de empleador de los trabajadores parecía garantizar la adecuación, la suficiencia y la eficacia de la formación (teórica y práctica). Ahora bien, la situación puede cambiar con la posible irrupción de las ETT en el sector. Sin perjuicio de la dedicación de un porcentaje de la masa salarial a la formación, y la seriedad de algunas ETT en el cumplimiento, también es sabido que se detectan prácticas de burocratización y cumplimiento meramente formal más elevadas aún que cuando la formación se presta directamente por las empresas. Como señalara en su día el TS, la formación al trabajador ha de tener lugar de manera real y efectiva, sin que resulte suficiente suscribir

<sup>41</sup> La preocupación de la OIT por esta materia se refleja también en el documento Pautas sobre formación en el sector portuario, Ginebra, 2012, a la importancia de la formación en seguridad y salud se refiere en pp. 44 ss.

un documento que afirme que se han cumplido las obligaciones si la práctica demuestra lo contrario<sup>42</sup>.

La aplicación plena de la LETT, la LPRL y el RD 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal<sup>43</sup> supone la atribución de la obligación formativa al CPE o a la ETT que deben tener en cuenta la cualificación y experiencia profesional del trabajador y prestar especial atención a los riesgos a los que vaya a estar expuesto (arts. 12.2 LETT y 28.5 LPRL). La insuficiencia y el notorio incumplimiento de la norma prevista en la LPRL, llevó a la regulación reglamentaria a introducir algunos cambios en la materia, buscando la efectividad de la formación y superar las dificultades para el cumplimiento. De esta forma, se regula un proceso formativo que viene dividido en dos fases. En primer lugar, se considera necesaria una formación en materia de prevención de riesgos laborales previa a la incorporación, a realizar por la ETT. En su art. 3 se pone de manifiesto que la ETT debe asegurarse de que el trabajador, antes de su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica necesaria en materia preventiva. A tal fin, ha de comprobar fehacientemente que su formación es la requerida y que se encuentra actualizada y adaptada a la evolución de los equipos y métodos de trabajo y al progreso de los conocimientos técnicos. Si la comprobación arroja un resultado negativo, esto es, si se constata que el trabajador no está en posesión de las cualidades requeridas, ha de facilitarle dicha formación con carácter previo al inicio

<sup>42</sup> STS (civil) de 3 de junio de 2009 (nº rec. 3820/2001). O la STSJ Cataluña de 14 de marzo de 2008 (nº rec. 7820/2006) que cuestiona la práctica habitual de entregar a los trabajadores libros o fascículos de prevención de riesgos con los que se pretende dar por satisfecha la obligación formativa, cuando a todas luces este modo de proceder no cumple con las exigencias de adecuación y suficiencia con las que la LPRL ha caracterizado la formación preventiva.

<sup>43</sup> BOE 24 de febrero.

de la actividad laboral, con medios propios o concertados.

Junto a la anterior, se prevé una formación «adicional», caso de resultar necesaria, que sería un especial adiestramiento en materia preventiva en el puesto de trabajo. Esta parte de la formación podrá realizarse por la ETT en la propia empresa usuaria antes del comienzo de la actividad o por esta última con cargo a la ETT, previo acuerdo escrito entre ambas. Las ventajas de la intervención de la EU en este momento son patentes, en tanto le permite cerciorarse de que el trabajador ha recibido las informaciones necesarias y posee las cualificaciones requeridas, además de conocer directamente sus aptitudes, de las que ya debe poseer una acreditación documental aportada por la ETT.

#### 4. LA COORDINACIÓN DE LA ACTIVIDAD PREVENTIVA

Dada la complejidad organizativa de los recintos portuarios y la evidencia de la coexistencia de distintas empresas y sus trabajadores en las terminales portuarias, inherente a la prestación de servicios de manipulación de mercancías, la coordinación deviene esencial para el éxito de las operaciones y, por ello mismo, también tiene que cobrar una importancia de primer orden en relación con la actividad preventiva. Por enunciar de forma extremadamente simplificada la cuestión, en la actividad se ven implicados una pluralidad de sujetos comenzando con la propia autoridad portuaria, la Sociedad Estatal (a partir de ahora CPE o ETT), las empresas estibadoras, los terceros que contratan los servicios de la empresa estibadora (tales como consignatarios de buques, navieros o propietarios del buque), sin descartar la posible presencia de otras empresas que realicen actividades diferentes (limpieza, seguridad, mantenimiento, entre las más frecuentes).

En este sentido, ya el propio art. 5 del Convenio 152 OIT establece que «la legislación na-

cional deberá hacer recaer sobre las personas apropiadas, sean empleadores, propietarios, capitanes u otras personas, según los casos, la responsabilidad de asegurar que se cumplan las medidas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 4 del presente convenio». A ello viene a añadir que «siempre que varios empleadores realicen simultáneamente actividades en el mismo lugar de trabajo, deberán *colaborar en la aplicación de las medidas prescritas*, sin perjuicio de la responsabilidad de cada empleador respecto de la seguridad e higiene de los trabajadores que emplea. En los casos apropiados, la autoridad competente deberá prescribir los procedimientos generales a que se ajustará esta colaboración». Obligación que se refrenda en el art. 41 que señala que todo Estado miembro que ratifique el convenio deberá «especificar las obligaciones, en materia de higiene y seguridad en el trabajo, de las personas y organismos relacionados con los trabajos portuarios».

En contraste con esta exigencia, nuestra legislación no contiene un reparto claro ni una atribución de responsabilidades específicas a los distintos sujetos presentes en los puertos e implicados en las tareas de estiba y desestiba, aunque, como sabemos, se da una respuesta parcial a la relación entre la cedente y la estibadora. Carencia que habremos de suplir, aun cuando con notables dificultades, mediante la aplicación de la normativa prevista para la coordinación de actividades preventivas (art. 24.1 y 2 LPRL) que en todo caso, deben entrar en juego en estas circunstancias.

En brevísima síntesis, como es sobradamente conocido, las empresas en los supuestos de coincidencia de trabajadores en un mismo centro de trabajo vienen obligadas a cooperar en materia de prevención de riesgos, cooperación que suele sustanciarse en mecanismos de coordinación e información recíproca (arts. 24.1 LPRL y 4 RCA). No obstante, el papel sustancial en la materia lo ostenta el empresario titular del centro de trabajo (el que ostenta los poderes de administración y disposición) que es a quien corresponden las obligaciones de

información general en relación con los riesgos y las medidas de emergencia atinentes al centro de trabajo (art. 7 RCA), el dictar instrucciones, obligación que el RCA condiciona a que sus trabajadores desarrollen actividades en el centro de trabajo (art. 8 RCA) así como hacerse cargo de la implantación de mecanismos de coordinación y, en especial, de designar al coordinador de seguridad, caso de darse los requerimientos legales para considerarlo un medio de coordinación preferente, sin darse las razones excluyentes previstas también normativamente.

Si la anterior aplicación no ofrece dudas, más conflictiva ha resultado la extensión junto a las anteriores de las obligaciones previstas para las contratadas de la propia actividad (ex art. 42 ET y 24.3 LPRL). Algunos autores la niegan tanto para la relación entre la autoridad portuaria y la empresa estibadora, básicamente porque no entra dentro de la actividad propia de la primera, que legalmente no tiene permitido su desempeño directo, como para la relación entre los terceros –que se ven obligados a no realizar tampoco la actividad directamente– y la estibadora<sup>44</sup>, aunque quizás se podrían hacer algunas matizaciones a esta idea.

#### 4.1. Identificación del empresario titular del centro de trabajo

Como hemos señalado, resulta indubitada la aplicación en el centro de trabajo, entendido como 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 RCA) y, por tanto, referido tanto a las terminales portuarias donde se realizan las operaciones de carga o a los propios buques o contenedores, las normas de la coordinación preventiva, siempre que se den situaciones de coincidencia de diversos empresarios. Esto

<sup>44</sup> Puede verse la completa argumentación de esta conclusión en RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.T.: «La relación laboral especial...», *op. cit.*, en especial pp. 170 ss.

es, todas aquellas empresas que participen en estas operaciones, con independencia de los vínculos jurídicos existentes entre ellas, se verán obligadas a cumplir con sus obligaciones de coordinación e información *ex art.* 24.1 y 2 LPRL. Así será fundamental entre todas las empresas presentes en la terminal portuaria, incluidas transitoriamente la SAGEB o, en su momento, el CPE o ETT y las estibadoras, las empresas consignatarias o, incluso, el capitán del buque, por citar solamente los más importantes.

Ahora bien, como se sabe, en la coordinación juega un papel preponderante el empresario titular y, en el caso que estudiamos, no resulta tan evidente quien ocupa dicha posición. A nuestro juicio, en primer lugar, habría que entrar a valorar el papel a desempeñar por la autoridad portuaria, organismo público previsto en la Ley General Presupuestaria con personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad de obrar en su ámbito territorial de competencia (art. 24.1 LPE), encargada de la gestión del puerto. El ámbito de su competencia es el comprendido dentro de los límites de la zona de servicio del puerto y los espacios afectados al servicio de señalización marítima cuya gestión se les asigne. Asimismo, se le puede asignar la gestión de varios puertos.

En buena lógica cabría pensar que la autoridad portuaria debería ocupar la posición del empresario titular del centro de trabajo, entendido como la empresa que tiene capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo (art. 2.2 RCA). No obstante, las normas que tangencialmente abordan esta materia parecen arrojar una conclusión diferente. La Ley 48/2003 en su art. 132.1 hacía responsable a la autoridad portuaria del control del cumplimiento de las *obligaciones* de coordinación de actividades empresariales establecidas en el art. 24 LPRL (y, en concordancia, del posterior RCA)<sup>45</sup>, si bien es verdad

que no le atribuía la condición de empresario titular. El precepto legal, sin embargo, fue derogado y ello llevaría a cuestionarse si solamente ha desaparecido la obligación de la autoridad portuaria o si debería estimarse que el art. 24 LPRL no resulta de aplicación. Si bien la primera conclusión parece palmaria, esta segunda resulta del todo incompatible con la amplia definición del término centro de trabajo en la norma legal y de las situaciones de coincidencia, que obligan a coordinar las actividades preventivas en situaciones de pluralidad subjetiva, en las que encaja la que ahora analizamos.

La exención de responsabilidad por parte de la autoridad portuaria buscada por el legislador es patente y se completa con la prescripción específica referida a los pliegos de prescripciones particulares, en los que ha de incluirse prescriptivamente la siguiente cláusula –art. 113.8 a) LPE–: la autoridad portuaria no responderá en ningún caso de las obligaciones de cualquier naturaleza que correspondan al prestador del servicio frente a sus trabajadores, especialmente las que se refieran a relaciones laborales, salario, prevención de riesgos o Seguridad Social. Esquivando, de esta forma, la posible aplicación de responsabilidades solidarias que pudieran de-

ción de riesgos laborales y descentralización productiva», Reus, Madrid, 2009; GALVÁN DE GRANDA, J.L.: «Consideraciones críticas del Reglamento sobre concurrencia de actividades empresariales», Revista Alcor de MGO nº 3, 2005; MIÑARRO YANINI, M.: «La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales: el desarrollo del art. 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales», Aranzadi Social nº 9, 2004, pp. 873 ss; MONTOYA MEDINA, D.: «Coordinación de actividades preventivas tras la entrada en vigor del RD 171/2004, de 30 de enero», Aranzadi Social nº 14, 2004, pp. 1153 ss; NAVARRO NIETO, F.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», Bomarzo, Albacete, 2005; PÉREZ CAPITÁN, L.: «El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero», Revista de Derecho Social nº 26, 2004, pp. 47 ss; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 48, 2004, pp. 67 ss; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GIL PLANA, J.: «Interacción empresarial y deber plural de seguridad y salud en el trabajo», Seguridad y medio ambiente nº 119, 2009, pp. 26 ss.

<sup>45</sup> La bibliografía sobre esta materia es abundante, a título meramente ejemplificativo, ESCUDERO PRIETO, A.: «Preven-

rivar de las normas legales vigentes, en especial de los arts. 42 ET y 24.3 LPRL<sup>46</sup>.

Descartada la titularidad por parte de la autoridad portuaria, todo parece apuntar a que será la empresa concesionaria o autorizada (que se encarga de gestionar la terminal portuaria<sup>47</sup>) quien ocupe esta posición. Posición que, en algunos casos se puede ver reforzada con la consideración de empresario principal, como veremos. Titular lo será en relación a cualesquiera empresas presentes, aunque no las haya contratado directamente o también con las contratadas que no correspondan a la propia actividad.

Esta conclusión se confirma en las normas aplicables en algunos puertos<sup>48</sup> que señalan que en la persona física o jurídica, titular de una licencia, concesión o autorización administrativa concurre siempre la condición de empresario titular, pudiendo concurrir también la de empresario principal, debiendo cumplir obligatoriamente con las medidas de coordinación previstas legalmente en cada caso, encontrándose a disposición de la autoridad portuaria cuál o cuáles de los distintos medios de coordinación previstos legalmente se ha adaptado en su centro de trabajo.

Hemos de tener presente que aunque esta materia no está regulada de forma específica, sí encontramos una referencia implícita al art. 24 LPRL en la LPE, si bien relativa específicamente a los planes de emergencia y seguridad (art. 65 RDL 2/2011). Al decir del precepto legal, la autoridad portuaria controlará en el ámbito portuario el cumplimiento de la normativa que afecte a la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías

peligrosas, y de la normativa que afecte a los sistemas de seguridad, incluidos los que se refieran a la protección ante actos antisociales y terroristas, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de las Administraciones públicas, y de las responsabilidades que en esa materia correspondan a los usuarios y concesionarios del puerto. A los efectos previstos en este apartado, corresponderá a los titulares de concesiones y autorizaciones el cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades en calidad de *titulares de centro de trabajo*. En los espacios no otorgados en régimen de concesión o autorización, el consignatario que actúe en representación del armador responderá del cumplimiento de las obligaciones de coordinación durante las maniobras de atraque, desatraque y fondeo del buque, y en general durante la estancia del mismo en el puerto salvo para las operaciones de carga, estiba, desestiba, descarga o transbordo de mercancías o de embarque o desembarque de pasajeros. Si se realizan estas operaciones o las de entrega, recepción, almacenamiento, depósito, transporte horizontal de mercancías en espacios no otorgados en concesión o autorización, responderá del cumplimiento de las obligaciones de coordinación la empresa prestadora del servicio correspondiente.

Aun cuando no se menciona el art. 24 LPRL, se utilizan los términos propios de éste: coordinación de actividades y empresario titular. Aun cuando la mención lo es a efectos de mercancías peligrosas y planes de emergencia, atribuye la posición de empresario titular a nuestros efectos, según el supuesto, al titular de la concesión o autorización o al prestador del servicio.

Mencionar también que se dará una peculiar situación entre la empresa estibadora (responsable de la seguridad durante la prestación del servicio por parte del trabajador cedido) y el titular del buque. Supuesto que también encaja en el dictado legal y exige la coordinación preventiva. Ahora bien, aquí surgen importantes problemas en orden a la

<sup>46</sup> Esta exclusión de responsabilidad resulta cuando menos dudosa para un sector de la doctrina, BALLESTER PASTOR, I., La relación laboral especial de los estibadores portuarios, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 99 ss.

<sup>47</sup> Se entiende por tal una unidad operativa habilitada como tal para facilitar el intercambio modal y de servicios portuarios, que presta distintos servicios a buques y mercancías.

<sup>48</sup> Así en el art. 4.3.2 de las Normas Básicas de Seguridad de Seguridad Portuaria del Puerto de Gijón.

capacidad del control del riesgo por parte de la estibadora, al menos en lo que se refiere al interior del buque y no a los muelles de carga, pasarelas y otros espacios similares, cuyo poder de disposición sí ostenta. Sin lugar a dudas, en tan sensibles y riesgosas operaciones han de cumplirse también las obligaciones de coordinación preventiva, siendo el buque el empresario titular e, incluso, principal.

#### 4.2. El empresario principal

Como hemos apuntado, pese a la división doctrinal en la materia, no es infrecuente encontrar la atribución de las obligaciones propias del empresario principal –llegado el caso, la imposición de responsabilidades solidarias– en algunos de los supuestos que hemos comentado. Obviando los condicionantes legales que impiden el ejercicio directo de las prestaciones e imponen el recurso a terceros, se empieza a abrir una corriente doctrinal que admite la necesidad de considerar que se aplicarían las normas de la subcontratación<sup>49</sup>. A nuestro juicio, no sería descabellado pensar que las empresas concesionarias o autorizadas para el servicio podrían ocupar la posición de empresario principal en relación con la propia actividad, y de forma específica, en relación con la estiba y desestiba con la SAGEB o con los futuros centros portuarios de empleo<sup>50</sup>.

Como hemos visto, a esta idea también apuntan algunas normas o protocolos de seguridad adoptados por las propias empresas para el sector. En este sentido, junto a las obligaciones comentadas en orden a la información y la coordinación, surgirían unos deberes adicionales (de vigilancia del cumplimiento de sus obligaciones preventivas de evaluación, plan de prevención, formación e información por parte de las contratistas). Sería el caso, sin ir más lejos, de la naviera titular del buque o

de la empresa consignataria, que contrata a la empresa estibadora para realizar unas actividades de manipulación de mercancías que forman parte de las propias actividades comerciales y/o de transporte. Asimismo, viene obligado a garantizar la seguridad en lo relativo a las condiciones del propio buque y en los accesos al mismo. El incumplimiento de estas obligaciones podría dar lugar, lógicamente, a responsabilidades solidarias en diversos órdenes en los términos regulados en la LPRL, la LISOS o la LGSS. Téngase en cuenta que si el accidente se produjera en el interior del buque, con equipos de trabajo perteneciente a éste o por las deficiencias en las instalaciones, aunque el responsable de la seguridad del estibador sea la empresa estibadora, habrá una responsabilidad que depurar en relación también a aquél.

#### 4.3. Los mecanismos de coordinación

Como se sabe, la normativa sobre coordinación preventiva es de una intensidad media-baja, pues lejos de imponer directamente la adopción de medidas conjuntas y sistemas de seguridad compartidos, se conforma con mecanismos de coordinación que, en ocasiones, serán notoriamente insuficientes a fin de paliar el incremento de riesgo provocado por la pluralidad empresarial que sirve de punto de partida. Esta maniobra legislativa parece responder a la necesidad de flexibilidad, a la presumible transitoriedad de la situación y a la ineludible conexión legal de las obligaciones preventivas con el vínculo laboral, pero quizás subestima la potencialidad de los riesgos inherentes a procesos productivos solapados o a actividades que tienen efectos multiplicadores sobre los riesgos, en particular en supuestos como el que nos ocupa. Es más, algunos mecanismos son tan livianos que en la práctica la coordinación no pasará del mero intercambio de información o, a lo sumo, de instrucciones.

El art. 11 RCA prevé un catálogo no exhaustivo de medios de coordinación a utilizar en las distintas empresas implicadas en

<sup>49</sup> En esta línea, BALLESTER PASTOR, I.: «La relación laboral especial...», *op. cit.*, p. 140.

<sup>50</sup> Así se identifica en GENEROSO MALO, Guía de Buenas Prácticas..., *op. cit.*, pp. 17 ss.

los supuestos de concurrencia analizados. Se trata de una lista abierta que permite, lógicamente, ser ampliada con otros mecanismos que las empresas estimen pertinentes, con los previstos en la negociación colectiva (DA 2ª RCA) o los regulados en normas para sectores específicos o actividades caracterizadas por la concurrencia empresarial. Entre los mencionados en el precepto legal encontramos: *a)* El intercambio de información y de comunicación 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.

La elección corresponde al empresario, que debe optar por los más eficaces y adecuados, atendiendo, como es habitual en la normativa preventiva, a parámetros como el grado de peligrosidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo, el número de trabajadores de las empresas presentes en el centro de trabajo y la duración de la concurrencia de las actividades desarrolladas por tales empresas (art. 5.2 RCA). La iniciativa corresponde al empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en éste –exigencia de factura reglamentaria– o, en su defecto, al empresario principal. No parece plausible interpretar que ante el supuesto (bastante improbable) de inexistencia de cualquiera de ellos, queden los empresarios exonerados de la obligación de adoptar medios de coordinación, aunque su articulación en tales casos está plagada de dificultades.

Como hemos visto, la negociación colectiva estatal de sector y los correspondientes convenios de los puertos estudiados suelen optar por un mecanismo de coordinación que puede considerarse más permanente y algo más perfeccionado: la constitución de un comité de seguridad y salud «compartido» o «inter-empresas», con presencia de las dos empresas (estibadora y SAGEB). Por otra parte, un mecanismo que puede servir en la práctica para la coordinación y que encaja perfectamente con el supuesto de coincidencia de actividades en un espacio geográfico bien delimitado, sería el recurso a Servicios de Prevención Mancomunado, en lugar de que cada empresa organice la actividad preventiva en un modo diverso. Así, por ejemplo, encontramos a PREVENTE, que es el Servicio Mancomunado de Prevención de Riesgos Laborales del Sector de la Estiba Portuario de Puerto de Santa Cruz de Tenerife y en el que participan tanto las empresas estibadoras como las SAGEPE<sup>51</sup>. O también PREVESTIBA que funciona en el puerto de Barcelona desde el año 2005 y cuya labor en la concienciación y en la formación de trabajadores resulta destacable<sup>52</sup>, entre otros.

Por último, como es sabido, se prevé la designación de encargados de la coordinación preventiva. El precepto legal, en aras a la flexibilidad, no impone preceptivamente el recurso a esta figura y se limita a instituir la como «medio de coordinación preferente» si concurren dos o más de las condiciones previstas en el art. 13 RCA, suscitando bastantes dudas la obligatoriedad real de la medida. En principio, las condiciones serían las siguientes: *a)* Cuando en el centro de trabajo se realicen, por una de las empresas concurrentes, actividades o procesos reglamentariamente considerados como peligrosos o con riesgos especiales, que puedan afectar a la seguridad

<sup>51</sup> Puede verse W.AA.: «Servicio de Prevención Mancomunado del sector de la estiba de puertos. La realidad de un esfuerzo compartido», en <http://www.seguridad-laboral.es/prl-por-sectores/transporte/spm-del-sector-de-la-estiba-de-puertos-la-realidad-de-un-esfuerzo-compartido>.

<sup>52</sup> <http://www.coordinadora.org/noticias/nacional/11948>.

y salud de los trabajadores de las demás empresas presentes (Anexo I RSP); b) Cuando exista 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; c) Cuando exista 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; d) Cuando exista 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. No obstante, se puede sustituir la designación por otro medio de coordinación; regla de interpretación restrictiva. En relación con el régimen jurídico aplicable al coordinador, de nuevo el legislador se aleja de las opciones cerradas o rígidas a la hora de definir el propio perfil del mismo, quedando también bastante abiertas sus obligaciones y el régimen de responsabilidades.

##### 5. PRINCIPAL NOVEDAD DEL RDL 8/2017: APERTURA DEL SECTOR A LAS ETT Y APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA

Sin entrar en consideraciones ajenas a los riesgos y su prevención, es sabido que el RDL 8/2017, siguiendo la estela del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contempla la creación de los CPE cuyo objeto será precisamente el empleo regular de los trabajadores portuarios en el servicio portuario de manipulación de mercancías, así como su formación y cesión temporal a empresas titulares de licencia de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías o de autorización de servicios comerciales portuarios; operarán, pues, como Empresas de Trabajo Temporal específicas para el sector, precisando la autorización de la Administración laboral exigida para éstas por

la legislación vigente. Las empresas estibadoras no tendrán la obligación de participar en los centros que se creen, ni tampoco la de contratar a los trabajadores puestos a disposición por ellos de forma prioritaria (punto III Exposición de Motivos). Estos centros vienen a sustituir a las SAGEP –aunque también podrían extinguirse–, aunque existe un período transitorio de tres años. Junto a estos, se liberaliza el sector y se legitima la intervención de las ETT actuales o que se constituyan. Para los CPE se prevé la plena aplicación de la 2ª Ley 14/1994, así como la restante normativa aplicable a dichas empresas (art. 4.2 RDL 8/2017).

No se ha planteado el legislador introducir ninguna restricción a la intervención de las ETT por razón de la especial peligrosidad de algunos trabajos u ocupaciones para la seguridad y la salud en el trabajo. El supuesto no encajaría en los que, en una aplicación bastante estricta de la Directiva 2008/104/CEE, subsisten en el listado contenido en la DA 2ª LETT. No obstante, como es sabido, la norma remitía a los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el art. 83 ET o a la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal en determinadas actividades (construcción, minería a cielo abierto o de interior, industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre, trabajos en plataformas marinas, fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos y los trabajos con riesgos eléctricos de alta tensión) la determinación, por razones de seguridad y salud en el trabajo, de limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición. Las limitaciones deben referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos y tareas determinadas; han de justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud asociados a los puestos o trabajos afectados y fundamentarse en un informe razonado. Pues bien, en estos u otros términos similares no sería descabellado pensar en una cláusula normativa que abriera este campo de actuación al Acuerdo Marco del Sector de la Estiba, dada la existencia de algunos puestos

de trabajo que revisten especial peligrosidad, o la prestación en zonas de difícil acceso o el manejo de mercancías especialmente peligrosas.

De la mencionada remisión en bloque a la normativa sobre ETT, resulta una aplicación más clara del reparto de obligaciones prevista en esta normativa en materia de seguridad y salud, ya no referida únicamente a la empresa usuaria sino también a la ETT o CPE, que podía suscitar algunas dudas. No obstante, preocupa, como hemos visto con anterioridad, la posible merma de la calidad y adecuación de la formación del trabajador en materia preventiva y, por consiguiente, una degradación de los niveles de seguridad alcanzados o un incremento de la siniestralidad, ya de por sí bastante alta.

Prescindiendo de la entrada en escena de las ETT, la novedad es más aparente que real, puesto que la atribución en la normativa vigente de las obligaciones preventivas a las empresas estibadoras durante el tiempo que dure la prestación, lógica pero incompleta, había llevado a un sector de la doctrina<sup>53</sup> a considerar aplicables las obligaciones propias de la ETT a las SAGEPS<sup>54</sup>. Sin embargo, como hemos podido ver, algunos Convenios hacen responsables de la vigilancia de la salud a la empresa estibadora, correspondiendo a partir de ahora al CPE/ETT. No arroja dudas que durante el período de cesión son las estibadoras las que aprovechan la prestación de servicios del trabajador y ejercen las facultades de dirección y control, aunque la «cedente» conserve el carácter de empresario, por lo que

como contrapartida les corresponde velar por la seguridad y salud de los trabajadores que emplean<sup>55</sup>.

### 5.1. Obligaciones de la empresa estibadora

En resumida síntesis, la empresa estibadora (usuaria) asumirá junto a la obligación general de seguridad, asegurando al trabajador cedido el mismo nivel de protección que a los restantes trabajadores de la empresa (art. 5 RD 216/99), algunas obligaciones informativas. En definitiva, debe comportarse en materia de seguridad y salud de idéntica manera con sus trabajadores y con los cedidos por CPE (o la ETT). De forma más específica, el art. 11.1.3.º LETT hace ahora expresa mención a que los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia. Norma innecesaria, que reitera obligaciones plenamente incluidas en la amplia obligación general. La atribución legal de esta obligación viene de la mano de

<sup>55</sup> Así lo entendió la STSJ Asturias de 5 de julio de 2002 (nº rec. 817/2001) que impone a la empresa estibadora el pago del correspondiente recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad. En esta misma línea, *vid.* STSJ Cataluña de 23 de julio de 2007 (nº rec. 2134/2006), sobre indemnización de daños y perjuicios que desestima la responsabilidad de la sociedad estatal y condena al pago exclusivamente a la estibadora; STSJ Cataluña de 12 de enero de 2009 (nº rec. 613/2008); por su parte, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 31 de marzo de 2016 (nº rec. 840/2015), impone el recargo de prestaciones a la estibadora por vulneración de obligaciones genéricas de seguridad, con independencia de que no hay norma concreta en la que encuentre encaje la infracción. Todo ello pese a la concurrencia de cierta impericia, que no imprudencia, del trabajador accidentado. El accidente se produce por caída descontrolada de controladores mientras el trabajador desarrollaba una maniobra de desestiba a tierra, La empleadora no tiene un procedimiento de trabajo establecido aplicable a los operadores de carretillas en relación a la caída de objetos; la máquina venía dando problemas desde hace un mes; el gruiста no había sido instruido de forma práctica; a ello se une que aunque en la formación impartida se ordenaba no permanecer bajo las cargas, era habitual, consentido por el encargado.

<sup>53</sup> No obstante, también existen autores que preferían reconducir las obligaciones preventivas al art. 24 LPRL, en tanto las sociedades estatales no eran Empresas de Trabajo Temporal, RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.T.: «La relación laboral especial...», *op. cit.*, p. 369; aunque a efectos de reparto concreto de obligaciones, no dudaban en atribuir la vigilancia de la salud a la Sociedad Estatal por analogía.

<sup>54</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y GARCÍA DE LA ROJA, C.: «La relación laboral especial...», *op. cit.*, p. 414. En esta línea, BALLESTER PASTOR, I.: «La relación laboral especial...», *op. cit.*, p. 141-2.

la capacidad para el control de los riesgos y la mayor facilidad para el cumplimiento. Se establece en justa correspondencia con las facultades de organización y dirección. De esta forma, resulta exigible a esta empresa el cumplimiento, en toda su amplitud, del art. 14 LPRL. A ello se añade el deber de velar por el cumplimiento, por parte de la ETT de sus obligaciones, en la medida en que no debe permitir el inicio de la prestación de servicios por un trabajador cedido mientras no tenga constancia del mismo (art. 4.2 RD 216/1999).

En relación con la información, debe informar a la ETT antes de la celebración del contrato de puesta a disposición «acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas», así como de «los riesgos del puesto a cubrir» [arts. 28.5 LPRL y 14.e) RETT<sup>56</sup>, respectivamente]. Obligación que reviste una especial importancia en relación con los estibadores. En desarrollo de la misma, el art. 2 RD 216/99 señala que sólo es posible celebrar un contrato de puesta a disposición para puestos de trabajo en los que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales; prohibición reflejada ahora igualmente en la LETT. Por tanto, la información debe incluir los resultados de la evaluación de riesgos (art. 5.3 RD 216/1999), concretando los riesgos generales o específicos del puesto de trabajo, medidas de prevención a adoptar, formación en materia de prevención de riesgos laborales que debe poseer el trabajador y medidas de vigilancia de la salud que deban adoptarse (art. 2.2 RD 216/1999). Debe, asimismo, informar por escrito a la ETT de todo daño (al trabajador puesto a disposición) ocasionado con motivo del desarrollo de su trabajo, para que aquella pueda cumplir las obligaciones de notificación a la autoridad laboral (arts. 23.3 LPRL y 7.2 RD 216/1999).

Además, debe informar a los estibadores antes del inicio de la actividad de los riesgos

existentes para su seguridad y salud, tanto de aquellos que concurren de manera general en la empresa como de los específicos del puesto de trabajo y tareas a desarrollar, y de las correspondientes medidas y actividades de prevención y protección, en especial en lo relativo a las posibles situaciones de emergencia (arts. 16.1 LETT y 4.1 RD 216/1999).

Asimismo, debe informar a los servicios de prevención o trabajadores designados y representantes de los trabajadores de la incorporación de estibadores cedidos, para que puedan realizar sus funciones también respecto a estos (arts. 28.5 LPRL y 4.3 RD 216/1999).

Junto a las anteriores, se le imponen obligaciones de documentación (art. 7.1 RD 216/99) en relación con los datos atinentes a los trabajadores puestos a disposición, en los términos del art. 23 LPRL, mención innecesaria y reiterativa, si tenemos en cuenta el principio de igualdad de trato y la obligación de garantizar la seguridad y salud que pesa sobre la EU, como hemos visto.

Por último, viene obligada a recabar la información necesaria de la ETT para asegurarse de que el trabajador ha sido encontrado apto para la realización de los servicios que se le vayan a encomendar, que posee las cualificaciones y capacidades requeridas para las mismas y que ha recibido las preceptivas informaciones acerca de las características del trabajo, las cualificaciones y aptitudes requeridas y la evaluación de riesgos (art. 4.1 RD 216/1999). Esta obligación debe cumplirse con la máxima diligencia, si las empresas estibadoras quieren que el servicio se preste con las debidas garantías y eximirse de posibles responsabilidades.

## 5.2. Obligaciones del Centro Portuario de Empleo (ETT)

En línea de principio, las obligaciones que corresponden a estas empresas deben cumplirse en función de los resultados de la evaluación de riesgos de la EU que, como hemos

<sup>56</sup> RD 4/1995, 13 de enero, de desarrollo de la Ley 14/1994 (BOE de 1 de febrero).

visto, le habrán sido facilitados y se ciñen a la formación, ya analizada, la información y la vigilancia de la salud.

En relación con la información, debe informar al trabajador de los riesgos del puesto de trabajo a cubrir, especificando toda la información recibida de la Empresa estibadora (arts. 28.5 LPRL y 3.2 RD 216/1999).

La ETT, o el CPE, son, asimismo, responsables de la vigilancia de la salud de los trabajadores que pongan a disposición de las empresas estibadoras, de acuerdo con las normas contenidas en la LPRL y RSP.

Según el art. 3 RD 216/1999, deben acreditar documentalmente a la Estibadora el cumplimiento de estas tres obligaciones. Documentación que debe estar a disposición de los delegados de prevención o representantes legales del CPE o la ETT y de los servicios de prevención. Además se le imponen obligaciones de registrar y conservar la documentación relativa a los trabajadores puestos a disposición en los términos y a los fines del art. 23 LPRL (art. 7.1 RD 216/1999). Como hemos visto, esta obligación en algunos casos es atribuida en la actualidad a las empresas estibadoras en el Convenio Colectivo.

### 5.3. ¿Compatibilidad en la aplicación de los arts. 24 y 28 LPRL?

En general, el estudio del reparto de obligaciones contenido en el art. 28 LETT hace que se eche en falta la obligación de coordinación entre ambas empresas que, en cierta medida, se suple con el intercambio de información a que están legalmente obligadas. No obstante, en el supuesto concreto que nos ocupa, las características señaladas, la complejidad organizativa y la presencia de diversas empresas exigen la simultánea aplicación de ambos preceptos. Y a esta conclusión no obsta el que el RDL 8/2017 se limite a remitir en bloque a la aplicación de las normas sobre ETT, incluidas las de prevención de riesgos laborales. La concurrencia

del presupuesto de hecho previsto en el art. 24 LPRL, en los términos expuestos *supra*, exige a todas las empresas el cumplimiento de las preceptivas obligaciones que derivan del mismo, correspondiendo a quienes ocupen las posiciones de empresario titular o principal, los deberes de vigilancia también estudiados. Y ello, como vimos, deriva también con claridad del convenio 157 de la OIT que mantiene una posición indubitada en este terreno, considerando que las empresas deben cooperar en la aplicación de la normativa preventiva.

Como hemos visto en algunos de los convenios de puerto analizados, resulta esencial el reparto de las obligaciones en relación con los equipos de trabajo, siendo el titular de los mismos el que debe cumplir con las obligaciones de información en relación con los mismos. Norma de especial relevancia será la aplicación del art. 24.4 LPRL cuando los equipos utilizados no pertenezcan al empresario titular del centro de trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «Las relaciones laborales, especial y común, de estiba portuaria», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n° 118, 2015.
- BALLESTER PASTOR, I.: *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ESCUADERO PRIETO, A.: *Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva*, Reus, Madrid, 2009.
- FOMENT DE TREBALL NACIONAL, *Cultura preventiva y buenas prácticas*, 2014.
- GALVÁN DE GRANDA, J.L.: «Consideraciones críticas del Reglamento sobre concurrencia de actividades empresariales», *Revista Alcor de MGO* n° 3, 2005.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Cuatro normas de trabajo (asalariado y autónomo) en el intervalo de la reforma laboral», *Derecho de los Negocios* n° 241, 2010.
- GENEROSO MALO, *Guía de Buenas Prácticas en materia de CAE en el Puerto de Valencia. Coordinación de Actividades Empresariales en materia de Prevención de Riesgos Laborales*, Preving, Badajoz, 2011.

- INSHT, *Riesgos psicosociales de los estibadores portuarios*, Erga Noticias n° 132, INSHT, 2014.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y GARCÍA DE LA ROJA, C.: «La relación laboral especial de los estibadores portuarios», en SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M. (Dirs.), *El contrato de trabajo, Vol. II, Relaciones Laborales especiales y contratos con particularidades*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- MIÑARRO YANINI, M.: «La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales: el desarrollo del art. 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social* n° 9, 2004.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Competitividad, empresa flexible y estiba en los muelles: ¿qué sí exige y qué no la Comisión 'por boca' del TJUE?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n° 409, 2017.
- MONTOYA MEDINA, D.: «Coordinación de actividades preventivas tras la entrada en vigor del RD 171/2004, de 30 de enero», *Aranzadi Social* n° 14, 2004.
- NAVARRO NIETO, F.: *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- OLIVARRI, R. (Coord.), *Un análisis de evidencias y experiencias de gestión de la prevención para la identificación de buenas prácticas: informe bibliográfico*, INSHT-Universidad de Cantabria, 2010.
- OIT, *Pautas sobre formación en el sector portuario*, Ginebra, 2012.
- Repertorio de recomendaciones prácticas sobre seguridad y salud en los puertos* (revisado), Ginebra, 2016.
- PÉREZ CAPITÁN, L.: «El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero», *Revista de Derecho Social* n° 26, 2004.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 48, 2004.
- RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Trotta, Madrid, 1997.
- «Contrato para estibadores portuarios», en CARDENAL CARRO, M. (Coord.), *Vademecum de contratación laboral*, Laborum, Murcia, 2001.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GIL PLANA, J.: «Interacción empresarial y deber plural de seguridad y salud en el trabajo», *Seguridad y medio ambiente* n° 119, 2009.
- VAN HOOYDONK, E.: «Port labour in the European Union», Vol. I, The EU perspective, European Commission, Brussels, 2013.
- VV. AA.: «Servicio de Prevención Mancomunado del sector de la estiba de puertos. La realidad de un esfuerzo compartido», en <http://www.seguridad-laboral.es/prl-por-sectores/transporte/spm-del-sector-de-la-estiba-de-puertos-la-realidad-de-un-esfuerzo-compartido>.

**RESUMEN**

La prestación de servicios en la actividad portuaria de manipulación de mercancías, caracterizada por el peculiar lugar de realización (el puerto), la presencia de un buque y la ejecución de una operación de carga, descarga o trasbordo, puede ser tildada como actividad de especial riesgo. Esta afirmación se sustenta en la concurrencia de una peligrosidad intrínseca de la tarea, unida a las especialidades de la propia prestación de servicios, a lo que se añade la complejidad organizativa del puerto, la titularidad del buque y la presencia de distintos sujetos que asumen roles también diversos y que puede llevar a cierta dilución de responsabilidades. No obstante lo anterior, no ha ocupado un lugar central en la doctrina laboral, donde no existen estudios monográficos sobre la temática. Ello motiva el interés de una indagación en profundidad de esta materia, partiendo de los riesgos existentes, para acometer con posterioridad el análisis de la normativa vigente y posibles propuestas de regulación. La escasez de normas específicas para el sector llevan a la necesidad de aplicar la legislación preventiva común, algo que arroja no pocas dificultades, en tanto no se ha considerado pertinente realizar una adaptación de la normativa de seguridad a las necesidades propias y específicas del sector que ahora nos ocupa. El método utilizado en la investigación parte, primeramente, de un repaso de las normas internacionales y de Derecho de la UE que abordan específicamente la seguridad en este terreno, inexistentes en la actualidad en el derecho interno. A ello se añade, habida cuenta la especial relevancia de la negociación colectiva en la regulación de la relación laboral en la estiba portuaria, la conveniencia de profundizar en el conocimiento de las normas convencionales, tanto de nivel estatal (acuerdo marco de sector) como de algunos de los más significativos ejemplos de convenios colectivos de puerto. En relación a este asunto, el balance es desigual, pues mientras algunos convenios se limitan a reiterar prescripciones ya contenidas en la legislación vigente, otros apuestan por soluciones más innovadoras o abordan problemas aún no resueltos y de cierto peso en el sector como el del posible consumo de alcohol y otras sustancias estupefacientes o drogas, que justificarían probablemente, bajo determinados condicionantes y con suficientes garantías, la excepción a la voluntariedad de la vigilancia de la salud, marcada por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL).

Ahora bien, el problema más acuciante de los que enfrenta la prevención de riesgos en la estiba portuaria guarda relación con las peculiaridades del lugar de trabajo y la presencia de una pluralidad de sujetos, respecto a los cuales no queda bien delineado ni el rol que asumen en el cumplimiento de las medidas de seguridad ni la posible imputación de responsabilidades, en tanto resulta de aplicación sin matices la normativa preventiva común, pese a que parecen aconsejables ciertas adaptaciones legales que sí se han acometido en otros sectores de actividad. Los cambios operados en la relación laboral tras la aprobación del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, apuntan a la aplicación de las normas de prevención de riesgos específicas para las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, ETT), que son objeto de especial atención. La novedad aquí es relativa pues se contenía un reparto similar en normas vigentes ya desde el año 86. Esta apertura sin precedentes a las ETT no descarta una posible degradación de las condiciones de seguridad y salud de los estibadores, que resulta preocupante. En este terreno, sin embargo, se echa en falta que se hubiera al menos considerado la conveniencia de revisar, vía legal o con apertura a la intervención del convenio colectivo, las actividades prohibidas o restringidas a la cesión de trabajadores por razones de la especial peligrosidad de la actividad, algo que ni siquiera se ha planteado, limitándose a extender el régimen aplicable a las ETT que, como se sabe, básicamente se sustancia en un reparto de obligaciones entre las empresas implicadas (ETT y empresa usuaria –las

diversas estibadoras-), correspondiendo a esta última el grueso de la deuda de seguridad. Sin embargo, no resulta baladí que la formación en materia de seguridad y salud, que cobra aquí especial relevancia, o la vigilancia de la salud, queden en manos de los centros portuarios de empleo (CPE) o las correspondientes ETT, que no han demostrado un cumplimiento muy eficiente de tales obligaciones. A nuestro parecer, sin embargo, la conclusión más relevante del estudio es que esta extensión normativa no obsta la aplicación de las normas sobre coordinación preventiva previstas en la LPRL ni su correspondiente desarrollo reglamentario (RD 171/2004), al darse el supuesto de hecho previsto en la norma de concurrencia de actividades de diversas empresas (autoridad portuaria, sociedad estatal –a partir de ahora CPE o ETT–, empresas estibadoras, terceros que contratan sus servicios e, inclusive, la posible presencia de terceros realizando actividades concurrentes). Operación, empero, no exenta de complejidad, en orden a la identificación de los distintos sujetos y su encaje en los conceptos específicos de empresario titular y empresario principal, con atribución de las principales obligaciones dimanantes de la normativa enunciada. A esta inextricable tarea se dedica la parte central del estudio que, más allá del análisis crítico de la norma, propone también soluciones a algunos problemas aplicativos y apuesta por la necesidad de la coordinación preventiva eficaz como fórmula para combatir la siniestralidad laboral, con un índice de incidencia bastante elevado en la actividad tratada. La postura defendida, aun cuando no unánimemente aceptada, pasa por la implicación de todos los actores, incluida la autoridad portuaria, en el cumplimiento de las medidas de seguridad. Por su parte, en el terreno de la organización preventiva, y pese a que la norma no impone sistemas de seguridad compartidos, la opción seguramente más acertada, puesta en práctica en algunos puertos, es la de la constitución de un servicio de prevención mancomunado, capaz de dar respuesta de forma eficaz a las específicas necesidades preventivas demandadas por una actividad intrínsecamente peligrosa y con presencia de una complejidad subjetiva notoria, con incidencia en los riesgos laborales. La investigación realizada demuestra las dificultades interpretativas y aplicativas derivadas de la traslación de la legislación preventiva común, con una inadecuada cobertura de algunas necesidades de tutela, que con toda probabilidad aconsejarían una regulación específica de la prevención de riesgos en la estiba, siguiendo las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

**Palabras clave:** Manipulación de mercancías; riesgos laborales; protección de la salud; coordinación preventiva; empresas de trabajo temporal.

**ABSTRACT**

The provision of services in port activities related to merchandise handling, characterized by the peculiar place where it is carried out (the port), the presence of a vessel and the execution of loading, unloading or transfer operations, can be considered as activities of special risk. This statement is based on the concurrence of an intrinsic hazard of the task, together with the characteristics of the provision of services in itself and the organizational complexity of the port, the ownership of the vessel and the presence of different subjects that assume diverse roles and can lead to a certain debauchery of responsibilities. Notwithstanding the above, it has not occupied a central place in the labour doctrine, where there are no monograph studies on the subject. This motivates the interest of an in-depth investigation of this matter, starting from the existing hazards, to subsequently undertake the analysis of the current rules and possible proposals for regulation. The scarcity of specific rules for the sector leads to the need to apply common preventive legislation, something that produces many difficulties, whereas it has not been considered appropriate to adapt the safety regulations to the specific needs of the sector we are dealing with now. Firstly, the method used in the investigation starts with a review of international norms and EU law that specifically address security in this area, which currently do not exist in domestic law. Given the special relevance of collective bargaining in the regulation of labour relations in port stowage, we also have to consider the convenience of getting deeper into the knowledge of conventional rules, both at the state level (framework collective agreement by the sector) and some of the most significant examples of port collective bargaining agreements. In relation to this issue, the balance is unequal, because while some agreements are limited to repeat prescriptions already contained in the current legislation, others opt for more innovative solutions or address still unresolved and quite important problems in the sector, such as the potential consumption of alcohol and other narcotic substances or drugs, which would probably justify, under certain conditions and with sufficient guarantees, the exception to the voluntary nature of health surveillance, pursuant to Law 31/1995, of 8 November on the prevention of Occupational Hazards (hereinafter LPRL).

However, the most urgent problem faced by hazard prevention in port stowage is related to the particular characteristics of the workplace and the presence of a plurality of subjects, for which the role they assume in compliance with security measures and the possible imputation of responsibilities is not well defined, as the common preventive regulations are implemented without hesitation, although certain legal adaptations that have been undertaken in other sectors of activity seem advisable. The changes in labour relations after the approval of Royal Decree 8/2017, of 12 May, which modifies the workers' regime for the provision of port cargo handling services, point to the application of occupational hazard prevention regulations which are specific for Temporary Employment Agencies (hereinafter ETTs), which are the subject of special attention. This is relatively new because a similar distribution has been present in existing rules since 1986. This unprecedented opening to ETTs does not rule out a possible degradation of the safety and health conditions of stevedores, which is worrisome. In this area, however, it is necessary to have considered, at least, the convenience of reviewing, legally or via the intervention of collective agreements, prohibited or restricted activities to the transfer of workers for reasons of special hazards of the activity, something that has not even been raised, limiting itself to extending the regime applicable to ETTs, which, as it is known, it is mainly based on shared obligations between the companies involved (ETTs and user companies –the various dockers-), corresponding to the latter the bulk of the security issue. However, it is not trivial that health and safety training, which takes on special relevance here, or health surveillance, remain in the hands of port employment centres (CPE) or the corresponding ETTs, which have not shown a very efficient fulfilment of such obligations. In our opinion, however, the most relevant conclusion of the study is that this normative extension does not prevent from the implementation of the rules on preventive coordination provided for in the LPRL nor its corresponding regulatory

development (RD 171/2004), given the hypothesis foreseen in the norm of concurrence of activities of diverse companies (port authority, state company –hereinafter CPE or ETT–, stevedore companies, third parties that contract their services and, even, the possible presence of third parties performing concurrent activities). Nevertheless, this operation is not free of complexity, in order to identify the different subjects and how they fit into the specific concepts of entrepreneur and principal employer, being empowered to the main obligations arising from the stated rules. The core of the study is dedicated to this inextricable task, which beyond the critical analysis of the norm, also proposes solutions to some implementation problems and bets for the need of effective preventive coordination as a formula to combat occupational accidents, which involve quite a high rate according to the concerned activity. The supported point of view, even if not unanimously accepted, implies the involvement of all actors, including port authorities, to comply with security measures. For its part, in the field of preventive organization, and despite the fact that the standard does not impose shared security systems, the most likely option, which has been put into practice in some ports, is the establishment of a joint prevention service, able to respond effectively to the specific preventive needs demanded by an intrinsically dangerous activity and with the presence of an obvious subjective complexity, with an impact on occupational hazards. The research carried out shows the difficulties in interpreting and implementing derived from the translation of the common preventive legislation, with inadequate coverage of some guardianship needs, which would most likely advise on a specific regulation on prevention of occupational hazards in stowage, following the recommendations of the International Labour Organization.

**Keywords:** Merchandise handling, occupational hazards, health protection, preventive coordination, temporary employment agencies.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

# Prevención laboral y protección social de los trabajadores expatriados

# Social protection and labor risks prevention of expatriate workers

LOURDES LÓPEZ CUMBRE\*

---

## 1. LA CATEGORÍA DE EXPATRIADO. EL TRABAJADOR DESPLAZADO INTERNACIONALMENTE DE FORMA TEMPORAL O DEFINITIVA POR SU EMPRESA

### 1.1. Sobre la figura del expatriado: escasa consideración legal, alguna incursión convencional y una fuerte presencia de normas empresariales internas creadas *ad hoc*

1. A diferencia de otros países de la Unión Europea en los que se dispone de una definición sobre el concepto de expatriado, España configura dicho concepto por asimilación al régimen aplicable al trabajador afectado por una movilidad geográfica internacional en su empresa. Describe, así, el desplazamiento que una empresa efectúa cuando exige que los trabajadores afectados residan en un Estado distinto al de su domicilio habitual<sup>1</sup>. En

principio, no debería incluirse dentro de este régimen a los trabajadores contratados para prestar servicios en el extranjero, a los denominados trabajadores móviles o itinerantes a nivel externo o a los trabajadores que prestan servicios en empresas fronterizas o a los trabajadores transfronterizos. Pero sí a aquellos trabajadores que mantienen su nacionalidad y el vínculo con la empresa de su país de origen mientras desarrollan su actividad en el país de destino. Sin embargo, cada vez es más frecuente extender este concepto a cualquier trabajador extranjero –incluso habiendo perdido la vinculación con su empresa de origen– e incorporar a aquellos supuestos de trabajos prestados para una pluralidad de empresarios –contratas, subcontratas, cesiones, transmisiones o grupos de empresa– con elemento extranjero y con constante demanda de prestación de servicios en un país extranjero o para una empresa filial o subcontratada en el extranjero.

La realidad demuestra ser mucho más compleja y rica que cualquier acepción que pueda definir el concepto y enseña que, pese a las cautelas del legislador nacional por am-

---

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria.

<sup>1</sup> Países como Francia, Reino Unido, Alemania o Italia sí disponen de una figura propia que define la situación del expatriado. Así, por ejemplo, en Francia se define la figura del trabajador expatriado como la de quien es desplazado al extranjero con una eventual prestación de servicios en un país distinto a aquél en el que se lleva a cabo la actividad de manera habitual,

siempre que el trabajador desplazado al extranjero siga bajo la disciplina del régimen nacional francés de Seguridad Social.

parar los derechos y garantías del trabajador expatriado, priman, en buena parte de las ocasiones, los intereses económicos, fiscales y el deseo de eludir una legislación nacional –laboral o de otra naturaleza– más restrictiva, en general, para la empresa y, algunas veces, también con la connivencia del trabajador. Conviene precisar respecto de este último que, con la crisis económica, el perfil se ha ido modificando; y de tratarse de trabajadores a los que las empresas multinacionales destinaban con inmejorables condiciones laborales y salariales a prestar servicios en el extranjero únicamente, ahora la realidad del expatriado incluye también a quienes –jóvenes, normalmente– deciden aceptar condiciones precarias o buscar empleos con condiciones laborales anormalmente desventajosas en países extranjeros. Por lo que será necesario distinguir entre el desplazado expatriado y el expatriado no desplazado. Sin embargo, en este último caso el fenómeno que mejor describe la situación es el de la emigración, esto es, el desplazamiento sin vinculación de origen y con previsible vocación de permanencia en el lugar de destino, a la que resultan de aplicación todas las normas sobre extranjería y, en el seno de la Unión Europea, las de libre circulación de trabajadores (en particular, el Reglamento 492/2011, de 5 de abril, DOUE, 27 de mayo).

No obstante, la idea más común es que el trabajador expatriado es contratado por la empresa en el país de origen y destinado a prestar servicios en el país de destino bien con el mismo contrato, bien con modificaciones en el contrato inicialmente pactado, bien con una novación plena del contrato de trabajo para adaptarse a la nueva situación de prestación de servicios en el extranjero. Incluso se ha llegado a aludir a la necesidad de considerar que la relación se transforma en una relación laboral de carácter especial *de facto*, ya que *de iure* no existe tal caracterización<sup>2</sup>.

Con todo, y sin perjuicio de la determinación casuística que el contrato laboral del expatriado deberá tener en el futuro, existe una realidad incuestionable que pasa por despejar dos incógnitas en cada caso: la ley aplicable y el foro de competencia<sup>3</sup>. Como es sabido, el Reglamento 593/2008, 17 de junio, DOUE, 4 de julio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y que sustituye al antiguo Convenio de Roma, establece como norma general en el art. 3 que la legislación aplicable será la elegida por las partes pero, en el caso de los contratos de trabajo, se establece lo dispuesto en el art. 8. En esta misma norma, el art. 36 indica que, por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal. Por su parte, será el Reglamento 1215/2012, 12 de diciembre, DOUE, 20 el que regule la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Aun cuando lo normal será mantener el derecho sustantivo del país de origen y otorgar competencia a los tribunales del mismo, conviene no menospreciar el lugar de prestación de servicios, elemento básico en la determinación de la prestación de servicios. En este sentido, el Reglamento 883/2004, 29 de abril, DOCE, 20, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, establece que, en caso de desplazamiento

<sup>2</sup> OJEDA AVILÉS, A.: «Expatriados: concepto, naturaleza jurídica y regulación», *Trabajo y Derecho*, núm.1, 25 páginas.

<sup>3</sup> Un completo estudio sobre todos los aspectos de la relación laboral con elemento extranjero en MATORRAS DIAZ-CANEJA, A.: «La expatriación de trabajadores», Pamplona, Aranzadi, 2012, LOUSADA AROCHENA. J.F. y RON LATAS, R.P.: «El contrato de trabajo internacional», Valladolid, Lex Nova, 2013 y LLOBERA VILA, M.: «El desplazamiento transnacional de trabajadores», Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

to temporal de los trabajadores, se aplicará la normativa del Estado de origen cuando la duración previsible del desplazamiento no exceda de veinticuatro meses, *ex art.* 12. Y un elemento fundamental cuando se trata de proteger la salud e integridad física del trabajador. Como se comprobará, las normas de orden público laboral obligarán a aplicar la legislación de origen a las condiciones del contrato pero se regirá, en algunos elementos, por la normativa del país de destino durante la permanencia del trabajador en el mismo, lo que dificulta la aplicación, entre otras, de las normas de prevención y/o de protección laboral y social.

2. En España, y en ausencia de un régimen jurídico propio, el desplazamiento de trabajadores al extranjero ha sido asumido por la realidad sociolaboral, y especialmente por la doctrina judicial, como un supuesto de desplazamiento del art. 40.4 LET, considerando que dentro del mismo se incardinan tanto los supuestos en los que el destino se encuentra en España como en el extranjero. En definitiva, el art. 1.4 LET extiende la protección de la norma laboral *«al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español»*. Bien es cierto que, en el ordenamiento español, el desplazamiento supone el cambio del lugar de trabajo que no excede de doce meses en un período de tres años. Por lo que nada impedirá que la movilidad geográfica internacional se desarrolle en estos términos aun cuando, si se excediera, debería ser considerado como traslado.

Procede subrayar, en este sentido, que, en la configuración de los supuestos del art. 40 LET, el legislador no hace referencia alguna ni expresa ni tácita a la localización exacta del nuevo destino donde el trabajador, desplazado o trasladado, va a desarrollar su actividad. Se plantea así el interrogante sobre el ámbito de aplicación espacial o territorial de la norma. Y debe advertirse que, ni el art. 1.4 LET parece

estar destinado a abarcar la movilidad sino la transformación contractual de la relación, ni el art. 40 LET está pensando en una movilidad internacional pues la mayor parte de su contenido se refiere a un desplazamiento o traslado en territorio nacional y con limitaciones expresamente reguladas por el mismo. De hecho, aun cuando se considerara que las reglas del traslado resultan de aplicación al expatriado, la norma nacional debería ser incumplida o, en su caso, adaptada a las numerosas particularidades que dicha figura exigiría al ser aplicada a la expatriación.

Por otra parte, el Tribunal Supremo ha entendido que la norma nacional se considera aplicable con independencia de que el destino esté dentro o fuera del territorio nacional pues *«no se puede hacer distinciones donde la ley no distingue pero, además, no puede desconocerse que en empresas que realizan normalmente obras en países distintos al español, es natural que estén facultadas para desplazar a sus trabajadores a aquellos lugares donde los necesiten, si el desplazamiento se efectúa con todos los requisitos formales que la ley establece»* (STS 1 de julio de 1986, Ar. 3917, FJ 2). En idéntica línea, STS 16 de junio de 1987, Ar. 4375, FJ 4, admitiendo la aplicación del art. 40 LET en un supuesto de ejecución temporal de la prestación en Kuwait entiende que *«no cabe sostener seriamente que, en el supuesto de tener que ejecutar un trabajo en el extranjero, la empresa, cumpliendo con las obligaciones de abono de dietas y desplazamiento, no pueda ordenar efectuar el trabajo a quien considere más idóneo»* (FJ 2). Finalmente, la STS 19 de abril de 2004, Ar. 2864, señalará que *«la reforma operada en nuestro sistema de relaciones laborales por la Ley 11/94 impuso a los trabajadores determinados sacrificios, compensación de la naturaleza del contrato de trabajo como de tracto sucesivo. Entre ellas, las de tener que soportar la movilidad geográfica cuando concurren las circunstancias legales que la hacen posible»* (FJ 3)<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Por lo demás, tampoco los Tribunales Superiores de Justicia han eludido la aplicación del art. 40 LET a estos supuestos de movilidad geográfica internacional. Así, y a título mera-

En consecuencia, y por lo que se refiere al objeto de este estudio, nada impedirá considerar que la aplicación del art. 1.4 LET a la situación de los expatriados permite asimismo la expansión de la protección del resto de la normativa laboral, en concreto y por lo que a este análisis respecta, las normas de prevención de riesgos laborales y las normas de Seguridad Social comprendidas ambas en la referencia de aquél a «la legislación laboral española». Y todo ello pese a que, expresamente, el citado artículo 1.4 LET garantice «*al menos, los derechos económicos*» que corresponderían al trabajador en territorio español por cuanto la referencia expresa no anula la alusión general al resto de la legislación española. Bien es cierto que uno de los elementos clave será precisamente el salario del trabajador y que su desplazamiento dependerá de que sus condiciones económicas –salario en relación con el coste de vida en el país de destino– aconsejen el mismo. A todo ello habría que añadir la posibilidad de extender asimismo la aplicación de la norma convencional que rija en la empresa una vez trasladado el trabajador expatriado. En principio, y como trabajador de la misma, se impondrá su aplicación salvo cláusula expresa en contrario. De hecho, muchos Convenios Colectivos establecen un régimen jurídico propio para los trabajadores expatriados<sup>5</sup>. En particular, y por lo que se refiere a

mente orientativo por su antigüedad y como ejemplo, la STSJ Cataluña 19 de julio de 1994, Ar. 3060 considerará ajustada a Derecho la orden de desplazamiento a Alemania sin que conste en la comunicación el período de duración ni la determinación de las fechas aunque sí el motivo del desplazamiento. «*No existe en este caso incumplimiento empresarial al proceder la actuación empresarial bajo el amparo del art. 40 LET*» (FJ 2). En los mismos términos, STSJ Madrid 24 de julio de 1991, Ar. 4711 ante un desplazamiento del trabajador durante tres meses a un centro de trabajo en Estocolmo. Sin embargo, la STSJ Andalucía (Granada) 25 de septiembre de 1995, Ar. 3373 anulará la decisión empresarial al constatar que no se le abonaron al trabajador ni se pusieron a disposición del mismo los gastos de viaje y dietas al nuevo centro de trabajo, situado en el extranjero, por lo que se incumplieron las disposiciones del art. 40.3 LET (FJ 2).

<sup>5</sup> MOLINA MARTIN, A.: «La regulación de la movilidad geográfica internacional de trabajadores: instrumentos y contenidos, con especial atención a la negociación colectiva», en AA. VV.: «La dimensión laboral de la internacionalización de la

este estudio, garantizando una póliza de asistencia en viaje, de vida o de enfermedad que cubra cualquier contingencia del trabajador o su familia en el extranjero. Finalmente, muchas empresas multinacionales responden a las inquietudes de este traslado a través del Manual del Expatriado en el que se recogen las condiciones a aplicar en caso de movilidad internacional<sup>6</sup>.

3. En este contexto, adquiere una especial significación la diferencia entre la movilidad geográfica internacional de trabajadores –en la que se mantiene intacto el vínculo contractual entre empresa de origen y trabajador mientras presta servicios en el extranjero– y la denominada puesta a disposición internacional en el seno de un grupo de empresas con filiales en varios países, que admite varias fórmulas de articulación y que, en ocasiones, provocan la ruptura del vínculo contractual y escapan, por tanto, al ámbito de la prestación sobrevenida de servicios en el extranjero.

En este sentido, cabe plantear algunas alternativas, con distinto grado de viabilidad. Por un lado, la posible novación objetiva propia. Se trata de instrumentalizar a través de la extinción de la relación contractual en origen y la consiguiente suscripción de un nuevo vínculo laboral en destino la movilidad internacional. No suele existir dudas sobre la posibilidad de admitir la novación extintiva cuando se trata de cambios locativos en el seno de los grupos de empresa. Ocurre, sin embargo, que, en tales casos, se producirá la movilidad física del trabajador pero no la movilidad geográfica en sentido técnico-jurídico que deberá suponer tan sólo una alteración locativa y la adaptación del resto de condiciones de trabajo derivadas de la misma pero no la extinción contractual.

empresa española. Una visión de conjunto de los instrumentos de gestión laboral trasnacional de las multinacionales españolas, Madrid, Cinca, 2014.

<sup>6</sup> Por todos, REY GUANTER, S. del, «Las nuevas dimensiones de la movilidad internacional», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 119, 2015, pp. 131-140.

En segundo término, podría aludirse a una novación suspensiva. En este caso, el contrato con la primera empresa quedaría suspendido y se celebraría una nueva contratación con otra empresa radicada en el extranjero. Puesto que la novación suspensiva no compromete la continuidad jurídica de la relación, su utilización sería admisible siempre que las condiciones de trabajo a la reincorporación se hallaran garantizadas. Del mismo modo, procederá el acuerdo novatorio; un supuesto de flexibilidad interna que implica la adaptación de las condiciones de trabajo.

Nada impide, por lo demás, el establecimiento de cláusulas convencionales de reserva de modificación del lugar de trabajo hacia un destino internacional ampliando el poder de dirección del empleador. Las cláusulas contractuales son más difíciles de admitir por la imposición del art. 3.1.c) LET aun cuando nada pueda evitar el pacto consensuado entre las partes respecto de un cambio en el lugar de trabajo. Se considera una estrategia empresarial extendida la de incentivar la aceptación de destinos internacionales a través del ofrecimiento de condiciones de trabajo más ventajosas que las que se disfrutaban en territorio nacional, sobre todo de carácter económico.

Finalmente, y comoquiera que la movilidad internacional necesariamente conllevará la adaptación de otras condiciones laborales (funciones, retribución e incluso tiempo de trabajo) además del lugar del trabajo, convendría considerar, según la intensidad de las mismas, el recurso al art. 41 LET. No en vano, el propio art. 41.7 LET estima que los traslados suponen una modificación sustancial al señalar que, en materia de traslados, se estará a lo dispuesto en el art. 40 LET<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Algunas reflexiones sobre esta materia han sido expuestas, previamente, en LÓPEZ CUMBRE, L.: «Movilidad geográfica internacional», Julio, 2014, «Transposición de la Directiva 2014/67 sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios», Abril, 2015 y «Transposición de las normas europeas en materia de desplazamiento de trabajadores», Junio, 2017, en [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com)

## 1.2. El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: trabajadores expatriados y trabajadores impatriados

1. A diferencia de lo apuntado, sí existe una normativa europea que rige el desplazamiento de trabajadores en el seno de una prestación de servicios. Primero, con la Directiva 96/71, 16 de diciembre, DOCE, 21 de enero de 1997 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y, después, mediante la regulación contenida en la Directiva 2014/67, de 15 de mayo de, DOUE, 28, relativa a la garantía de cumplimiento de la citada Directiva 96/71<sup>8</sup>. Ahora, la Resolución de 29 de mayo de 2018 aprobada por mayoría en el Parlamento Europeo permitirá modificar de nuevo la Directiva 96/71 al objeto de seguir afianzando y garantizando las condiciones de los trabajadores desplazados.

Como es sabido, la transposición de este cuerpo normativo europeo se produjo con la Ley 45/1999, 29 de noviembre, (BOE, 30) sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, desarrollada por el RD-Ley 9/2017, 26 de mayo, (BOE, 27) por el que se trasponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, reforma también algunos aspectos referidos al desplazamiento de trabajadores. En atención a esta normativa, trabajador desplazado es todo aquel que, durante un período limitado en el tiempo, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto a aquél en cuyo territorio trabaja habitualmente. De hecho, el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios se produce en una de estas tres si-

<sup>8</sup> Una reflexión sobre esta última en GÓMEZ ARBÓS, J.: «Los trabajadores desplazados y su relación con el empresario como tercero. Novedades a propósito de la directiva 2014/67/UE», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.176, 2015, 11 páginas. Vid asimismo CASADO ABARQUERO, M.: «Hacia la mercantilización de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores», *Revista de Justicia Laboral*, núm.40, 2009, 15 páginas.

tuaciones: a) el desplazamiento a otro Estado miembro de un trabajador por cuenta y bajo la dirección de su empresa, en el marco de un contrato celebrado entre ésta y el destinatario de la prestación que opera en dicho Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento; b) el desplazamiento a otro Estado miembro de un trabajador, en un establecimiento de empresa que pertenezca al grupo; c) el desplazamiento de un trabajador de una empresa de trabajo interino o de suministro de mano de obra a una empresa usuaria establecida o que ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro.

Precisamente los efectos de la denominación de las Directivas comunitarias obligan a aludir más a «desplazamientos» que a «traslados» sin mayor consecuencia jurídica. Es cierto, como se expuso, que el recurso al art. 40.4 LET condiciona esta propuesta (y obliga a diferenciar entre desplazamiento y traslado). Pero resulta fácilmente subsanable aludiendo a «desplazamientos sin especificación temporal», como sucede en algunos casos en los que la negociación colectiva nacional recurre a esta figura con ocasión de la cobertura de necesidades de la empresa o para la ejecución de trabajos o tareas de duración determinada pero incierta. Mas, en todo caso, el desplazamiento de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea y su normativa permitirá garantizar a los trabajadores expatriados, al menos en este ámbito, una regulación básica para sus condiciones laborales.

2. Normativa que afecta en un doble sentido, esto es, también para aquellas empresas extranjeras que desplazan sus trabajadores a España. Y, así, nuestro país pretende controlar el tránsito de toda empresa foránea que realice operaciones en España y que deberán declarar a las autoridades españolas cualquier servicio que vayan a efectuar en nuestro país a efectos de exigirles el cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social, evitando así el «dumping social». Se pretende, de esta forma

garantizar a nivel nacional el respeto a un nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados para la prestación de servicios transfronteriza. Para ello se valorarán aspectos tales como si el trabajo se realiza en España durante un período limitado de tiempo, la fecha de inicio del desplazamiento, el Estado miembro en el que, o desde el que, el trabajador desplazado a España suele desempeñar su trabajo, si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar en el Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado a España, la naturaleza de las actividades, si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos, y, de ser así, de qué forma los proporciona o cómo los reembolsa o, entre otros, los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador desplazado.

Ciertamente, la valoración de estos elementos deberá adaptarse a cada caso particular y tener en cuenta las peculiaridades de la situación. Dichos elementos pueden ser tenidos igualmente en cuenta por las autoridades competentes para determinar si una persona desplazada entra dentro de la definición de «trabajador desplazado» contenida en esta norma [*«trabajador desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional, siempre que exista una relación laboral entre tales empresas y el trabajador durante el período de desplazamiento»*, ex art. 2.2. Ley 45/1999], a cuyo efecto deberán guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador, independientemente de cómo hayan caracterizado las partes su relación en el contrato o acuerdo que hubieran suscrito.

Para cumplir con esta normativa, el empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberá comunicar el desplazamiento,

antes de su inicio y con independencia de su duración, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde se vayan a prestar los servicios. La comunicación de desplazamiento deberá contener una serie de datos e informaciones relativos tanto a la empresa que desplaza al trabajador como a este último, la fecha de inicio y la duración previstas del desplazamiento o la determinación de la prestación de servicios que los trabajadores desplazados van a desarrollar en España con indicación del supuesto que corresponda, entre otros. Se regula asimismo la obligación de comparecencia y de conservación y aportación de documentación ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su caso (contratos de trabajo, recibos de salarios, registros de horarios o, entre otros, el documento por el que se acredite la autorización para trabajar de los nacionales de terceros países conforme a la legislación del Estado de establecimiento). Particular subrayado merece la obligación de notificar, en su caso, los daños para la salud de los trabajadores desplazados que se hubieran producido con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute en España.

La Inspección sancionará los incumplimientos, de acuerdo con la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDL 5/2000, 4 de agosto, BOE, 8, modificada también por esta nueva normativa). Por una parte, para considerar como infracciones leves (art. 10), entre otras: a) los defectos formales de la comunicación de desplazamiento de trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, en los términos legalmente establecidos; o b) no dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas, cuando tengan la calificación de leves. Por otro lado, para añadir entre las infracciones graves: a) la presentación de la comunicación de desplazamiento con posterioridad a su inicio o sin designar ya sea al representante de la empresa que sirva de enlace con las autoridades competentes españolas y para

envío y recepción de documentos o notificaciones, ya sea de una persona que pueda actuar en España en representación de la empresa prestadora de servicios en los procedimientos de información y consulta de los trabajadores, y negociación, que afecten a los trabajadores desplazados a España; b) no tener disponible en España, durante el desplazamiento, la documentación relativa al mismo, en los términos legalmente establecidos; c) no dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas, cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales; y d) no presentar la documentación requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o presentar alguno de los documentos sin traducir.

Siguiendo lo establecido en el Reglamento 1024/2012, 25 de octubre, DOUE, 14 de noviembre, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»), las autoridades competentes españolas que reciban una petición de notificación de una resolución o de otros documentos relacionados con la imposición de una sanción administrativa o una multa o una petición de cobro de las mismas, transmitida a través del Sistema de Información del Mercado Interior de conformidad con lo previsto reglamentariamente, reconocerán la sanción administrativa y la petición de cobro sin más formalidad y tomarán inmediatamente todas las medidas necesarias para su notificación o cobro. Actuaciones todas ellas de particular interés en materia de prevención de riesgos y, consecuentemente, en la protección de la salud y seguridad de los trabajadores.

### 1.3. *Dumping* social o el control transfronterizo de la movilidad internacional de trabajadores

1. Y es que la normativa europea insiste en la necesidad de examinar todos los elementos fácticos que caracterizan la labor y situación

del trabajador a fin de determinar si un trabajador desplazado realiza temporalmente su labor en un Estado miembro distinto de aquel en el que normalmente trabaja con las debidas garantías. En efecto, el objetivo de esta normativa europea es principalmente el de evitar fraude laboral transfronterizo, no siempre presente en el caso de los expatriados y, por tanto, con intereses distintos. En el ámbito europeo, no prevalece la norma del país de origen sobre la norma del país de destino sino que se intenta compendiar en un mismo cuerpo normativa aquella regulación común a todos los países miembros. Se evita así el dumping social o la competencia en obras o servicios entre países con regulaciones laborales o sociales de distinta envergadura.

Entre los elementos que permitirán destapar la posible utilización fraudulenta o abusiva de la movilidad internacional de los trabajadores se encuentran los siguientes: si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro; la fecha de inicio del desplazamiento; si el desplazamiento se efectúa a un Estado miembro distinto de aquel en el que o desde el que el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el Reglamento 593/2008, 17 de junio, DOUE, 4 de julio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado; la naturaleza de sus actividades; si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento al trabajador al que desplaza o reembolsa esos gastos y, de ser así, de qué forma se los proporciona o el método de reembolso; los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado), entre otras.

En esta línea, la Directiva 2014/67 prevé el incremento de multas a aquellos operadores (principal –aunque no únicamente– los sectores del transporte y de la construcción) que deslocalizan su actividad para evitar el

cumplimiento de sus obligaciones fiscales y laborales. Objetivo que se pretende lograr garantizando el respeto de un nivel apropiado de protección de los derechos de los trabajadores desplazados para la prestación de servicios transfronteriza, en particular que se cumplan las condiciones de empleo aplicables en el Estado miembro donde se vaya a prestar el servicio facilitando el ejercicio de la libre prestación de servicios a los prestadores de los mismos y promoviendo la competencia leal entre ellos. Una de las principales dificultades –la del cobro transfronterizo de las multas impuestas en un Estado miembro– perjudica el funcionamiento del mercado interno y debe ser resuelta para evitar el impacto negativo que tiene entre las empresas nacionales.

2. A fin de mejorar la información, los Estados miembros deberán, entre otras actividades, indicar claramente en un sitio web oficial único a escala nacional y por otros medios adecuados, de manera detallada y fácil y en un formato accesible, qué condiciones de empleo o qué disposiciones del derecho nacional o regional se han de aplicar a los trabajadores desplazados en su territorio. Asimismo deberán adoptar las medidas necesarias para dar públicamente a conocer la información sobre qué Convenios Colectivos son aplicables y a quién lo son y sobre qué condiciones de trabajo deben aplicar los prestadores de servicios de otros Estados miembros.

No obstante, los Estados miembros podrán imponer medidas tales como: la obligación del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro de presentar una declaración simple a las autoridades nacionales competentes responsables, a más tardar cuando comience la prestación de servicios, en la lengua o una de las lenguas oficiales del Estado miembro de acogida, o en otra u otras lenguas aceptadas por el Estado miembro de acogida que contenga la información pertinente necesaria para posibilitar los controles materiales en el lugar de trabajo. Garantizarán los Estados miembros que las empresas puedan cumplir de forma sencilla y en la medida de lo po-

sible a distancia y por medios electrónicos, los procedimientos y formalidades relacionados con el desplazamiento de trabajadores.

Del mismo modo, los Estados miembros deberán garantizar que en su territorio se prevean, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, mecanismos de comprobación y seguimiento adecuados y eficaces y que las autoridades designadas conforme al Derecho nacional realicen inspecciones eficaces y apropiadas para efectuar el control y seguimiento de la observancia de las disposiciones y normas establecidas en la normativa europea, garantizando que esta última se aplique y cumpla correctamente.

En aquellos Estados miembros en los que, de acuerdo con el Derecho y las prácticas nacionales, la fijación de las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados, en particular las cuantías del salario mínimo, incluido el tiempo de trabajo, se encomiende a los interlocutores sociales, estos último podrán también, al nivel apropiado y con arreglo a las condiciones impuestas por los Estados miembros, hacer un seguimiento de la aplicación de las condiciones de empleo pertinentes de los trabajadores desplazados. Además, aquellos Estados miembros en los que las inspecciones de trabajo no tengan competencias en el control y el seguimiento de las condiciones de trabajo o de las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados podrán, con arreglo al Derecho y las prácticas nacionales, establecer, modificar o mantener disposiciones, procedimientos o mecanismos que garanticen el respeto de tales condiciones de trabajo y empleo<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Sobre los posibles incumplimientos de todas estas garantías y sus consecuencias, LÓPEZ CUMBRE, L.: «Certificados de Seguridad Social de un Estado miembro empleados de forma vinculante en otro distinto», Febrero, 2018, en [www.gomeza-cebo-pombo.com](http://www.gomeza-cebo-pombo.com) y «Emprendimiento (extranjero), autoempleo (TRADES como empresarios) y nuevas formas empresariales ('startups' y sociedades participadas por trabajadores)», en AA. VV.: «Empleo juvenil: un reto para Europa», Pamplona, Aranzadi, 2016, pp. 419-448.

3. Con objeto de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas, los Estados miembros garantizarán que los trabajadores desplazados que consideren haber sufrido daños o pérdidas como consecuencia del incumplimiento de las normas aplicables dispongan, incluso después de haber finalizado la relación en la que se alegue que se ha producido el incumplimiento, de mecanismos eficaces para presentar directamente denuncias contra sus empleadores y tengan derecho a iniciar procedimientos judiciales o administrativos también en el Estado miembro en cuyo territorio estén o hayan estado desplazados. Garantizarán asimismo que los sindicatos y otras terceras partes, como asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas, que, de conformidad con los criterios establecidos en su Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de estas obligaciones, puedan iniciar, en nombre o en apoyo de los trabajadores desplazados o de sus empleadores y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo con el fin de implementar las obligaciones que se derivan de estas normas.

Y, precisamente, para combatir los abusos y fraudes, los Estados miembros podrán, previa consulta con los interlocutores sociales y con arreglo al Derecho o las prácticas nacionales, adoptar medidas adicionales sobre una base no discriminatoria y proporcionada, con objeto de garantizar que, en las cadenas de subcontratación, el trabajador desplazado pueda hacer responsable al contratista del que sea subcontratista directo del empleador o prestador de servicios además de al empleador o en su lugar, respecto a cualquier remuneración pendiente correspondiente a las cuantías de salario mínimo o a las cotizaciones adeudadas a los fondos o instituciones comunes de los interlocutores sociales<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Por todos, GÁRATE CASTRO, J.: «Descentralización productiva y Derecho del trabajo», en AA. VV.: «Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», Madrid, Ediciones Cinca, 2018, pp. 25-68.

A tal fin, se establece un régimen específico para las sanciones pecuniarias o multas administrativas incluidas tasas y recargos que impongan las autoridades competentes o confirmen los órganos administrativos o jurisdiccionales. Cada Estado miembro podrá designar, si es necesario como consecuencia de su organización administrativa interna, a uno o más autoridades centrales responsables de la transmisión y recepción administrativas de las peticiones y de ayudas a otras autoridades pertinentes. Previa petición de la autoridad peticionaria, la autoridad receptora de la petición cobrará las sanciones y multas administrativas que no sean susceptibles de recursos y que hayan sido impuestas, de conformidad con la normativa y los procedimientos del Estado miembro peticionario, por una autoridad competente o confirmadas por un órgano administrativo o jurisdiccional o, de existir, por órganos jurisdiccionales especializados en materia laboral u originar la resolución en la que se impone esa sanción o multa.

## 2. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO OBLIGACIÓN GENÉRICA DE LA EMPRESA. ¿TAMBIÉN ALLENDE NUESTRAS FRONTERAS?

### 2.1. El soporte de la normativa sobre desplazamiento internacional de trabajadores en relación a la prevención de riesgos laborales

1. No parece plantear dudas la aplicación de las normas incluidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, 8 de noviembre, BOE, 10, en adelante, LPRL) a los contratos con elemento internacional, si, como se expusiera, se admite la extensión de la protección del ordenamiento español en el caso de los expatriados<sup>11</sup>. Pero resulta necesaria

<sup>11</sup> Un exhaustivo estudio, con propuestas de *lege ferenda*, en QUINTERO LIMA, G.: «La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría

rio manifestar que semejante normativa ha de ser adaptada a las circunstancias –no siempre fáciles en materia de prevención– de los expatriados<sup>12</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 89/391, 12 de junio, DOCE, 29, relativa a las medidas para promover la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo establece una serie de obligaciones a empresarios y trabajadores desplazados a fin de intentar limitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incrementando la información y la formación de los trabajadores. Del mismo modo, la Directiva 92/57, 24 de junio, DOCE, 26 de agosto contempla las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables en las obras de construcción temporales o móviles. Por lo demás, y como viene indicándose, la Directiva 96/71 obliga a garantizar las condiciones de trabajo previstas en la norma en caso de desplazamiento, sin perjuicio de la aplicación de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, Convenio Colectivo o contrato individual. Esto supone que las empresas deberán cumplir las obligaciones establecidas en materia de prevención de riesgos también en los países de destino, sin perjuicio de que, si la norma española fuese más beneficiosa para el trabajador desplazado, además de cumplir la norma del país de destino, deberá cumplir la propia. Puesto que se trata de una norma europea aplicable a todas aquellas empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores en el territorio de un Estado miembro, deberán las empresas garantizar que los trabajadores disfruten de las condiciones de trabajo y empleo establecidas

comunitaria y sus remedios institucionales», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. IV, núm.1, 2012, pp.180-221.

<sup>12</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.J., RIVAS VALLEJO, M.P. y THIBAUT ARANDA, J.: «Comentario al artículo 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales» en AA. VV.: *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2008, 34 páginas.

en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, independientemente de la ley aplicable al contrato de trabajo, y en particular y entre otras, en materia de salud, seguridad e higiene en el trabajo. Eso significa que una empresa establecida en España que desplace a sus trabajadores temporales a algún país de la Unión Europea deberá garantizar, como mínimo, las condiciones de seguridad y salud en el trabajo establecidas en el país de destino tanto por disposiciones legales, reglamentarias, convencionales o contractuales de obligado cumplimiento en el sector en el que se desarrolle la actividad. Normalmente, cada país tendrá una norma específica de transposición de la Directiva 96/71 susceptible asimismo de cumplimiento.

2. Fuera del ámbito de la Unión Europea habrá que acudir o bien a normas bilaterales o multilaterales de aplicación o a las normas de general aplicación como los Convenios de la OIT, especialmente los Convenios núm.155 y núm.187 sobre seguridad y salud de los trabajadores, respectivamente<sup>13</sup>. Mas, comoquiera que el art. 3 LPRL exige la aplicación de esta normativa a todas aquellas relaciones laborales reguladas por el Estatuto de los Trabajadores y este último extiende su aplicación, *ex art. 1.4*, a las relaciones de los trabajadores efectuadas en el extranjero si se mantiene el vínculo con la empresa que contrata en España, también en estos casos procederá la aplicación de la norma española en materia de prevención de riesgos laborales. Todo ello además de cumplir con las obligaciones que, en la materia, se establezcan en el país de destino. Es cierto que, en este caso, se podría plantear la necesidad de acudir tanto a las reglas sobre competencia judicial como a las de la ley aplicable al contrato de trabajo para conocer la ley aplicable en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Con todo, y aun cuando se planteara la aplicación de la norma del país de destino y no la española, comoquiera que se trata de

normas de orden público, se exigirá la aplicación de las condiciones mínimas de protección establecidas en el país de destino para salvaguardar la seguridad y salud del trabajador desplazado.

En el caso de los países iberoamericanos será necesario considerar, en esta materia, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 10 de noviembre de 2007 vigente en España desde 2011 (BOE, 30 de abril de 2011). Los trabajadores por cuenta ajena, al servicio de una empresa con sede en España, que desempeñen tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sean desplazados a prestar servicios de carácter temporal continuarán sujetos a la legislación española de Seguridad Social hasta un plazo máximo de doce meses con prórroga por igual período. Deberán mediar otros doce meses desde el final del desplazamiento para poder solicitar uno nuevo al mismo país. Tanto el desplazamiento inicial como la prórroga pueden ser utilizados de forma fraccionada.

3. Por lo que se refiere a la normativa española, la DA 1ª de la Ley 45/1999 garantiza que las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional deban respetar las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales, sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales. A tal fin, los interesados en un desplazamiento temporal de trabajadores a uno de los Estados miembros podrán informarse de las condiciones de trabajo que deben garantizarse en el mismo dirigiéndose bien a los órganos competentes en materia de información de tales Estados, bien a los de la Administración laboral española, que dará traslado

<sup>13</sup> GIL y GIL, J.L.: «Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo», *Relaciones Laborales*, núms.15 y 16, 2009, t.II, pp. 241 y ss.

a tales órganos de las peticiones de información recibidas, informando de ello al solicitante. Cuando la Administración laboral reciba esta información directamente de los órganos competentes de otros Estados la pondrá, asimismo, en conocimiento de los solicitantes. Con esta norma se ha venido interpretando que todo lo dispuesto en la Ley 45/1999 resulta también de aplicación no sólo a los supuestos que la misma regula —empresas extranjeras que desplazan trabajadores a España— sino también a la inversa —empresas españolas que desplazan trabajadores a otros Estados miembros—<sup>14</sup>.

En caso de incumplimiento de las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento, se considerará que se incurre en infracción administrativa ya sea por acción o por omisión por parte del empresario. No obstante, no podrá dar lugar a que se sancionen las acciones u omisiones de los sujetos responsables que hayan sido ya sancionadas penal o administrativamente en el país de desplazamiento en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. A estos efectos, resulta de aplicación lo previsto en el art. 20 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, BOE, 22, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en virtud de la cual esta última podrá también iniciar de oficio el procedimiento sancionador mediante comunicación a las Administraciones públicas a las que corresponda en el lugar de desplazamiento la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de trabajo.

Del mismo modo, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, BOE, 2, del Poder Judicial, los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios a que se refiere esta norma siempre que se ha-

yan producido con ocasión del desplazamiento, sin perjuicio de la posibilidad de entablar una acción judicial en el territorio del Estado miembro en el que esté o haya estado desplazado el trabajador, de conformidad con lo que dispongan al respecto las legislaciones nacionales, *ex art. 6 de la Directiva 96/71/CE*.

Al igual que los trabajadores desplazados a España han de tener garantizado por sus empresarios, durante el período del desplazamiento, al menos las condiciones de trabajo vigentes en España, los expatriados españoles deberán tener garantizadas las condiciones de su legislación nacional y la del Estado de destino. En este sentido, procede considerar lo dispuesto en el RD 1659/1998, 24 de julio, BOE, 12 de agosto en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo y, en este caso, en relación con el contenido necesario si el desplazamiento del trabajador fuera superior a cuatro semanas. En efecto, en virtud de lo dispuesto en su art. 3, cuando un trabajador tenga que prestar normalmente sus servicios en el extranjero la información que se considera esencial en el contrato de trabajo deberá ser completada con los siguientes extremos: a) la duración del trabajo que vaya a prestarse en el extranjero; b) la moneda en que se pagará el salario; c) las retribuciones en dinero o en especie, tales como dietas, compensaciones por gastos o gastos de viaje, y las ventajas vinculadas a la circunstancia de la prestación de servicios en el extranjero; d) en su caso, las condiciones de repatriación del trabajador. La información sobre la moneda y las retribuciones en dinero o en especie podrá venir derivada de una referencia a las disposiciones legales o reglamentarias o a los Convenios Colectivos de aplicación que regulen dichos extremos, siempre que tal referencia sea precisa y concreta para permitir al trabajador el acceso a la información correspondiente.

Por su parte, sigue considerándose vigente la OM 27 de enero de 1982, BOE, 16 de febrero por la que se regula la situación asimilada al alta en el Régimen General de la Seguri-

<sup>14</sup> GARCÍA NINET, I. y VICENTE PALACIO, A.: «La Ley 45/99, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación transnacional», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.27, 2012, pág. 20 y LÓPEZ INSUA, B.: «Las empresas de trabajo temporal españolas en el mercado interior europeo», *Relaciones Laborales*, núm.12, 2014, 25 páginas.

dad Social de los trabajadores trasladados al extranjero por empresas españolas. En virtud de la misma se permite que el trabajador permanezca en situación asimilada al alta en España, siempre que el expatriado mantenga su relación laboral con la empresa española, admitiéndose así las cotizaciones en España como si la relación laboral se desarrollara en nuestro país. A tal efecto, la suscripción de un convenio especial –una forma excepcional de mantener el vínculo jurídico con el sistema de Seguridad Social sin cumplir íntegramente los requisitos legales exigidos para ello (Orden TASS 2865/2003, 13 de octubre, BOE, 18)– adquiere aquí una especial relevancia como instrumento jurídico, admitiendo a los trabajadores desplazados en el sistema, salvo excepciones puntuales. Por su parte, en el país de destino y en su caso, el alta se desarrollará conforme a la normativa interna. En caso de convenio bilateral se estará a los términos del mismo y se mantendrá en situación asimilada en aquellas contingencias no incluidas en la acción protectora del país de destino permaneciendo la obligación de cotizar por las mismas. Finalmente, será de aplicación todo lo dispuesto tanto en la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en cuanto a su obligación de vigilancia en el desplazamiento de trabajadores así como el contenido íntegro de la Ley de Infracciones y Sanciones antes citada, sin ocultar las dificultades de ejecución extraterritorial de cualquier medida sancionadora administrativa o el cumplimiento de una sentencia judicial condenatoria<sup>15</sup>.

## 2.2. Las medidas de prevención en los trabajadores expatriados y su adaptación a las condiciones laborales en el país de destino

1. En el ámbito de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores tendrá una re-

levancia esencial el país de destino toda vez que, en buena parte de ellos, se pueden llegar a soportar condiciones adversas que no sólo dificulten el trabajo sino la propia supervivencia del trabajador y todo ello deberá estar previsto y protegido con la debida diligencia por parte de la empresa (vacunas, revisiones especializadas, conocimiento exhaustivo del historial médico del trabajador, etc.). Nada impide –incluso todo obliga–, por tanto y en relación a los expatriados, a mantener vigentes las obligaciones empresariales en materia de formación, información periódica, evaluación de riesgos, coordinación de actividades empresariales, en su caso, vigilancia periódica de la salud, etc.<sup>16</sup>.

Como en cualquier otra circunstancia, la empresa deberá efectuar una valoración de riesgos en el puesto de trabajo. Bien es cierto que, en el caso de los expatriados, el cumplimiento de dicha obligación no resulta fácil. Mas, en términos generales, la empresa deberá conocer previamente el lugar donde habrá de desarrollarse la actividad del trabajador para saber, así, si debe prever las medidas por sí misma o ha de hacerlo con carácter coordinado con otras empresas que presten servicio en el mismo lugar o compartiendo centro de trabajo. Asimismo, la empresa deberá evaluar los riesgos del puesto de trabajo en virtud de las funciones propias del puesto a ocupar, el país en el que se va a desarrollar el mismo o el tipo de trabajo a desempeñar (directivo, comercial, técnico, operario, etc.). En función de los riesgos identificados, el servicio de prevención o de medicina de trabajo de la empresa deberá elaborar un programa personalizado de vigilancia de la salud del trabajador expatriado al que controlará en la distancia para prestar la asistencia necesaria tanto en formación como en información o en protección. La exploración física y psíquica del trabajador antes de emprender el desplazamiento será determinante a fin de evaluar los posibles

<sup>15</sup> QUINTERO LIMA, G.: «La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remedios institucionales»...*op.cit.*, pág. 212.

<sup>16</sup> FEDERACIÓN ASTURIANA DE EMPRESARIOS, *Prevención de riesgos laborales en el contexto internacional*, editado por la Fundación, 2014, 76 páginas.

riesgos en el país de destino y, en su caso, el tratamiento preventivo o curativo necesario. Finalmente, y atendiendo a lo prescrito en los arts. 18 y 19 de la Ley 31/1995, el trabajador deberá estar informado y habrá de recibir una formación adecuada sobre los riesgos del puesto de trabajo<sup>17</sup>.

Por parte del trabajador, existirá la obligación de informar a la empresa en todo momento de cualquier vicisitud que agrave su situación de riesgo y, en su caso, de los posibles accidentes o enfermedades contraídas en el país de destino. La relación con el consulado español deberá ser constante a efectos de mantener un buen canal de comunicación con la empresa. Si existiera un grupo de trabajadores desplazados, uno de ellos podrá actuar como delegado de prevención para alertar y, en su caso, resolver todas las cuestiones que surjan en esta materia. Por lo demás, la planificación de la etapa de repatriación también merece una consideración específica por parte de la empresa toda vez que, en muchas ocasiones, la vuelta del trabajador al puesto de origen no se realiza en los términos esperados por aquél. A su regreso, el trabajador deberá ser sometido a un protocolo de vigilancia de la salud para descartar cualquier tipo de infección o contagio en el país de destino.

2. Mas, dependiendo del país de destino, los riesgos pueden variar y, a los específicamente derivados de la actividad laboral desempeñada, pueden sumarse los riesgos propios del país. Aunque la lista de precauciones no podrá ser exhaustiva, existen algunos factores que no deberían ser eludidos por las empresas que desplazan a sus trabajadores<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> CONFEDERACIÓN REGIONAL DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE MURCIA (CROEM), *Gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas españolas. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas establecidas en España*, Murcia, 2013, 215 páginas.

<sup>18</sup> CEOE-CEPYME Cantabria, *Guía de gestión de la prevención en el proceso de internacionalización de las empresas. Trabajadores desplazados temporalmente por empresas establecidas en España*, Barcelona, Oficina Técnica de Foment del Treball, 2012, 41 páginas.

En primer lugar, la vacunación del trabajador en función de los riesgos del país de destino. El art. 8 del RD 664/1997, 12 de mayo, (BOE, 24), sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, establece que, en caso de existencia de riesgo por exposición a agentes biológicos para los que haya vacunas eficaces, éstas deberán ponerse a disposición de los trabajadores, indicando las ventajas e inconvenientes de la vacunación. Tanto el ofrecimiento de la empresa como la aceptación o rechazo del trabajador deberán constar por escrito para evitar –o exigir– responsabilidades futuras. Todo ello sin perjuicio de aquellas vacunaciones requeridas por las autoridades locales del país de destino, con la demanda, en muchas ocasiones, de un certificado internacional de vacunación. Conviene añadir en este apartado el correspondiente protocolo sanitario que la empresa debe elaborar para guiar al trabajador desplazado en la evitación de enfermedades y la dispensación de los medios propios para hacer frente a enfermedades o accidentes más comunes a través de un botiquín básico con los medicamentos y medios imprescindibles en el país de destino.

En segundo término, las situaciones de conflicto que se desarrollan en el país de destino. Aunque se trate de situaciones generales del país, la influencia en la capacidad productiva es inmediata toda vez que el trabajador interiorizará el riesgo de supervivencia y lo trasladará a su actividad laboral. Para minimizar estos riesgos, la empresa deberá contemplar protocolos de seguridad que ayuden a los trabajadores desplazados a agudizar todo tipo de cautelas para evitar los riesgos más sobresalientes en el país de destino, incluidas las condiciones de higiene personal o alimenticia para evitar contraer enfermedades.

En tercer lugar, advertencias en materia de seguridad vial pues son muchos los países en los que las posibilidades de sufrir un accidente de tráfico se multiplican. Dominar las costumbres locales en materia vial será deter-

minante para impedir o, al menos, reducir las posibilidades de sufrir un accidente de tráfico. Los porcentajes de víctimas mortales en accidente de tráfico en algunos países son exponencialmente más altos que la media del resto de países del entorno por lo que, de ser así, deberá la empresa intentar prevenir o reducir dicho riesgo.

En cuarto término, las condiciones naturales de cada país de destino. Los fenómenos meteorológicos característicos de determinados países de destino pueden incrementar los riesgos del trabajador expatriado. Este último deberá conocer cómo actuar en caso de terremotos, tornados, inundaciones, fenómenos naturales, todos ellos extremos que pueden incrementar sus riesgos vitales. Las recomendaciones generales y locales deberán ser conocidas por el trabajador para aplicarlas en caso de emergencia.

En quinto lugar, la empresa no puede obviar la presencia de riesgos psicosociales en los casos de desplazamiento. Son muchos los factores que pueden contribuir a sufrir dichos riesgos; así, el cambio de horario, la frecuencia de los desplazamientos, los distintos países de destino, el ritmo de trabajo, las dificultades para conciliar la vida personal, la alteración de los ritmos circadianos como consecuencia de las costumbres, el clima o las condiciones del país de destino, etc.; circunstancias todas ellas que pueden influir negativamente en la actividad laboral del trabajador. El estrés propio de cualquier actividad laboral se agrava si se ha de afrontar en un país extranjero. De ahí que se aconseje a la empresa una selección cualificada del personal que vaya a ser expatriado y que deberá reunir condiciones de edad, predisposición, voluntad, experiencia, situación personal o familiar, conocimiento del país de destino, etc., como factores facilitadores tanto de la estancia como del desempeño de la actividad laboral.

Pese a todas estas cautelas, procede considerar que existen numerosos elementos que debilitan las condiciones de seguridad y sa-

lud de los expatriados debido a factores como la ausencia de controles efectivos, la falta de imposición de la exigencia de ciertas normas o prescripciones –en especial en algunos sectores como el de la construcción<sup>19</sup>– o la imposibilidad de realizar una programación preventiva e incluso el recelo de trabajadores autóctonos a la aplicación de medidas distintas para trabajadores expatriados<sup>20</sup>.

### 2.3. Responsabilidad de la empresa en la protección de la salud de los trabajadores en su movilidad internacional

1. Algunos supuestos han propiciado un debate judicial en los tribunales nacionales en torno al alcance (internacional) de la responsabilidad sobre la salud del trabajador por parte de la empresa que decide desplazarlo a otro país. Sirva como ejemplo ilustrativo el supuesto resuelto por la STSJ Cataluña, 12 de marzo de 2012, Ar. 945 en el conflicto planteado por un trabajador que presta servicios para la empresa demandada como coordinador general, destinado en la India. Con anterioridad, también había trabajado para la misma empresa en diversos países tropicales (Angola, Ruanda, Kenia, Ecuador, Tailandia, Camboya, Cuba, Honduras y la India). Los trabajadores expatriados de la empresa demandada son examinados por un médico de plantilla con dedicación a medicina tropical. Además, en este caso concreto, el trabajador había realizado actividades informativas y formativas sobre las vacunas necesarias para su desplazamiento. Tras su estancia en la India, es ingresado en un hospital, ya en España, con diagnóstico

<sup>19</sup> FUNDACIÓN AGUSTÍN DE BETANCOURT, *Estudio de requisitos de prevención en la internacionalización de empresas de la construcción*, Madrid, Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad de Madrid, 2013, 129 páginas.

<sup>20</sup> CAMAS RODA, F. y MARTÍNEZ ASO, M.: «El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional», *Revista de Derecho Social*, núm.45, 2009, pág. 22.

de un primer episodio de «dengue», que cursaba con una recuperación lenta (síndrome de fatiga subaguda). Tras una declaración de incapacidad temporal y una posterior recaída, el trabajador obtiene una incapacidad permanente pero derivada de enfermedad común.

Aunque el Juzgado de lo Social admite que se trata de una contingencia profesional, el Tribunal Superior de Justicia entra a valorar la naturaleza de la enfermedad contraída. A tal fin, explica la sentencia que el dengue es una enfermedad tropical de carácter vírico que se origina a consecuencia de la picadura de un específico mosquito en determinados países en los que se dan las condiciones propicias para ello; no tiene vacuna conocida ni tratamiento específico, y con la singular circunstancia –generalmente admitida como criterio científico mayoritario–, de que la primera ocasión en que la infección se produce resulta ser una dolencia de naturaleza leve y sintomatología imprecisa, siendo en cambio de mucha más gravedad cuando tiene lugar un segundo episodio. Comoquiera que se trata de un trabajador de una empresa (Médicos sin Fronteras), aunque ésta constituya una ONG y aun cuando aquél asuma una serie de riesgos no imputables a la organización, esto no significa que la misma quede exenta de todo daño o perjuicio que pueda sufrir el trabajador en su actividad en el extranjero.

Es cierto que, en el caso concreto analizado, el primer episodio de dengue pasó desapercibido y no fue en ningún momento diagnosticado, lo que genera el problema de determinar el momento preciso en el que tuvo lugar la infección a lo largo de la dilatada carrera profesional en países tropicales que se ha mencionado. Así las cosas, ni la prueba documental médica, ni tampoco ninguno de los varios informes periciales aportados por ambas partes resulta concluyente al respecto, optando por la calificación como enfermedad profesional. Mas, para determinar el alcance de la responsabilidad de la empresa, el Tribunal recupera la STS 30 de junio de 2010, Ar. 6775 en la que se reconoce que el Estatuto de

los Trabajadores consagra genéricamente la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador a su integridad física [art. 4.2. d) LET] y a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene [art. 19.1 LET]. Obligación que más específicamente –y con mayor rigor de exigencia– desarrolla la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, cuyos rotundos mandatos –muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 de dicha norma– determinaron que se afirmase *«que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado»* y que *«deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran»* (STS 8 de octubre de 2001, Ar. 1424, FJ 3). En consecuencia, la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (accidente de trabajo), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso– de las exigencias reglamentarias.

Y, en aplicación de estas reglas al supuesto analizado, la empleadora habría incurrido en una falta de diligencia relevante y suficiente que genera responsabilidad contractual imprudente, por no haber sometido al actor a todas las pruebas de diagnóstico necesarias para detectar la posibilidad de que pudiese haber sufrido anteriormente una primera infección por dengue antes de enviarlo en misión a la India. Así, conociendo que el trabajador había ya prestado servicios en muchos otros países tropicales por cuenta de la misma organización, debió someterle a todas las pruebas de diagnóstico posibles para descartar que ya hubiere padecido una primera infección frente a la evidencia de que, en caso de soportar un segundo episodio, las consecuencias serían de una enorme gravedad. De haberse detectado la existencia en su cuerpo de algún resquicio de contagio, no se habría corrido el riesgo de enviarlo a un país en el que existía el grave peligro de sufrir un segundo episodio de enfermedad infectocontagiosa. En consecuencia, la empresa no actuó con toda la diligencia exigi-

ble, porque no agotó todas las posibilidades de prevenir la enfermedad contraída<sup>21</sup>.

2. En esta misma línea se pronuncia la STS 23 de junio de 2015, Ar. 5533 ante la enfermedad sufrida por un trabajador al regresar de una tarea encomendada por su empresa en el extranjero<sup>22</sup>. Para determinar si la enfermedad debe ser calificada como común o profesional, la sentencia disecciona la estructura del art. 115 LGSS –hoy, art. 156 LGSS–. En él se parte de la definición del accidente de trabajo en el art. 156.1 LGSS [*«Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena»*], si bien el sistema comprende el resto de previsiones contenidas en dicho precepto. En concreto, el art. 156.2 LGSS relaciona una serie de supuestos que se formulan en forma positiva y se califican *ex lege* como accidente de trabajo, no como meras presunciones que admitan prueba en contrario [*in itinere*; ejercicio de cargos electivos de carácter sindical; tareas profesionales distintas; actos de salvamento; y diversas enfermedades]; el número 3 establece una presunción legal de accidente de trabajo [*«Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador*

*durante el tiempo y en el lugar de trabajo»*]; el número 4 refiere los supuestos en los que –pese a producirse en tiempo y lugar de trabajo– tales eventos *«no tendrán la consideración de accidente de trabajo»* [fuerza mayor; dolo o imprudencia temeraria del trabajador]; y –finalmente el número cinco relaciona dos circunstancias [imprudencia profesional; concurrencia de culpabilidad ajena] que *«[no] impedirán la calificación de un accidente como de trabajo»*.

La sentencia en cuestión admite asimismo que, desde la STS de 17 de junio de 1903, se amplía conceptualmente el accidente de trabajo y la lesión determinante del mismo, extendiéndose también dicho concepto a las enfermedades de súbita aparición o desenlace, comprendiendo así no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos (SSTS 27 de octubre de 1992, Ar. 7844, 15 de junio de 2010, Ar. 2705 y 24 de febrero de 2014, Ar. 2771). Cualquier *«otra interpretación está basada en un concepto en declive y superado que asimila el accidente con traumatismo [...] sin tener en cuenta que gramaticalmente se estima como lesión el daño corporal procedente de herida, golpe, o enfermedad y más ampliamente cualquier daño o perjuicio, comprendiéndose igualmente dentro de ese concepto de lesión no sólo el daño físico ocasionado en los tejidos sino también el trauma que produce impresiones duraderas en lo psíquico»* (STS 18 de marzo de 1999, Ar. 3006, FJ 2). Ello, claro está, abstracción hecha de la específica consideración de determinadas enfermedades como accidente de trabajo [actual art. 156.2. e), f) y g)].

Pese a ello, no existen, en este caso, suficientes elementos para calificar la enfermedad como accidente de trabajo por la vía de la presunción consagrada en el art. 156.3 LGSS. Aplicando la tesis que, en su día, creara el Tribunal Supremo en situaciones como

<sup>21</sup> Por lo que se condena económicamente a la empresa a una cifra elevada y por distintos conceptos: a) 26.336,35 euros de indemnización a pagar por los períodos de incapacidad temporal; b) 219.619,68 euros de indemnización por las lesiones permanentes; c) 50.000 euros por daños morales; d) una compensación de 27.363,70 euros por los perjuicios económicos; e) 140.000 euros como indemnización de las lesiones permanentes con los factores correctores, sin aplicar ninguna deducción en este concepto; y f) la deducción de los 31.000 euros pagados al actor a cargo de la póliza de seguros contratada con la compañía aseguradora.

<sup>22</sup> De regreso a España, cuando llega a su domicilio, el trabajador acude al hospital donde se le diagnostica una «neumonía por legionella extensa grave», ingresando y falleciendo posteriormente. En el informe médico se hace constar que, con la información disponible y atendiendo a que el período de incubación de la neumonía por legionella (legionelosis) es de entre dos y diez días, el contagio debió de producirse en el período durante el cual se encontraba en Tailandia, por lo que se considera el caso como importado de dicho país, no pudiendo determinar la fuente exacta de la infección.

la descrita y recogida en su STS 6 de marzo de 2007, Ar. 3478, es preciso distinguir: a) la protección correspondiente al desplazamiento, que presenta cierta similitud con la del accidente *in itinere* y ha de ser protegido –a efectos de accidente de trabajo– en forma similar; b) la protección propia durante la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, que ha de seguir el régimen normal del art. 156.1 LGSS; y c) la protección del tiempo restante de la misión, cuando ni es propiamente desplazamiento, ni tampoco realización de la actividad laboral, que no alcanza singular protección cuando no tiene una conexión necesaria con el trabajo, por lo que no puede estimarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de períodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado. En consecuencia, la presunción no alcanza a todo el tiempo y lugar del trabajo del desplazamiento sino que la singular protección solamente se extenderá al tiempo y lugar que tengan conexión necesaria con el trabajo.

Pues bien, en el supuesto que se analiza, si bien resulta incuestionable que la enfermedad se contrajo durante un trabajo realizado en un desplazamiento internacional, *«parece gratuito afirmar que el contagio se produjo en tiempo y lugar de trabajo, o en directa conexión con ellos»*. Mas, lo que, sin embargo, sí cabe advertir es la aplicación del art. 156.1 LGSS. Pues, al considerar dicho precepto el accidente de trabajo como *«toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo»*, enfatiza la necesidad de precisar la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión; bien de forma estricta [*«por consecuencia»*] o bien en un sentido más amplio o relajado [*«con ocasión»*], de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que bastará con la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida –tan sólo– la ocasio-

nalidad pura. Y, en este sentido, *«la diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto [‘por consecuencia’] se está en presencia de una verdadera «causa» [aquello por lo que –propter quod– se produce el accidente], mientras que en el segundo caso [‘con ocasión’], propiamente se describe una condición [aquello sin lo que –sine qua non– se produce el accidente], más que una causa en sentido estricto»* (STS 23 de junio de 2015, Ar. 5533, FJ 6). Pues bien, esta «ocasionalidad relevante» se caracteriza por una circunstancia negativa y otra positiva; la negativa es que los factores que producen el accidente no son inherentes o específicos del trabajo y la positiva es que o bien el trabajo o bien las actividades normales de la vida de trabajo hayan sido condición sin la que no se hubiese producido la exposición a los agentes o factores lesivos determinantes de aquella. Y, así, en este supuesto concurre la «relevante» ocasionalidad porque el desplazamiento por motivos laborales a un país cuyas condiciones climatológicas –alto grado de humedad y elevadas temperaturas– favorecen notoriamente la difusión de la bacteria legionella, fueron precisamente la *conditio sine qua non* del contagio; si el trabajador no se hubiese desplazado por motivos laborales, no hubiese contraído la enfermedad; al menos, atendiendo al orden natural de las cosas y al hecho de que tal patología resulte ser episódica en nuestro país<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Con una interesante consecuencia por parte del Tribunal y es que, con esta afirmación, *«en forma alguna pretendemos extender la presunción de laboralidad que establece el art. 115.3 [para el tiempo y lugar de trabajo] a todo el tiempo de trabajo en misión [lo que ya hemos excluido desde la citada STS 6 de marzo de 2007], sino que lo que con lo indicado realmente pretendemos afirmar es que la propia cualidad causal propter quod presupone un previo juicio de valor que excluye –en los relativos términos de toda posibilidad improbable– la inexistencia de nexo causal o la ocasionalidad pura arriba indicada. Lo que en el caso ahora debatido hicimos, tras considerar que el contagio se produjo en Tailandia y que las singulares condiciones del país –humedad y temperatura son las más propicias para la transmisión de la enfermedad»* (STS 23 de junio de 2015, Ar. 5533, FJ 6).

### 3. LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL EXPATRIADO: VÍNCULOS CON EN EL PAÍS DE DESTINO, CON EL PAÍS DE ORIGEN, CON AMBOS O CON NINGUNO

#### 3.1. Reglas generales aplicables a la protección social del expatriado. Asimilación al alta y cotización en el país de origen y también alta y cotización en el país de destino

1. En el ámbito de la Unión Europea, el trabajador y el empresario cotizarán únicamente en un país, el de origen o el de destino. En principio, y de acuerdo con la normativa aplicable, si se tratara de un desplazamiento por menos de doce meses, en el de origen pero, si fuera superior, se suele acudir a la Seguridad Social del país de destino. No obstante, la normativa europea permite mantener la cotización en el país de origen al menos durante los cinco primeros años del desplazamiento del trabajador<sup>24</sup>. De esta forma, y de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 883/2004, la empresa podrá mantener a sus trabajadores bajo la legislación de la Seguridad Social del país de origen tramitando formalmente el formulario correspondiente. Con esta posibilidad evita cotizar en la Seguridad Social del país donde presta servicios el trabajador, no sin algunos problemas aplicativos en los supuestos de subcontratación o cesión de trabajadores. En tales casos, las reglas de responsabilidad solidaria no siempre permitirán el cobro de cantidades adeudadas en otro país miembro. Aun cuando se imponga la jurisprudencia aplicable, por ejemplo, en materia de recargo de prestaciones –con su doble naturaleza sancionadora y resarcitoria– que obligaría a ambas empresas a responder de forma solidaria por el importe del mismo.

Fuera de este entorno, las normas internacionales bilaterales o multilaterales mar-

carán las obligaciones de cada empresa en el país correspondiente. Podrá mantenerse la cotización en el país de origen, obligar a cotizar en el país de destino, permitir ambos supuestos o establecer límites temporales (dos, tres, cuatro años) en cada caso. Si no existiera convenio internacional regulador, el trabajador podrá seguir manteniendo el vínculo con la Seguridad Social de origen aun cuando, en muchos casos, se le obligue, además, a cotizar en el país de destino.

Y es que, en términos generales, el trabajador desplazado estará sometido a la legislación de Seguridad Social del país en cuyo territorio ejerce su actividad laboral<sup>25</sup>. Sin embargo, si el desplazamiento es temporal podrá mantenerse la cobertura de la Seguridad Social del país de origen bien que en los términos que se desarrollen los convenios internacionales. Comoquiera que la interrelación entre la cobertura de Seguridad Social y la extensión de la prevención es estrecha –pues dependiendo de las prestaciones de Seguridad Social, la protección de la salud y seguridad del trabajador puede variar– es importante la regulación de aquella para conocer la extensión de ésta. La tramitación deberá realizarse a través de la correspondiente Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social que será la encargada de precisar las reglas aplicables en función del país de destino y los requisitos formales y materiales necesarios para obtener de este último el correspondiente certificado de desplazamiento.

2. Mención especial merece la asistencia sanitaria a la que tendrá derecho el trabajador y cuya cobertura será distinta según se despliegue en el ámbito europeo o en otros países. En el primer caso, la tarjeta sanitaria europea permitirá que el trabajador tenga acceso directo a los mismos centros y en las mismas condiciones que cualquier nacional del

<sup>24</sup> Por todos, ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Trabajador expatriado y Seguridad Social», Navarra, Aranzadi, 2016.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ, R., TASCÓN, R., ÁLVAREZ, H. y QUIRÓN, J.G.: «Protección social de los trabajadores desplazados al extranjero», en AA. VV.: «Trabajadores en el extranjero (desplazados y expatriados)», Madrid, Francis y Taylor, 2002, pp. 99-186.

país en que se encuentre. Eso no impide que la empresa recurra, además, a la contratación de un seguro médico para el trabajador desplazado. De no ser así, la atención por parte de centros privados al trabajador, en su caso, deberá ser abonada por éste, salvo en los supuestos de urgencia vital para los cuales está previsto el reembolso de los gastos anticipados. Si el desplazamiento fuera inminente cabría expedir un certificado provisional sustitutorio, válido durante un máximo de tres meses, hasta que se reciba definitivamente la tarjeta definitiva.

Por lo demás, si se tratara de países no pertenecientes a la Unión Europea, dependerá de los convenios internacionales existentes en materia de asistencia sanitaria. Con carácter general, el trabajador hará frente a los gastos de asistencia sanitaria que serán reembolsados por la Mutua Colaboradora a la que pertenezca la empresa, previa acreditación tanto del accidente o de la enfermedad como de la atención recibida. Por esta razón, las obligaciones formales requerirán que, en caso de accidente de trabajo, deba ser éste comunicado a la Mutua y, en función de la gravedad de la lesión, será ésta quien decida sobre el traslado del trabajador a un centro sanitario u hospitalario. En ese momento, será el sistema sanitario del país de destino el que desarrolle la actividad correspondiente. Por su parte, en aquellos países en los que exista un convenio bilateral en esta materia, la documentación que entregue la Tesorería General de la Seguridad Social al trabajador será válida para obtener la atención en los mismos centros y con las mismas condiciones que los nacionales del país de destino. De no ser así, el trabajador deberá acudir al centro correspondiente para obtener la asistencia necesaria o a aquel que le indique la Mutua, en caso de poder contactar con esta última.

En materia de accidente de trabajo la Orden de 23 de diciembre de 1971, BOE, 30, aún vigente, establece la protección de la Seguridad Social a los emigrantes españoles por los accidentes sufridos durante los viajes de emigración. En atención a su artículo 1, los accidentes sufridos por los emigrantes españoles durante

el viaje de salida o de regreso al territorio nacional tendrán la consideración de accidente de trabajo, siempre que tales viajes se deban a operaciones realizadas por el Instituto Español de Emigración o con su intervención y concurren las demás condiciones que en esta norma se establecen. Consideración extensible a las enfermedades cuyo origen tengan su causa directa en los citados viajes. Por el contrario, no existirá la presunción de que todo accidente sufrido por el expatriado en el territorio de destino constituye un accidente de trabajo, habiendo generado una jurisprudencia de sumo interés en su contenido y resultado y cuyo compendio se recoge en el siguiente apartado.

Tal vez por todo ello, resulta recomendable que la empresa suscriba un contrato de seguro de asistencia en viaje que preste cobertura a posibles accidentes –también laborales– en el desplazamiento del expatriado. Con carácter general, en el seguro privado se considera accidente cualquier circunstancia súbita, inesperada, inusual, concreta, violenta, externa y ajena a la voluntad del asegurado que sucede en un momento y lugar identificable como resultado de un daño, por lo que las vicisitudes laborales –e incluso personales– del expatriado se verán cubiertas por este seguro privado a cargo de la empresa.

### 3.2. El accidente de trabajo de expatriados como accidente en misión. Tiempo de trabajo y tiempo de descanso durante el desplazamiento<sup>26</sup>

1. La clave del origen del tratamiento de los accidentes en la movilidad internacional la tienen sentencias como la STS 4 de mayo de 1998, Ar. 4091 que ampliaba el concepto del accidente de trabajo *in itinere* al accidente de trabajo en misión<sup>27</sup>. En virtud de la misma, es

<sup>26</sup> Más ampliamente en LÓPEZ CUMBRE, L. «Accidente laboral de los trabajadores expatriados» en AA. VV.: «Seguridad vial de los trabajadores», Albacete, Bomarzo, pp. 103-141.

<sup>27</sup> En el supuesto enjuiciado, el trabajador prestaba servicios para una empresa como conductor mecánico; el deman-

accidente de trabajo «*el acaecido como consecuencia del contrato de trabajo, y se presume de aquel que tenga lugar durante la prestación de los servicios. Este concepto, ampliado al denominado 'in itinere' con el alcance conocido, tiene un supuesto más claro en el identificado como 'accidente en misión', puesto que se amplía la presunción de laboralidad a todo el tiempo en que el trabajador, en consideración a la prestación de sus servicios, aparece sometido a las decisiones de la empresa, incluso sobre su alojamiento, medios de transporte, etc. de tal modo que el deber de seguridad, que es una de las causas de la responsabilidad empresarial, abarca a todo el desarrollo del desplazamiento y de la concreta prestación de los servicios*» (FJ 3).

Con anterioridad, la STS 6 de mayo de 1987, Ar. 3257, también calificó como accidente de trabajo el infarto sufrido por el trabajador que, de vuelta en su hotel y una vez concluida su actividad laboral en el extranjero, fallece. Estima el Tribunal que no se ha roto el nexo entre la prestación de los servicios, causa del viaje y el daño sobrevenido durante

dante se desplaza con el camión de la empresa, hacia Escocia y llegando a Glasgow pernocta con su compañero en la cabina del camión. Al despertar sobre las 06.00 horas de la mañana se siente indispuesto por lo que en las horas posteriores conduce el camión el acompañante, notando el trabajador una parálisis en el lado derecho de su cuerpo. Como consecuencia de esta indisposición, se le reconoce accidente de trabajo, recurrido por la Mutua por entender que no existe nexo alguno entre la actividad profesional de la víctima y su episodio cerebral, por lo que niega la naturaleza laboral del mismo. Pero el Tribunal Supremo estima que, encontrándose el trabajador a bordo del camión, la relación de causalidad resulta obvia por cuanto se trata de su puesto de trabajo. Y es precisamente este dato, el que ni siquiera exista suspensión de la situación de actividad laboral porque el accidente sucede a bordo del camión, aunque en situación de relevo activo, pero con presencia y disponibilidad plena en el propio puesto de trabajo, lo que permite al citado Tribunal calificar al citado accidente como contingencia profesional. Sobre la evolución y el concepto de accidente *in itinere* y accidente en misión, *vid* TOSCANI GINÉMEZ, D.: «Las ampliaciones legales del concepto de accidente de trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.161, 2014, 21 páginas y GALA DURÁN, C.: «Trabajo. Seguridad Social. Accidente de Trabajo durante los desplazamientos. El concepto de accidente de trabajo *in itinere*: perspectivas legal y judicial», *La Administración Práctica*, núm.5, 2015, 11 páginas.

el desplazamiento. En la misma línea, la STS 26 de diciembre de 1988, Ar. 9909 considerará como accidente de trabajo la insuficiencia cardíaca por una crisis de asma durante un vuelo en avión que impidió que el trabajador fuese debidamente atendido, con lo que sin el desplazamiento del trabajador (a las Islas Seichelles para trabajar en Astilleros) el resultado lesivo no se hubiere producido<sup>28</sup>. La falta de libertad del trabajador para reintegrarse a su vida ordinaria y la permanente dependencia de la empresa al estar desplazado fuera de su entorno laboral habitual resultan claves para defender esta calificación<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> La sentencia entendió que, si bien es cierto que la insuficiencia cardíaca, producida por la crisis severa de asma, es una enfermedad común, no le hubiera ocasionado la muerte si se le hubiera prestado asistencia sanitaria, la cual no se le pudo prestar por encontrarse en un avión, por lo que el fatal resultado se produjo por la situación de riesgo producida por el viaje que realizaba por requerimiento de la empresa, para que prestara servicios en la construcción de un buque, con billete proporcionado por la propia empresa y desde un país al que había sido enviado igualmente por ella, para trabajar a su servicio, reuniendo todos los requisitos para calificar el hecho como accidente en misión.

<sup>29</sup> Como señala la STS 24 de septiembre de 2001, Ar. 595/02 «*es evidente que el mal le sobreviene fuera de sus horas de trabajo, pero cuando permanece bajo la dependencia de la empresa, cuya organización y prestación de servicios objeto de su actividad económica impide al trabajador reintegrarse a su vida privada, al domicilio familiar y a la libre disposición sobre su propia vida...*, que «*tal es el contenido del accidente de trabajo 'en misión', que es una lógica derivación del concepto de accidente de trabajo 'in itinere', porque si este segundo concepto consiste en el soportado por el trabajador en el obligado desplazamiento ... ya que la ley entiende que a tales trayectos y riesgos debe extenderse la protección proporcionada por la empresa, con mayor razón deberá extenderse tal protección cuando la prestación de los servicios y sus condiciones y circunstancias impiden al trabajador aquel regreso, y excluyen la necesidad de reintegrarse al lugar de reanudación de las tareas profesionales, porque tal lugar no es abandonado al concluir y, por eso, es innecesario el reintegro, ya que el trabajador 'itinerante' ... está en ese itinerario desde que abandona su domicilio hasta que vuelve a él, cuando concluye las tareas que tiene encomendadas*» y concluye que... «*es cierto que el nexo entre el daño soportado y la situación laboral puede romperse ... pero tal ruptura no depende de que las propias tareas profesionales hayan concluido (dado que esa conclusión no reintegra al trabajador a su vida personal, familiar, privada y de la que dispone), sino porque se produzcan hechos que, en efecto, se apartan de la situación que es laboral por extensión.*»

2. Como es sabido, el accidente «en misión» constituye una figura de creación jurisprudencial dentro del concepto más amplio de accidente de trabajo<sup>30</sup>. El desplazamiento o el destino del trabajador para realizar las actividades exigidas por la empresa a una localidad distinta de su domicilio –en caso de movilidad internacional, en el extranjero– permite, en los términos expuestos, ampliar la presunción de laboralidad a todo el tiempo del desplazamiento. En definitiva, el trabajador se halla fuera de su entorno privado por exigencias laborales. Y, conviene recordar que, frente a la tipología expresa del artículo 156.2 LGSS, el apartado primero sigue considerando como regla general que el accidente de trabajo constituye «*toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*».

La misión integra dos elementos conectados ambos con la prestación de servicios del trabajador; a saber, el desplazamiento para cumplir la misión y la realización del trabajo en que consiste la misión. De ahí que la protección del desplazamiento presente cierta similitud con la del accidente *in itinere*, en la medida en que el desplazamiento se protege en cuanto que puede ser determinante de la lesión. Con un matiz y es que «*en cuanto al accidente que se produce en la realización del trabajo que constituye el objeto de la misión, su régimen es el normal del art. 115.1 LGSS*» (STS 16 de septiembre de 2013 Ar. 7306, FJ 2). En estos supuestos, el «lugar de trabajo» es todo «*lugar en que se está por razón de la actividad encomendada, aunque no sea el lugar de trabajo habitual*» [STS 11 de julio de 2000, Ar. 7409, FJ 3]<sup>31</sup>].

La movilidad geográfica del trabajador constituye, en definitiva, la clave para calificar

una conducta que, fuera de ese entorno, podría ser estimada como una actuación dolosa del trabajador, excluyente de la calificación como accidente de trabajo, para convertirla en este último. En principio, no todo episodio ocurrido al trabajador «en misión» –viaje de servicio ordenado por la empresa– puede reputarse como accidente laboral y, así, no lo es el que ocurre sin conexión con el trabajo o en acto de la vida usual, en conducta normal, que en sí misma no produce ningún riesgo, o cuando se trate de períodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado. Resulta difícil, pues, calificar como accidente de trabajo aquel que se produce durante el tiempo de descanso o fuera del lugar de trabajo. Salvo que el accidente se produzca en condiciones que guardan una íntima conexión con el trabajo<sup>32</sup>. Si así fuera, se impondría la calificación como accidente de trabajo por entender que la relación laboral es la causa («por ocasión») de la incidencia<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Como indica la STS 24 de febrero de 2014, Ar. 2771, «*el accidente se produjo con ocasión del trabajo ya que es evidente que si el trabajador no hubiera tenido que regresar al barco, no hubiera tenido que exponerse a los agentes lesivos determinantes de la ocasionalidad 'relevante' que causó el accidente, en otras palabras el accidente no se hubiera producido. No cabe duda que la mar, elemento en el que se encuentra el buque –centro de trabajo y domicilio ocasional del trabajador– es un lugar potencialmente peligroso, peligro seriamente agravado en circunstancias como las concurrentes en el asunto examinado, en el que hay tan malas condiciones climatológicas que obligan al barco a resguardarse en el puerto hasta que mejoren, sin poder realizar su actividad laboral. Es más que probable que fueran precisamente estas malas condiciones, unidas a la arriesgada forma de acceso al barco, por otra parte forma habitual de acceso –saltando desde otro barco que se encontraba abarloado– las que provocaron el que el trabajador cayera al mar y falleciera. El trabajador había asumido un riesgo con ocasión de su trabajo, al intentar acceder al barco estando la mar en malas condiciones, y el riesgo se transforma en siniestro, produciéndose la caída al mar y el fatal desenlace*» (FJ 6). Sobre este pronunciamiento, vid CARRIZOSA PRIETO, E.: «El accidente in itinere del 'trabajador en misión' ¿imposible concurrencia?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.171, 2014, 18 páginas.

<sup>33</sup> En el mismo sentido que expone la STS 15 de julio de 2014, Ar. 5291 en la que se aclara, también para calificar el accidente como accidente de trabajo, que «*no se trata de una 'misión' en el sentido de encargar a un trabajador que se desplace temporalmente a un lugar distinto de su centro de*

*O sea cuando el trabajador rompe la dependencia y dispone de su tiempo y de su actuación*» (FJ 2, 3 y 4, respectivamente).

<sup>30</sup> Por todos, TASCÓN LÓPEZ, R.: «El accidente de trabajo en misión», Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

<sup>31</sup> Incluido, por ejemplo, el hotel donde se alojaba el conductor de un autobús con ruta turística en su viaje por Europa (STS 24 de septiembre de 2001, Ar. 595/02).

Son los principios de generosidad y pro-accidentado los que servirán de base para tales planteamientos<sup>34</sup>.

3. Consideración especial merecen en este punto aquellos supuestos de movilidad que se producen precisamente porque la actividad laboral es la del transporte. Como señalara la STS de 22 de julio de 2010, Ar. 7283, supuestos de esta factura requieren la precisión de determinados matices en cuanto a la aplicación de las características del accidente en misión. En buena parte de las ocasiones, los conductores descansan dentro de la cabina del camión en cuyo caso no puede considerarse que exista una ruptura del nexo causal entre el trabajo y el daño corporal provocado por el accidente por la presencia y disponibilidad plena del trabajador en el propio puesto de trabajo, aunque se halle descansando. No en vano, el accidente se produce en tal caso tanto en tiempo –las circunstancias concretas del trabajo encomendado abarcan la vida personal del trabajador– como en el lugar de trabajo –el propio instrumento de trabajo del trabajador–. Resulta habitual en esta situación que el trabajador pernocte en el vehículo con la intención, además de descansar, de vigilancia, tanto del vehículo como de la mercancía, por lo que, en realidad, esta situación describe un lapso temporal de presencia toda vez que, aunque no se presta trabajo efectivo de conducción, se está

realizando servicio de guardia y vigilancia dentro del camión sin que, por ello, se desvirtúe el nexo causal exigido<sup>35</sup>.

De no existir prueba de que el trabajador hubiese descansado o pernoctado en ningún recinto público, lo habitual es que lo hiciese en el propio camión, en cuyo caso no cabe más que apreciar dicho lapso de tiempo como de presencia porque, aunque no se preste trabajo efectivo de conducción se está realizando servicio de guardia y vigilancia dentro del camión, sin que se desvirtúe por ello el nexo causal exigido para constituir el accidente de trabajo. Deberá ser la parte que niegue la existencia de accidente de trabajo la que tendrá que probar la ruptura del nexo causal pues, de lo contrario, el accidente se producirá en el lugar de trabajo –el camión– y en tiempo de trabajo –tiempo de presencia–. Incluidas las horas técnicas de parada que, de forma preceptiva, deberán realizar los conductores para garantizar la seguridad vial. Horas que se consideren jornada laboral en tanto el trabajador se encuentra a disposición del empresario<sup>36</sup>. Supuestos todos ellos en los que la calificación como accidente de trabajo procede porque no se desvirtúa el nexo causal. Y no tanto porque se considere que todo lo que ocurra durante el traslado ha de ser calificado como accidente

*trabajo habitual para realizar una prestación de servicios, sino que el trabajador en el momento de sufrir el evento lesivo se encuentra en el buque, y todas dependencias de éste, constituyen su centro de trabajo y al propio tiempo su domicilio, y cuyos trabajadores –todos ellos– aun cuando lógicamente disfruten de períodos de descanso, están no obstante sujetos a una permanente disponibilidad, dependiendo de las contingencias –a veces imprevisibles– que pueden surgir en un buque, según se infiere, además, del contenido de los artículos 15 y siguientes del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, y en concreto, del trabajo en el mar» (FJ 2).*

<sup>34</sup> Vid sobre la materia la obra de FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «La seguridad marítima y los derechos laborales de la gente del mar», Bilbao, Gomylex, 2014 y, para este aspecto concreto, en particular, «La indemnización por daños y el accidente de trabajo marítimo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.31, 2012, pp. 1-16.

<sup>35</sup> Como indica la sentencia, «por el juego de la presunción, al demandante le incumbe la prueba del hecho básico o del indicio de que la lesión se ocasionó en el lugar y en tiempo de trabajo; con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo. La presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices físicos y psíquicos que lo rodean, y el siniestro ...» (STS de 22 de julio de 2010, Ar. 7283, FJ 3).

<sup>36</sup> De ahí que «bien se estime que la parada realizada por el actor obedecía a razones operativas, descansar el período preceptuado por las normas de tráfico, bien a la necesidad de tomar alimento, es lo cierto que el origen de la baja merece el calificativo de accidente laboral, al deberse presumir la existencia de un nexo causal entre el trabajo y la enfermedad, ya que esta se presentó durante el tiempo de trabajo, mientras estaba en ruta» (STS de 19 de julio de 2010, Ar. 4886, FJ 2).

de trabajo sino porque existe esa relación de causalidad entre el trabajo y la lesión.

4. Aunque no todo lo que sucede durante la «misión» deberá tener necesariamente conexión con el trabajo. Ésta será la conclusión cuando no se trate propiamente de un desplazamiento ni tampoco se realice una actividad laboral. De esta forma, no se considerará correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de períodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado. No puede, en consecuencia, acogerse la tesis de que durante el desarrollo de la misión hay que considerar que se está en el tiempo y en el lugar del trabajo, aunque *«es cierto que la norma se refiere también a los accidentes sufridos con ocasión del trabajo, pero, aunque la conexión de ocasionalidad es más débil que la de causalidad, exige, al menos, que el trabajo actúe como circunstancia que permita el accidente, de forma que sin él la lesión no se habría producido»* (STS de 6 de marzo de 2007, Ar. 1867, FJ 3)<sup>37</sup>.

Y, del mismo modo, tampoco se aceptará la tesis general cuando el accidente se produzca durante el desplazamiento al extranjero pero en tiempo de descanso, supuesto en el que la calificación no podrá ser la de una contingencia profesional sino común. En efecto, también en pronunciamientos antiguos, el Tribunal Supremo había optado por excluir la consideración de accidente de trabajo por haberse ocasionado en día de descanso –el fallecimiento del trabajador en misión tiene lugar en Nigeria, un domingo, día de descanso, por asfixia por inmersión, al bañarse en una de sus playas (STS 10 de febrero de 1983, Ar. 580)–. Asimismo las SSTS de 17 de

marzo de 1986, Ar. 1490 y 19 de julio de 1986, Ar. 4262 rechazarán la calificación de contingencia profesional del fallecimiento por infarto de miocardio de trabajadores en misión cuando los infartos se produjeron durante el tiempo de descanso en un hotel y sin que constase ninguna circunstancia que pudiese evidenciar una relación entre el trabajo realizado y la lesión cardíaca padecida. Tan sólo en algunos supuestos en los que existe una circunstancia excepcional podrá ser matizada esta conclusión<sup>38</sup>. De acuerdo con esta doctrina, no se considera correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y el lugar del trabajo, aunque se trate de períodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal o privado.

Con posterioridad a las sentencias citadas, jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo también ha incidido en esta misma línea. Sirva de ejemplo la STS 11 de febrero de 2014, Ar. 1626 en la que se rechaza la consideración como accidente de trabajo del ictus sufrido por un trabajador desplazado en el extranjero, en misión, cuando le sobreviene en el hotel en tiempo de descanso. Inicialmente, tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia en suplicación entenderán que se trataba de un accidente de trabajo invocando la tesis amplia y global antes analizada. Y, así, puesto que el trabajador se halla en situación de desplazamiento, por cuenta de la empresa, en Israel, y se encuentra realizando las actividades laborales encomendadas, siendo el desplazamiento la causa de que deba pernoctar en el hotel de la localidad donde presta servicios y cuando acontece el ictus está alojado en el citado hotel, no cabe sino la calificación como accidente de trabajo. No puede apreciarse una conducta inusual o fuera de los patrones normales de comportamiento, se

<sup>37</sup> Por esta razón no se considera accidente de trabajo, en la STS 16 de septiembre de 2013, Ar. 7306, el infarto cerebral sufrido por un trabajador cuando se dirigía en coche, de ocupante, desde su domicilio a prestar servicios para su empresa. Se trata de un «desplazamiento ocasional, distinto del efectuado ordinariamente entre domicilio habitual y lugar de trabajo, que efectuó a principio de temporada o para iniciar uno de los períodos correspondientes de prestación efectiva de servicios» (FJ 3).

<sup>38</sup> Así, en la STS de 14 de abril de 1988, Ar. 2931 en la que también el trabajador sufre un infarto en el hotel cuando participa en una reunión profesional –puesto que el infarto se vincula aquí no a la misión sino a la situación laboral de estrés soportada por el trabajador– o la STS 4 de mayo de 1998, Ar. 4091 –toda vez que la lesión se produce en el vehículo de la empresa que conducía el trabajador, aunque en el momento del accidente condujera otro compañero–.

realiza una actividad normal como descansar y levantarse a la mañana siguiente para acudir al trabajo, por lo que no cabe una calificación distinta a la de contingencia profesional en términos ya reconocidos por anteriores pronunciamientos, aquí expuestos (SSTS 18 de diciembre de 1996, Ar. 9727 y 10 de abril de 2001, Ar. 4906). Tesis no avalada por el Tribunal Supremo que considera que el accidente –con resultado de muerte– se produce fuera de horas y de lugar de trabajo y se debe a un infarto de miocardio, lo que extrae el factor causante de accidente en sentido estricto cuando no concurren tiempo y lugar de trabajo. Se rompe, tal y como defiende la Mutua Colaboradora, el nexo causal al hallarse el trabajador en un período de descanso dentro de su desplazamiento internacional y sin que se aprecie la concurrencia de ninguna circunstancia especial que haga modificar dicha conclusión<sup>39</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN: LA PROTECCIÓN DE LOS EXPATRIADOS COMO INTERÉS EXPONENCIALMENTE CRECIENTE

1. Existe todavía un amplio espectro de actuación jurídica en relación a los expatriados –admitiendo tal expresión como omnicompreensiva de todas aquellas situaciones en las

<sup>39</sup> Tampoco se aprecia en la STS 20 de abril de 2015, Ar. 2374 en la que se delimita la calificación del infarto de miocardio en un trabajador revisor de tren de una empresa de ferrocarriles mientras se encontraba pernoctando en un hotel –pagado por la empresa– en una ruta ferroviaria de ida y vuelta, debiendo descansar a la ida y antes de la vuelta. En estas circunstancias, el trabajador fallece en la habitación del hotel. La empresa remite parte de accidente de trabajo a la Mutua aseguradora, exponiendo que el fallecido era un interventor en ruta, que estaba descansando antes de comenzar nuevamente su turno de trabajo. Pero la Mutua defiende que se trata de un accidente común y no laboral puesto que el trabajador no se encontraba en tiempo y lugar de trabajo, sino en un período de descanso entre dos jornadas laborales, por más que el mismo tuviera lugar fuera de su lugar de residencia habitual por razones de la actividad desempeñada. Tesis que avala el Tribunal Supremo en esta sentencia, no aceptando la calificación como accidente de trabajo a aquel que se produce cuando ha finalizado la jornada laboral, que será reanudada al día siguiente para realizar la ruta inversa, respondiendo ese período al descanso del trabajador.

que los trabajadores se desplazan o trasladan al extranjero en el marco de un contrato de trabajo–. Se trata de una materia delicada y sensible que requeriría una mayor –y mejor– intervención del legislador en un mundo laboral transnacional, globalizado y deslocalizado en permanente y obligado cambio<sup>40</sup>.

Por el momento, el interés se ha centrado en fijar normas procesales o sustantivas en relación a la ley aplicable o al foro de competencia judicial, sin desatender cuestiones propias del contrato de trabajo en cuanto a la «exportabilidad» tanto de los derechos como de las obligaciones laborales. La propia polémica sobre la aplicación de las normas de movilidad geográfica derivadas del art. 40 LET en tal situación o la incertidumbre sobre la conveniencia de recurrir al art. 41 LET cuando el contrato introduce modificaciones, no sólo en la localización geográfica sino en otros elementos sustanciales de la relación, representan buena muestra de lo expuesto.

2. Pero las dificultades se incrementan cuando se trata de garantizar tanto la prevención de sus riesgos laborales como la cobertura de su protección social. Y no tanto porque las normas –especialmente las de Seguridad Social y las de asistencia sanitaria– no tengan experiencia en integrar una contingencia con elemento extranjero sino porque, en ocasiones, el contrato de trabajo se rige por la normativa nacional pero la protección del trabajador tiene que prestarse, necesariamente, en el país de destino o, forzosamente, con la intervención tanto del país de origen como del país de destino. De hecho, a veces, la propia terminología viene condicionada por estos datos, reservándose la expresión de «expatriado» para el trabajador que ha de darse de baja en el sistema de Seguridad Social de origen para proceder al alta en el de destino.

<sup>40</sup> Una reflexión más detallada sobre los mismos en LÓPEZ CUMBRE, L.: «Start-ups y capitalismo de plataforma. Renovación o adaptación de los presupuestos laborales», en AA. VV.: «Start. ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales», Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 43-108.

Mas, en ocasiones, no es fácil prever por la empresa los posibles riesgos para extremar la protección del trabajador. Tampoco lo es el comportamiento de este último, desconocer no ya de los riesgos profesionales –que podrían ser minimizados con la información y formación adecuadas– sino los riesgos vitales en el país de destino, algunos conocidos y otros por descubrir pues sólo se hacen aprehensibles con la convivencia. La empresa procura reducir los riesgos y, en consecuencia, sus responsabilidades pero el mero cumplimiento de las normas nacionales de prevención de riesgos laborales no le garantiza la exención de responsabilidad en relación a los posibles accidentes sufridos o enfermedades contraídas por el trabajador. Por su parte, este último no siempre puede desplegar la debida diligencia profesional exigida.

Por lo que se refiere a la protección social, cuando ésta se dispensa dentro de la Unión Europea, la aplicación coordinada de los diferentes sistemas de Seguridad Social garantizan su dispensación. Manteniendo la independencia y autonomía de cada sistema nacional y, por tanto, sin que se cree un sistema único europeo de Seguridad Social, la coordinación genera una confianza sobre la posibilidad de

establecer reglas definitivas o temporales para la situación de quienes se desplazan temporal o definitivamente con ocasión o por consecuencia del contrato de trabajo. Por lo demás, si la movilidad se efectúa al extranjero, los convenios bilaterales o multilaterales de Seguridad Social permitirán prever la cobertura de estos trabajadores. En el ámbito interno, la figura del convenio especial –una forma excepcional de mantener el vínculo jurídico con el sistema de Seguridad Social sin cumplir íntegramente los requisitos legales exigidos para ello–, adquiere asimismo un especial interés como instrumento jurídico, admitiendo a los trabajadores desplazados en el sistema, salvo excepciones puntuales. Pero ni todos los riesgos se incluyen ni existe el mismo grado de desarrollo, especialmente entre países europeos y extranjeros. Cuando esto ocurre, garantizar la reciprocidad en la cobertura resulta arriesgado pues normalmente el país desarrollado desplegará mayores esfuerzos respecto a su homólogo. Vicisitudes y lagunas normalmente suplidas con la cobertura complementaria de aseguramiento privado por parte de aseguradoras que operan a nivel mundial, convirtiendo al colectivo de expatriados en un elemento especialmente atractivo en sus expectativas de negocio.

**RESUMEN**

La ausencia de un estatuto jurídico definido sobre el expatriado permite utilizar una acepción amplia al respecto. Normalmente, y para evitar confundir la situación entre emigrantes y expatriados, este concepto se restringe a quien es desplazado –temporal o definitivamente– en el seno del contrato de trabajo y por la empresa que se halla vinculada al trabajador, permaneciendo vigente la relación laboral. Una definición omnicomprendiva de todas aquellas situaciones en las que los trabajadores se desplazan o trasladan al extranjero en el marco de un contrato de trabajo. Con este marco de referencia, el análisis que se efectúa a continuación expone las dificultades tanto de la empresa como del trabajador para cumplir algunas obligaciones y ver satisfechos los derechos garantizados al encontrarse vigente la relación laboral. En concreto, las medidas de prevención de riesgos laborales extraterritoriales y la protección social internacional. Dos materias que se complementan en torno a la protección de la salud y seguridad del trabajador que presta sus servicios en el extranjero y que, relativamente resueltas en el ámbito europeo, presentan numerosos déficits en el plano internacional. Por todas las circunstancias expuestas en el estudio convergen la valoración normativa, un exhaustivo análisis jurisprudencia, la consideración administrativa o de normativa interna empresarial y la composición doctrina de una materia aún por desarrollar.

El estudio analiza las dificultades para definir el concepto de expatriado. En principio, se incluye a aquellos trabajadores que mantienen su nacionalidad y el vínculo con la empresa de su país de origen mientras desarrollan su actividad en el país de destino. Sin embargo, cada vez es más frecuente extender este concepto a cualquier trabajador extranjero –incluso habiendo perdido la vinculación con su empresa de origen– e incorporar a aquellos supuestos de trabajos prestados para una pluralidad de empresarios –contratas, subcontratas, cesiones, transmisiones o grupos de empresa– con elemento extranjero y con constante demanda de prestación de servicios en un país extranjero o para una empresa filial o subcontratada en el extranjero. Con la crisis, el perfil se ha ido modificando; y de tratarse de trabajadores a los que las empresas multinacionales destinaban con inmejorables condiciones laborales y salariales a prestar servicios en el extranjero únicamente, ahora la realidad del expatriado incluye también a quienes –jóvenes, normalmente– deciden aceptar condiciones precarias o buscar empleos con condiciones laborales anormalmente desventajosas en países extranjeros. Por lo que será necesario distinguir entre el desplazado expatriado y el expatriado no desplazado. Sin embargo, en este último caso el fenómeno que mejor describe la situación es el de la emigración y, en el seno de la Unión Europea, la libre circulación de personas. Para evitar el dumping social, el legislador europeo intenta intensificar el control transfronterizo de la movilidad laboral internacional con reciente normativa en este sentido. Por su parte, España y en ausencia de un régimen jurídico propio, el desplazamiento de trabajadores al extranjero ha sido asumido por la realidad sociolaboral, y especialmente por la doctrina judicial, como un supuesto de movilidad geográfica, considerando que dentro del mismo se incardinan tanto los supuestos en los que el destino se encuentra en España como en el extranjero. En definitiva, la norma laboral permite extender la protección del ordenamiento jurídico nacional.

No obstante, y aun garantizado la aplicación de la norma europea, las obligaciones de prevención en salud laboral y las garantías de cobertura en Seguridad Social no se hallan exentas de problemas aplicativos en el caso de los expatriados. En el primer caso, porque la empresa deberá conocer el lugar donde se desarrollará la actividad laboral a fin de evaluar los riesgos, facilitar formación e información al trabajador, elaborar un programa personalizado de vigilancia de la salud del mismo, facilitar la vacunación correspondiente, advertir y prevenir de los riesgos no sólo laborales sino sociales del país de destino,

prever sobre las alteraciones por fenómenos naturales que ya no serán fuerza mayor sino situación regular, en su caso, en dicho país o, en fin, intensificar las previsiones por posibles riesgos psicosociales en la adaptación a personal y familiar a un entorno diferente. Por lo que se refiere a la Seguridad Social, el estudio destaca no sólo las posibilidades de mantener el alta y cotización con el país de origen pese a la obligación de hacerlo también en el país de destino sino las dificultades que determinadas prestaciones plantean. Así, principalmente, la asistencia sanitaria –con la cobertura pública y la complementariedad habitual de los seguros privados de asistencia en el extranjero– y los accidentes de trabajo o enfermedades (comunes, profesionales o de trabajo) desarrolladas en este entorno, calificados habitualmente como accidentes en misión pero sobre los cuales existe una casuística jurisprudencia que no siempre admiten que todo lo que ocurre en estos desplazamientos ha de interpretarse como algo sucedido durante el tiempo y el lugar de trabajo.

En conclusión, del análisis desarrollado en este estudio se deriva que existe aún, pese a la importancia social y económica de un fenómeno empresarial y laboral creciente, un amplio espectro de actuación jurídica en relación a los expatriados. Por el momento, el interés se ha centrado en fijar normas procesales o sustantivas en relación a la ley aplicable o al foro de competencia judicial, sin desatender cuestiones propias del contrato de trabajo en cuanto a la «exportabilidad» tanto de los derechos como de las obligaciones laborales. Pero las dificultades se incrementan cuando se trata de garantizar tanto la prevención de sus riesgos laborales como la cobertura de su protección social. Y no tanto porque las normas –especialmente las de Seguridad Social y las de asistencia sanitaria– no tengan experiencia en integrar una contingencia con elemento extranjero sino porque, en ocasiones, el contrato de trabajo se rige por la normativa nacional pero la protección del trabajador tiene que prestarse, necesariamente, en el país de destino o, forzosamente, con la intervención tanto del país de origen como del país de destino. De hecho, a veces, la propia terminología viene condicionada por estos datos, reservándose la expresión de «expatriado» para el trabajador que ha de darse de baja en el sistema de Seguridad Social de origen para proceder al alta en el de destino. Mas, en ocasiones, no es fácil prever por la empresa los posibles riesgos para extremar la protección del trabajador ni tampoco las normas de cobertura social satisfacen los intereses de este último toda vez que la normativa europea o los convenios bilaterales o multilaterales suponen un fundamento solvente –aunque no siempre suficiente– de garantía. En consecuencia, constituye ésta una materia delicada y sensible que requeriría una mayor –y mejor– intervención del legislador en un mundo laboral transnacional, globalizado y deslocalizado en permanente y obligado cambio.

**Palabras clave:** Expatriado; movilidad internacional; riesgos profesionales; prevención de riesgos; Seguridad Social; protección social en el extranjero.

**ABSTRACT** The absence of a juridical statute on the «expatriate» allows to use a wide meaning in the matter. Normally, and to avoid confusing the situation between emigrants and expatriates, this concept is restricted to those who are temporarily or permanently displaced remaining in force the labor relation. An all-encompassing definition of all situations in which workers move or move abroad in the framework of an employment contract. With this frame of reference, the following analysis exposes the difficulties of both –the company and the worker– to meet certain obligations and to see the guaranteed rights fulfilled when the employment relationship developed abroad. Especially, measures to prevent extraterritorial labor risks and international social protection. Two subjects relatively resolved in Europe but not in the international level. For all the circumstances exposed in the study there converge the normative valuation, an exhaustive analysis jurisprudence, the administrative consideration or of internal managerial regulation and the composition doctrine of a matter still for developing.

The study analyzes the difficulties to define the concept of expatriate. At first, there are included those workers who support his nationality and the link with the company of his native land while they develop his activity in the country of destination. However, it is increasingly common to extend this concept to any foreign worker –even having lost the link with their company of origin– and to incorporate those assumptions of work provided to a plurality of businessmen – contractors, subcontractors, assignments, transmissions or groups of company– with a foreign element and with constant demand for the provision of services in a foreign country or for a subsidiary or subcontracted company abroad. With the crisis, the profile has been modified; and of treating itself about workers whom the multinational companies were destining with unsurpassable working conditions and wage to giving services abroad only, now the reality of the expatriate includes also to whom – young, women, normally – decide to accept precarious conditions or to look for employments with working conditions abnormally disadvantageous in foreign countries. Therefore, it will be necessary to distinguish between the displaced expatriate and the non-displaced expatriate. However, in the latter case, the phenomenon that best describes the situation is that of emigration and, within the European Union, the free movement of people. To avoid the social dumping, the European legislator tries to intensify the cross-border control of the labor international mobility with recent regulation in this respect. For your part, Spain and in absence of a juridical own regime, the workers' displacement abroad has been assumed by the sociolabor reality, and specially by the judicial doctrine, as a supposition of displacement, considering that inside the same one incorporate so much the suppositions in which the destination is in Spain as abroad. Definitively, the labor norm allows to extend the protection of legal system.

Nevertheless, and even guaranteed the application of the European norm, the obligations of prevention in labor health and the guarantees of coverage in National Health Service are not situated exempt from applicative problems in case of the expatriates. In the first case, because the company will have to know the place where the labor activity will develop in order to evaluate the risks, provide training and information to the worker, develop a personalized program of health surveillance of the same, facilitate the corresponding vaccination, warn and prevent from the risks not only labor but social of the country of destination, to foresee on the alterations by natural phenomena that will no longer be force majeure but regular situation, in its case, in said country or, finally, to intensify the forecasts for possible risks psychosocial in the adaptation to personal and family to a different environment. With regard to Social Security, the study highlights not only the possibilities of maintaining the registration and contribution to the country of origin despite the obligation to do so also in the country of destination, but the difficulties that certain benefits pose. Thus, mainly, healthcare – with public coverage and the usual complementarity of private insurance for assistance abroad – and work accidents or diseases (common, professional or work) developed in this environment, usually classified

as accidents in mission, but over which there is a casuistic jurisprudence that does not always admit that everything that happens in these displacements has to be interpreted as something happened during the time and place of work.

In conclusion, the analysis developed in this study shows that there is still, despite the social and economic importance of a growing business and labor phenomenon, a broad spectrum of legal action in relation to expatriates. For the present time, the interest has centred on fixing procedural or substantive procedure on relation to the applicable law or to the forum of judicial competition, without disregarding own questions of the contract of work as for the «exportability» both of the rights and of the labor obligations. But the difficulties increase when it is a question of guaranteeing both the prevention of his labor risks and the coverage of his social protection. And not so much because the regulations – especially Social Security and health care– have no experience in integrating a contingency with a foreign element but because, sometimes, the employment contract is governed by national regulations but worker protection has to be provided, necessarily, in the country of destination or, necessarily, with the intervention of both the country of origin and the country of destination. In fact, sometimes, the terminology itself is conditioned by these data, reserving the expression of «expatriate» for the worker who has to unsubscribe in the Social Security system of origin to proceed to the registration in the destination. More, sometimes, it is not easy to foresee the possible risks for the company to maximize the protection of the worker, nor does social coverage norms satisfy the interests of the latter, since European regulations or bilateral or multilateral agreements provide a sound basis –although not always enough-guarantee. Consequently, this constitutes a delicate and sensitive matter that would require greater –and better– intervention by the legislator in a transnational, globalized and relocated labor world in permanent and forced change.

**Keywords:** Expatriate; international mobility; professional risks; risk prevention; Social Security; social protection abroad.

# Prevención y protección de los riesgos profesionales en el trabajo autónomo

# Prevention and protection of professional risks in self-employment

SIRA PÉREZ AGULLA\*

## 1. PLANTEAMIENTO Y LÍNEAS ESTRUCTURALES

A pesar de constituir las tres últimas décadas el período en donde mayormente han proliferado normas dirigidas a la protección de la salud de los trabajadores, hay que apuntar que la preocupación por la seguridad de éstos se remonta a tiempos remotos<sup>1</sup>. Resulta sorprendente que, si bien es cierto que en la historia reciente, el autónomo no ha sido contemplado como sujeto expuesto a situaciones de riesgo en el trabajo, en el SXVIII, antes de la llegada de la Revolución Industrial y con ella, del apogeo del trabajo por cuenta ajena, los artesanos, es decir, profesionales libres que jugaban un papel esencial en la vida cotidiana de las ciudades por las actividades que desempeñaban, fueran

objeto de estudio de la primera obra que sistematiza todas las enfermedades relacionadas con el trabajo: el Tratado de las Enfermedades de los Artesanos<sup>2</sup>. Es por ello que, aunque haya sido el colectivo obrero el que dirigiera sus reivindicaciones al reclamo de protección ante las consecuencias de una actividad cuyo beneficio era recogido por el empresario, hay que subrayar que, tiempo atrás, ya se había tomado conciencia de los peligros a los que el trabajador autónomo se exponía en su puesto de trabajo. En España, desde el arranque de la legislación laboral, en 1873, todas las miradas fueron puestas en el trabajo por cuenta ajena. En aquellos momentos, los poderes públicos tomaron conciencia y reaccionaron tratando de controlar, únicamente, las situaciones de riesgo a las que estaban sometidos los obreros fabriles. Distintas normas fueron promulgadas a lo largo del siglo XX<sup>3</sup>, no prestándose

\* Prof. Contratada Doctora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM.

<sup>1</sup> Para encontrar a los precursores del tratamiento de esta cuestión debemos remontarnos a la Grecia clásica (siglos IV y V a. c.), época en la que ciertos autores se percataron de la existencia de enfermedades producidas por la extracción y manipulación de minerales (mercurio, plomo). Posteriormente, en 1541, Paracelso o Philippus Aureolus Theophrastus Paracelsus Bombastus von Hohenheim, precursor de la Higiene Industrial, desarrolló un importante estudio de las enfermedades profesionales de los trabajadores metalúrgicos y de fundiciones.

<sup>2</sup> En 1700 se publicó en Módena *De morbis artificum*, de Bernardino Ramazzini, traducida en España, con evidente y sintomático retraso en 1983. Como escribe el prologoista de la traducción española «en el caso de la medicina del trabajo, Ramazzini fue el más influyente, el más entusiasta, el primero entre los médicos que atisbó la trascendencia de una ciencia médica preocupada por la variada patología derivada del trabajo». Ramazzini, B.: «Tratado de las Enfermedades de los Artesanos». Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1983.

<sup>3</sup> Así, normas como la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, reflejaban el desasosiego que producía la salud del co-

atención alguna al autónomo, por un doble motivo: en primer lugar, por la inexistencia de una relación laboral que vinculara a trabajador y empresario y generara un haz de derechos y deberes; por otro, por la adquisición de la condición de empresario por parte del trabajador por cuenta propia con trabajadores a su servicio, que adjudicaba al mismo el corolario de responsabilidades propio de un empleador. En esta época, resultaba inverosímil plantearse el establecimiento de un sistema de seguridad y salud en el trabajo para artesanos, profesionales liberales, pequeños agricultores, es decir, trabajadores que llevaban a cabo su actividad con total independencia, siendo ellos, y sólo ellos, los que decidían en qué condiciones desempeñaban su labor, encontrando, únicamente, en la autotutela, garantía para su seguridad en el terreno laboral.

En los últimos años, las transformaciones sufridas por nuestro tejido productivo han dado un giro radical a la situación anterior. La descentralización productiva de la actividad, que ha traído el aumento de las prestaciones en régimen de subcontratación, así como, la aparición de nuevas formas de llevar a cabo el trabajo independiente, han hecho que las normas preventivas que antaño resultaban de aplicación impropia para los trabajadores autónomos, ahora se antojen adecuadas, al menos, para un sector del colectivo. Comienza a ponerse de manifiesto que estos trabajadores están expuestos a los mismos riesgos para su salud y su seguridad que los asalariados, abundando, incluso, alguno de ellos en sectores considerados de alto riesgo como la agri-

cultura, la pesca, la construcción o los transportes. Ante dichos cambios, entendemos que hoy, más que nunca, resulta necesario profundizar en las garantías con las que cuentan los trabajadores autónomos respecto de la protección de los riesgos ante los que se exponen; en este sentido, no solo analizaremos las normas que buscan promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo, sino que ahondaremos tanto en las cuestiones que dificultan la regulación del trabajo autónomo en materia preventiva, como en posibles soluciones capaces de dar una respuesta a las necesidades de prevención de este tipo de trabajo.

Antes de adentrarnos en ello, con el propósito de conocer mejor al sujeto objeto de análisis, el estudio parte de la exposición de los rasgos que acompañan el perfil actual del trabajador independiente. Seguidamente, se completa dicho epígrafe profundizando en las cuestiones que han propiciado el desamparo del colectivo en cuanto a su seguridad y salud en el trabajo y el desequilibrio existente entre la protección del trabajador por cuenta ajena y del trabajador autónomo.

Tras contextualizar dicha figura, el estudio, en consonancia con lo indicado anteriormente, prosigue con el examen de las normas, de diferente origen y eficacia, que se han encargado de regular la prevención de la seguridad y salud de los trabajadores; al hilo de su análisis, prestaremos especial atención al tratamiento recibido por el colectivo de autónomos, el cual es prácticamente nulo o al menos escaso. Se pone punto y final a este barrido legal con el estudio de la última reforma llevada a cabo en materia de trabajo autónomo por la Ley 6/2017, de 24 de octubre, que si bien aborda alguna cuestión de interés en esta materia, a través de ella se vuelve a perder la oportunidad de introducir medidas de peso alrededor de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos. Para concluir, se ponen de manifiesto los avances alcanzados desde la Administración y asociaciones profesionales tendentes a prevenir los riesgos profesionales a los que se exponen estos trabajadores.

---

lectivo obrero en la clase dirigente de la época. Hasta 1940, momento en que se publicó el Reglamento General de Seguridad e Higiene en el Trabajo –de aplicación a cualquier actividad productiva por cuenta ajena–, se desarrollaron diversas normas que regulaban riesgos singulares, por ejemplo, el Real Decreto de 19 de febrero de 1926, por el que se prohíbe el empleo de cerusa, sulfato de plomo y otros productos que contengan estos pigmentos para pintar en el interior de los edificios. A partir del Reglamento de 1940, se dictaron normas de aplicación general aunque con aspectos de marcado carácter sectorial. *Vid.*, MONTOYA MELGAR, A.: «Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)», Madrid, 1992.

## 2. PERFIL DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO Y PRINCIPALES ESCOLLOS PARA SU REGULACIÓN EN MATERIA PREVENTIVA

Resulta incuestionable la significación adquirida por el trabajo autónomo en los últimos años, en particular, tras la crisis económica padecida a nivel mundial. Precisamente, analizando los datos estadísticos referidos al trabajo por cuenta propia, se infiere la capacidad de este para remontar dicha coyuntura; si bien en el primer trimestre de 2013 el colectivo tocaba fondo, siendo 3.030.728 la cifra de trabajadores autónomos afiliados a la Seguridad Social, a partir de este dato, el número de trabajadores en régimen de autonomía se ha visto elevado progresivamente<sup>4</sup> hasta alcanzar los 3.231.279 en el último trimestre del pasado año. Es evidente que en este ascenso ha tenido mucho que ver, no solo el hecho de que, ante las altísimas tasas de desempleo alcanzadas, numerosos trabajadores asalariados, expulsados del mercado laboral durante el aciago momento económico-financiero vivido, encontraran en el trabajo al margen del contrato laboral una vía alternativa, sino también a la transformación del tradicional empleo por cuenta ajena, favorable a modalidades de trabajo independiente, dotado de una mayor flexibilidad. Además, cabe apuntar que la percepción que del trabajo autónomo se tenía, del mismo modo parece haber sido modificada, contemplándose actualmente como fuente de creación de empleo, de innovación y de prosperidad económica<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Datos estadísticos Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social. Último trimestre de 2013: 3.076.495; último trimestre de 2014: 3.159.921; último trimestre de 2015: 3.190.439; último trimestre de 2016: 3.223.286; último trimestre de 2017: 3.231.279.

[http://www.empleo.gob.es/es/sec\\_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2017/4trim/informes\\_perfiles\\_diciembre\\_2017.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/2017/4trim/informes_perfiles_diciembre_2017.pdf)

<sup>5</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «La política de empleo en el ámbito del trabajo autónomo: soluciones a la crisis más allá del trabajo autónomo», *Temas Laborales*, 2010, núm.106, págs. 90-97.

Ahora bien, a pesar de este buen momento que parece vivir el colectivo, si a su regulación normativa nos referimos, y en particular, a la que afecta a la protección de su seguridad y salud en el trabajo, se debe destacar que hoy, no solo perviven los escollos que tradicionalmente dificultaron su tratamiento, sino que con el aumento del número de trabajadores en régimen de autonomía, cada vez es mayor la cifra de trabajadores desatendidos en materia de prevención de riesgos laborales. En cuanto a las dificultades a las que los autónomos se enfrentan destacan, por una parte, las propias particularidades de este tipo de trabajo, baste como muestra, la falta de una contraparte que se ocupe de ciertas obligaciones; en este sentido, mientras que en la esfera laboral es el empresario el que asume determinados compromisos, cuando de trabajadores autónomos se trata, tales responsabilidades inciden directamente sobre ellos. Esto se percibe claramente en la materia objeto de análisis, donde un número elevado de trabajadores por cuenta propia solo contemplan su seguridad mediante la autoprotección. Por otro lado, la heterogeneidad que desde siempre ha acompañado al colectivo dificulta su tratamiento. En cuanto a la materia preventiva, no solo son distintos los riesgos a los que se exponen estos trabajadores en función de la actividad que lleven a cabo sino que también difieren en el modo de organizar el trabajo desarrollado. Así, dependiendo de si el autónomo tiene trabajadores a su cargo, si realiza su actividad en concurrencia empresarial o si desarrolla su trabajo por sí solo, sin tener asalariados contratados así será la protección de su seguridad y salud en el trabajo. En el primer supuesto, el trabajador potencia su faceta empresarial y, por tanto, debe cumplir con las obligaciones propias del empresario —que recoge la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales—; para el caso en que la actividad se realice en escenario compartido, el autónomo se contempla mayormente como un sujeto generador de riesgos, al que se le exige determinadas responsabilidades. Por último, el autónomo sin empleados a su cargo, no viene obligado a realizar ninguna actividad preventiva, ni puede ser sancionado

por su ausencia, en otras palabras, su protección no es atendida por la normativa en materia de prevención de riesgos. Dicha situación se agrava si tenemos en cuenta el elevado número de trabajadores por cuenta propia que se encuentra en dicho escenario; así se desprende del informe llevado a cabo por la Federación de Trabajadores Autónomos (ATA) para el año 2017 en el que se profundiza en el perfil del trabajador autónomo actual<sup>6,7</sup>. Debemos destacar de dicho estudio el dato concerniente al número de trabajadores sin empleados a su cargo, el cual se sitúa en un 79,1% del colectivo; en vista de que, como hemos señalado en anteriores líneas, este tipo de autónomos son totalmente obviados por la normativa preventiva, indiscutiblemente, la situación resulta, al menos, preocupante.

### 3. ANTECEDENTES NORMATIVOS

#### 3.1. Normas de carácter internacional

A nivel internacional, el interés mostrado por la OIT en materia de prevención de riesgos laborales es indiscutible; esto queda puesto de manifiesto en las más de 40 normas que tratan específicamente la seguridad y la salud en el trabajo, bien de manera general, bien centrando su atención en ciertas ramas de la actividad económica o en riesgos específicos.

En cuanto a la figura del trabajador autónomo, la OIT ha centrado su atención en este tipo de trabajo y en la problemática que ha surgido en torno a él; a modo de ejemplo, la Recomendación sobre la relación de trabajo, de 2006 (núm. 198)<sup>8</sup>, así como distintos estu-

dios en los que se tiene presente la proliferación de esta modalidad. El más reciente, el que se acaba de publicar bajo el título «Perspectivas sociales y del empleo en el mundo», en el que se cataloga el trabajo autónomo como una forma de empleo vulnerable<sup>9</sup>. En cuanto a la atención prestada al colectivo en materia de seguridad y salud, si bien se le tiene presente en distintos convenios, ninguno se hace cargo de su protección. Esta tendencia queda puesta de manifiesto desde los primeros que fueron celebrados; pongamos por caso el «Convenio sobre las prescripciones de seguridad en edificaciones de 1937 (nº 62)», el cual si bien parece dirigirse a todo tipo de trabajo— como así se manifiesta en su art. 2:«(...) el presente Convenio deberá aplicarse a todos los trabajos efectuados en el tajo y relacionados con la construcción, reparación, transformación, conservación y demolición de toda clase de edificios»— del contenido de su articulado se desprende que en mente estaba la protección del trabajador por cuenta ajena. Avanzando en el tiempo, el «Convenio sobre la higiene en comercio y oficinas de 1964 (nº 120)» de igual manera tiene como objetivo principal preservar la seguridad y salud de los trabajadores contratados en establecimientos comerciales —o establecimientos, instituciones y servicios administrativos— no de aquellos que de manera independiente desarrollen su actividad comercial.

No podemos dejar de otorgar especial relevancia, por encontrarse en los cimientos de la normativa española<sup>10</sup>, al Convenio nº 155

vos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes». [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0:NO:P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REC,es,R198,%2FDocument](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0:NO:P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument)

<sup>9</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--dcomm/--publ/documents/publication/wcms\\_615674.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--dcomm/--publ/documents/publication/wcms_615674.pdf)

<sup>10</sup> Es a partir de este Convenio cuando se solicita a los Estados miembros la elaboración de los Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud.

<sup>6</sup> <https://ata.es/documentos/perfil-del-autonomo-2017/>

<sup>7</sup> Del estudio se desprende datos tales como que los autónomos españoles son, en su mayoría, hombres de mediana edad, con más de tres años de antigüedad. La mayoría de ellos trabaja en el sector del comercio, la construcción o la hostelería.

<sup>8</sup> Se define de manera bastante amplia el concepto de relación laboral para así poder combatir el fenómeno de los falsos autónomos —la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relati-

de la OIT, de 1981<sup>11</sup>, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo<sup>12</sup>. Este permanece fiel a los tradicionales esquemas preventivos, dirigidos únicamente a la protección del trabajador por cuenta ajena. A su vez, debemos aludir a la reunión 95<sup>a</sup> de la Conferencia Internacional del Trabajo<sup>13</sup>, celebrada en 2006, en la que se adoptó el Convenio n° 187<sup>14</sup>, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo<sup>15</sup>. El objetivo de éste era reclamar a los estados el establecimiento de un marco para promover el desarrollo de una «cultura preventiva de seguridad y salud» a nivel nacional a través de la puesta en marcha de una política, un sistema y un programa de prevención en cada uno de los Estados miembros<sup>16</sup>. Aunque el convenio sigue apostando por la protección del trabajador asalariado, muestra cierto interés por el autónomo cuando alude, en su art. 4.3 h), a la necesidad de incluir en los sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo «mecanismos de apoyo para la mejora progresiva de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en las microempresas, en las pequeñas y medianas empresas, y en la economía informal». A pesar de dicho avance, nada indica sobre el trabajador por cuenta propia sin empleados a su servicio.

Por último, dirigiendo la atención a iniciativas referentes a ramas específicas de la actividad económica, destaca el Convenio n° 161, sobre seguridad y salud en la construcción, de 1988, así como el Convenio n° 184, sobre la seguridad y salud en la agricultura, de 2001;

<sup>11</sup> Ratificado por España el 11 de septiembre de 1985 (protocolo 155).

<sup>12</sup> Fue complementado por la Recomendación (n° 164) sobre seguridad y salud del mismo año.

<sup>13</sup> En esta reunión se tiene presente lo dispuesto en el Convenio n° 155, así como las conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su reunión 91<sup>a</sup>.

<sup>14</sup> Fue ratificado por España el 5 de mayo de 2009.

<sup>15</sup> Fue completado por la Recomendación (n° 197) sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006.

<sup>16</sup> En este sentido, la OIT había adoptado en 2003 la Estrategia Global en materia de seguridad y salud en el trabajo.

ambos no han sido objeto de ratificación por España, probablemente a consecuencia de la existencia de una profusa normativa comunitaria al respecto<sup>17</sup>. En el primero de ellos, no solo su art. 1 determina que el Convenio «se aplica también a los trabajadores por cuenta propia que pueda designar la legislación nacional», sino que, en su precepto séptimo, se pide a los Estados miembros que reflejen en su normativa que «los empleadores y los trabajadores por cuenta propia están obligados a cumplir en el lugar de trabajo las medidas prescritas en materia de seguridad y salud». En cuanto al Convenio concerniente a la seguridad y salud en la agricultura, únicamente, se refiere a los autónomos cuando requiere de ellos, en su art. 6, su colaboración en el cumplimiento de la normativa preventiva existente en esta actividad —«en un lugar de trabajo agrícola dos o más empleadores ejerzan sus actividades o cuando uno o más empleadores y uno o más trabajadores por cuenta propia ejerzan sus actividades, éstos deberán colaborar en la aplicación de las prescripciones sobre seguridad y salud»—.

### 3.2. Normas de carácter europeo

Como ya señalamos en anteriores apartados, numerosas son las circunstancias que dificultan la protección de la seguridad y salud en el trabajo del autónomo; su propia naturaleza, así como la ausencia de contraparte, difícilmente casa con el juego tradicional de las normas preventivas cuya obligatoriedad descansa sobre los empresarios. Por ello, al igual que ocurre en nuestro ordenamiento interno, en la esfera comunitaria el autónomo se ha contemplado y se contempla ajeno a tal protección, únicamente digno de alusión al resultar un sujeto potencialmente peligroso respecto de terceros, especialmente, asalariados concurrentes en el espacio físico en el que

<sup>17</sup> En el mismo sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz; CEINOS SUAREZ, Ángeles, «Norma internacional» en Sistema de Fuentes en la Relación Laboral, AA. VV. GARCÍA MURCIA, J (director), Universidad de Oviedo, 2007, pág. 91.

llevan a cabo su actividad. La piedra angular de las normas preventivas llegadas desde el contexto comunitario, es decir, la Directiva marco 89/391/CE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores, optó por no incluirlos en su ámbito aplicativo<sup>18</sup>.

Tendremos que acudir a Directivas sectoriales para hallar exiguas referencias al colectivo. Entre éstas, destaca la Directiva 92/57/CEE, del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcciones temporales o móviles, que tiene en cuenta a los autónomos, en la medida en que éstos pueden constituir una fuente potencial de peligro para los asalariados que se encuentran en la obra. Asimismo, hay otras dos Directivas que, de un modo u otro, toman en consideración al trabajador por cuenta propia: por un lado, la Directiva 92/29/CEE, del Consejo, de 31 de marzo, relativa a las disposiciones de seguridad y salud para promover una mejor asistencia médica a bordo de los buques, en la que se recoge una definición muy amplia de trabajadores, entre los que se incluye a los que llevan a cabo su labor en régimen de autonomía; por otro, la Directiva 2001/45/CE, del Consejo, de 27 de junio, relativa a la utilización de los equipos de trabajo en los trabajos temporales de altura, que se refiere, en uno de sus considerando, a los autónomos, recordando que, cuando uno de éstos utiliza personalmente equipos de trabajo, puede poner en peligro la seguridad y salud de los empleados. Como vemos estas tres normas tienen un fin común: la protección de los trabajadores por cuenta propia derivada de la protección de la seguridad de los asalariados.

<sup>18</sup> La norma comunitaria, a pesar de la propuesta del Parlamento Europeo, en su Resolución sobre el marco general de la acción de la Comisión en materia de seguridad, higiene y protección de la salud en el trabajo, relativa a la inclusión de los trabajadores autónomos en su ámbito de aplicación, finalmente se dirige a la protección del trabajador por cuenta ajena.

En contraste con lo anteriormente expuesto, es en el Derecho no vinculante en donde el legislador comunitario presta mayor atención a los trabajadores por cuenta propia. Reflejo de tal afirmación es la Recomendación del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la protección de la salud y seguridad en el trabajo de los autónomos, es decir, una norma dirigida directa y exclusivamente a la protección de éstos<sup>19</sup>.

La Recomendación, impregnada del espíritu de la Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad 2002-2003—, hacía un llamamiento a los Estados miembros para que tomaran las medidas necesarias que facilitarían la aproximación del colectivo a la materia, reconociendo por primera vez que los autónomos no estaban cubiertos de manera expresa por las directivas relativas a la salud y la seguridad en el trabajo, a pesar de que casi siempre están expuestos a los mismos riesgos para su salud y su seguridad que los trabajadores por cuenta ajena. De este modo, entre las exhortaciones efectuadas destacan el fomento de la seguridad y salud del colectivo, teniendo en cuenta los riesgos existentes en determinados sectores, la puesta en marcha de campañas de concienciación o el acceso de los autónomos a la formación e información en materia preventiva, sin que suponga para ellos un coste económico. Al tratarse, como hemos comentado, de un acto no vinculante, la Recomendación no tuvo en los Estados miembros la repercusión deseada, no siendo medianamente tenida en cuenta por nuestro país hasta la entrada en vigor de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

Para finalizar, no debemos obviar las diversas Estrategias en materia de seguridad y salud presentadas por la Comisión Europea a lo largo de las dos últimas décadas; se

<sup>19</sup> En 1997, el Comité Consultivo de la Seguridad, de la Higiene y de la Protección de Seguridad y Salud en el trabajo, creó un grupo de trabajo «Trabajo Autónomo» encargado de preparar una propuesta de recomendación para el Consejo relativa a la seguridad y alud de los trabajadores autónomos.

trata de documentos en los que se recogen los principales retos y objetivos estratégicos en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo y se presentan las acciones clave y los instrumentos para alcanzarlos. Como ya hemos apuntado, la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2002-2006<sup>20</sup> inspiró la Recomendación llevada a cabo en 2003. Destacaba la necesidad, en aras del fomento de un verdadero bienestar en el trabajo, de tener presente las problemáticas propias de las PYMES, microempresa y trabajadores autónomos. La Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el trabajo 2007/2012<sup>21</sup> continúa poniendo de relieve los retos en materia de salud y seguridad a los que ya se hizo referencia en la Estrategia anterior; entre ellos, vuelve a requerir la atención hacia las nuevas tendencias en el empleo, incluido el desarrollo del trabajo por cuenta propia, la subcontratación y el aumento del empleo en las PYMES. Por último, en 2014 se aprobó el, hoy vigente, Marco Estratégico de la UE en materia de Salud y Seguridad en el Trabajo 2014-2020. Este determina los principales objetivos estratégicos de la Unión e identifica tres retos claves de futuro de la seguridad y salud en el trabajo en Europa, entre ellos, la mejora en la reglamentación existente, en especial, en la que se refiere a las PYMES, las cuales han puesto de manifiesto, en numerosas ocasiones, las múltiples dificultades que encuentran para cumplir algunos requisitos exigidos. Desde la Estrategia se pretende aportar soluciones más sencillas y eficaces para tener en cuenta la situación de las microempresas y de las pequeñas empresas y garantizar así la protección eficaz de la salud y la

seguridad de los trabajadores en todos los lugares de trabajo, con independencia de su tamaño. Para ello se propone simplificar la legislación cuando proceda y proporcionar orientación y apoyo personalizados a dichas empresas de reducida dimensión.

### 3.3. Normas de carácter nacional

#### 3.3.1. Constitución española de 1978<sup>22</sup>

Tenemos que señalar que el derecho a la integridad encuentra su fundamento constitucional en el art. 15 CE, que implica el reconocimiento del derecho a la salud y otros presupuestos vitales tales como la protección y mejora de la calidad de vida y defensa del medio ambiente (art. 45.2) o, el que ahora nos ocupa, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, principio rector de la política social y económica, proclamado por el art. 40.2 del mismo texto. Debemos subrayar que el legislador constituyente a la hora de referirse al trabajo lo hace sin distinción entre el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Tal proceder parece en línea con lo dispuesto por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo<sup>23</sup>, la cual, si bien por primera vez reconoce la reciprocidad entre las obligaciones del empresario y los derechos de los trabajadores, mediante su art. 12, permite la extensión de tales derechos y responsabilidades recogidos en su articulado a otro tipo de trabajadores, como los autónomos<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Comunicación de la Comisión, de 11 de marzo de 2002, relativa a la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006) [COM (2002) 118 - no publicada en el Diario Oficial].

<sup>21</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 de febrero de 2007, «Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)» [COM (2007) 62 final - no publicada en el Diario Oficial].

<sup>22</sup> Publicada en el BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978.

<sup>23</sup> Aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971.

<sup>24</sup> Art.12 de la OGSHT: «Las disposiciones relativas a obligaciones, derechos y responsabilidades que en esta Ordenanza se establecen serán así mismo, aplicables con carácter general y en la medida que fuere necesaria para prevenir riesgos profesionales a las personas comprendidas en el ámbito del mismo aun cuando en ellas no concorra la condición de empresario ni la de trabajador por cuenta ajena».

### 3.3.2. *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*<sup>25</sup>

Obligada por las directrices marcadas desde Europa, así como por los compromisos adquiridos con la Organización Internacional del Trabajo a partir de la ratificación del Convenio 155, sería la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales la que impulsara un cambio sustancial en la materia, instaurando un nuevo enfoque de la prevención de riesgos en el trabajo. Además, y esta vez apartándose de la norma comunitaria, hacía alusión a un colectivo, hasta el momento proscrito de la normativa preventiva, como era el de los trabajadores autónomos. A pesar del espíritu renovado y universal que su exposición de motivos propugnaba, la atención que esta normativa prestaba al trabajador independiente, no era más que la regulación de una situación concreta, propia del nuevo tejido empresarial, en la que podían verse involucrados los trabajadores autónomos. La LPRL, en su art. 3.1<sup>26</sup>, incluía en su ámbito de aplicación tanto a la relación laboral como a la funcionarial, continuando el precepto con una apostilla residual del siguiente tenor «Ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que se establecen para los fabricantes, importadores y suministradores, y de los derechos y

deberes que puedan derivarse para los trabajadores autónomos». En este precepto se aprecia la diferencia existente entre el mandato tajante que efectúa con relación al trabajador típico o funcionarial y la cláusula genérica e imprecisa empleada respecto del autónomo. Muchos fueron los autores que tacharon de ambigua y técnicamente deficiente la redacción del art. 3 LPRL<sup>27</sup>, considerando que no determinar a qué derechos y obligaciones se refiere, genera inseguridad jurídica<sup>28</sup>. Tras rastrear en la LPRL, exiguas son las referencias que encontramos en relación con los derechos y obligaciones que el art. 3.1 adjudica al autónomo. Nada hallamos en el capítulo III en el que se concretan los derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en materia preventiva, ni siquiera en el genérico derecho a la protección frente a los riesgos laborales indicado en el art. 14 –que acoge el derecho constitucional proclamado en el art. 40.2–, ni en los deberes que impone el art. 29 a todos los trabajadores y que exigen la existencia de una relación laboral.

Habrà que acudir al art. 24.5 LPRL, para comprender, por un lado, que el art. 3, únicamente remite a este precepto a la hora de definir los derechos y obligaciones adjudicados a los autónomos y, por otro, que exclusivamente se refiere a una situación productiva particular, en concreto, aquella en que los trabajadores llevan a cabo su actividad en relación directa con otra empresa, en concreto, trabajando en los locales de la misma o coincidiendo físicamente con personal de ésta. El apartado

<sup>25</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995).

<sup>26</sup> Durante el período de elaboración de la LPRL, la redacción del art. 3.1 no estuvo exenta de controversia. Así, el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), mediante la enmienda nº 135, planteó la alteración del contenido actual del art. 3, incluyendo en la ámbito de la norma a los trabajadores autónomos. De este modo, propuso que la redacción de dicho artículo fuera la siguiente: «esta ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, como en el ámbito de los trabajadores autónomos». Boletín de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 17 de marzo de 1995, Serie A, nº 99-5. Esta propuesta no resulta del todo impropia, si tenemos en cuenta que no estamos ante un precepto circunscrito únicamente a la relación contractual laboral, sino que incluye también en el ámbito de aplicación de la Ley a las sociedades cooperativas, constituidas de acuerdo a la legislación que le sea aplicable (Ley 27/1999, de 16 de julio) o al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario.

<sup>27</sup> MATEOS BEATO, A.: «El trabajador autónomo en la prevención de riesgos laborales», Anuario del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 8. PALOMEQUE LÓPEZ considera el precepto como «una formulación de alcance genérico y vapo-roso», PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundición del Derecho del Trabajo», Relaciones Laborales, nº 7/8, pág. 54; GARCÍA MURCIA entiende que «el trato dispensado por la Ley al Trabajador autónomo como indirecto, de manera circunstanciada y del todo singular». GARCÍA MURCIA, J.: «Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo», Relaciones Laborales, nº 7/8, 2000, pág. 142.

<sup>28</sup> SAGARDÓY BENGOCHEA, J. A.: «Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo Derecho del Trabajo», Ediciones Cinca, Madrid, 2004, págs. 90-91.

quinto de este precepto, dedicado a la «concur-rencia de actividades empresariales»<sup>29</sup>, debe ser interpretado a la luz de los apartados 1 y 2 que le preceden con arreglo a su tenor literal: «Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajado-res autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo». Por tanto, enten-demos que el trabajador independiente goza-rá del derecho a ser informado e instruido por parte del empresario principal, en un ambien-te de cooperación proclive a la correcta apli-cación de las normas. Asimismo, deberá infor-mar a los trabajadores con los que concurra en el centro de trabajo de los riesgos que implica el desarrollo de la actividad que lleve a cabo.

Así las cosas, debemos afirmar que, por un lado, el deber de cooperación pesa sobre todas las empresas concurrentes, por lo que no se dirige en exclusiva a proteger al trabajador por cuenta propia; por otro lado, el derecho de información e instrucción, dispuesto en el art. 24.5 LPRL, únicamente encuentra como designio la protección de los trabajadores por cuenta ajena que lleven a cabo su labor en el centro de trabajo, teniendo en cuenta que, a mayor preparación en materia preventiva por parte de las empresas concurrentes, entre las que se incluye a los trabajadores autónomos, mayor garantía de seguridad para los asalariados que desarrollan su actividad en el centro de trabajo en cuestión; es decir, el trabaja-dor autónomo no es contemplado de manera aislada, sino como una pieza más del engrana-je productivo. Por tanto, la Ley, otorgando un papel relevante al dato físico del desempeño de la actividad en un centro de trabajo común, reconoce, exclusivamente, la extensión de la

normativa preventiva a autónomos ocupados en un mismo local, es decir, a un sector muy reducido del heterogéneo colectivo que forman los trabajadores independientes. Tal reflexión nos lleva a concluir que escasamente se avanza respecto de los sistemas preventivos tra-dicionales al continuar contemplándose a los autónomos en su condición de empresario<sup>30</sup> e ignorando las nuevas formas de llevar a cabo el trabajo independiente<sup>31</sup>.

En efecto, si al trabajador autónomo tra-dicional nos referimos, diremos que su exclu-sión de la normativa de salud laboral parece encontrar justificación en la libertad personal que caracteriza el trabajo por cuenta propia y que apunta a la autotutela como el mecanismo más eficaz en aras de garantizar su seguridad; resultaría, al menos, peregrino obligar al tra-bajador por cuenta propia a llevar a cabo su actividad bajo unas directrices cuyo incumpli-miento dañara al mismo, en otras palabras, sería como castigar un comportamiento del cual el propio trabajador infractor resulta a la vez víctima. La condición de este autóno-mo clásico no encaja con el esquema basado en el doble binomio trabajador-empresario/de-rechos-deberes. La doble condición que recae sobre el trabajador independiente– empleador y empleado–, la inexistencia de una relación laboral de la que emane un haz de derechos y deberes o la falta de espacio físico delimi-tado donde enmarcar las normas de preven-ción, dificultan la intervención del Estado, que únicamente encuentra justificación a su intrusión en la actividad desarrollada por los autónomos, en los mandatos constitucionales recogidos en los arts. 15, 40.2 y 43 CE, que abogan por la existencia de valores que los po-deres públicos pueden/deben proteger, incluso,

<sup>29</sup> El tratamiento de este fenómeno empresarial no resulta del todo novedoso. Hay que recordar que ya la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo se hizo cargo de esta nueva forma de organizar el trabajo y de la responsabilidad que de la misma se deriva. Así, su art. 153 señalaba que «la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y sub-contratistas del cumplimiento de las obligaciones que impone esta Ordenanza respecto a los trabajadores que aquéllos ocu-pen en los centros de trabajo de la empresa principal».

<sup>30</sup> En este sentido, APILLUELO MARTÍN, M.: «Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente», Tirant Lo Blanch, nº 171, Valencia, 2006, pág. 71.

<sup>31</sup> Tanto el TRADE como el trabajador autónomo clásico quedan abocados a lo establecido por el art. 1902 y ss Código Civil de responsabilidad contractual por daños y perjuicios con fundamento en una falta de diligencia de la empresa en alguna de sus actuaciones.

contra la voluntad del sujeto beneficiario de dicha tutela, como así ocurre con las normas de seguridad vial<sup>32</sup>.

Algunas voces han optado —siempre para supuestos en los que la actuación negligente del trabajador por cuenta propia solo pudiera afectarle a él mismo— por mecanismos indirectos a través de los cuales se obtuviera una mayor implicación por parte de estos trabajadores en la temática preventiva, y por tanto, un grado de autotutela mayor. En este sentido, se propone desarrollar cursos específicos, charlas de sensibilización, edición de guías informativas, etc., en una palabra, cualquier actividad que conciencie a un colectivo que, en la mayoría de las ocasiones, contempla la prevención de riesgos más como un gasto impuesto que como algo que les favorece, al evitar, no sólo daños para su propia salud, sino también consecuencias negativas que pudiera desencadenar la omisión de medidas preventivas<sup>33</sup>.

En cuanto a los trabajadores de nuevo cuño, por ejemplo, los autónomos económicamente dependientes, también se encuentran exceptuados de la normativa preventiva relativa a la prevención de riesgos laborales. En efecto, estos trabajadores, que no tienen por qué desarrollar su actividad en la empresa para la que desempeñan su labor, pierden, en cierta medida, el control absoluto de su propia actividad al quedar vinculados a la empresa, si bien no por una dependencia jurídica, ya que conservan cierta dosis de libertad, sino por llevar a cabo su labor en unas circunstancias que merman su poder decisonal, situándoles en una posición de especial debilidad frente al cliente principal para el que trabaja. Tal desconocimiento por parte de la Ley chirría con el tradicional designio de las normas de prevención de riesgos laborales, es decir, el amparo del trabajador débil.

<sup>32</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M., en AA.VV.: «Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo», 4ª edición, Madrid, 2002.

<sup>33</sup> LAHERA FORTEZA, J.: «Prevención de Riesgos Laborales de los autónomos tras la Ley 54/2003 y el Real Decreto 171/2004», Documentación Laboral, nº 70, 2004, pág. 104.

Avanzando en nuestra razonamientos, debemos apuntar que el posterior desarrollo del ambiguo art. 24 LPRL a través de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales<sup>34</sup>, aportó poca luz a esta cuestión, añadiendo un nuevo apartado 6, por el que se establecía la necesidad de desarrollar reglamentariamente las indicaciones que en materia de coordinación empresarial dicho precepto recogía<sup>35</sup>. Este mandato tendría respuesta inmediata al entrar en vigor, al siguiente mes, el 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. Esta norma impone a los autónomos una serie de obligaciones preventivas para el caso de concurrir con otras empresas, deberes que en ningún caso incurren de manera directa en su propio beneficio<sup>36</sup>, pretendiendo exclusivamente la seguridad laboral del centro de trabajo. Dichos mandatos varían, dependiendo del tipo de re-

<sup>34</sup> La dificultad de la aplicación práctica del art. 24 LPRL, debido a su redacción genérica y, por tanto, a su falta de concreción, llevaron al Gobierno y a los interlocutores sociales a iniciar en octubre de 2002 una Mesa de Diálogo Social en materia de Prevención de Riesgos Laborales, que posteriormente se amplió a las Comunidades Autónomas en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales. Como consecuencia de este diálogo se aprobaron una serie de propuestas referendadas por el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el 29 de enero de 2003. Fruto de estas propuestas es la aprobación de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre. AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales», RMTAS, núm. 53, pág. 268.

<sup>35</sup> Además introdujo un nuevo art. 32 bis en el que, considerando el efecto multiplicador del riesgo que tiene la concurrencia empresarial, se exige la presencia en el centro de trabajo de los correspondientes recursos preventivos con el objeto de vigilar el cumplimiento de las directrices preventivas.

<sup>36</sup> Resulta al menos incoherente la escasa atención prestada al autónomo como sujeto necesitado de protección., especialmente en un momento en el que dicho colectivo amplía sus derechos frente a la Seguridad Social mediante el RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación de incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

lación que se establezca entre los trabajadores autónomos y las empresas con las que coinciden en el mismo espacio físico. Por un lado, la norma se encarga del supuesto en el que trabajadores de varias empresas concurren en un mismo centro de trabajo. En este supuesto, en el que prevalece la concurrencia física de las empresas frente a la existencia de una relación jurídica que vincule a las mismas, vía art. 4.1 RD 171/2004, se adjudica, al trabajador por cuenta propia el deber de cooperación con el resto de las firmas con las que coincide en un mismo local. Nada dice la LPRL<sup>37</sup> acerca de los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales, por el contrario, este RD remite a lo dispuesto con carácter general en su Capítulo V, concretamente, a su art. 11, en el que no se menciona expresamente al autónomo. Aquí encontramos una lista no exhaustiva que recoge una relación de medios de coordinación, de los cuales, debido a sus características, pocos les pueden ser adjudicados a los trabajadores por cuenta propia. En conclusión, el deber impuesto por el citado RD a los trabajadores autónomos, se limitaba a la obligación de informar a las empresas con las que concurre. Como vemos, en ningún momento es sujeto de protección directa, únicamente resultaría beneficiario del contenido del precepto, en un sentido hipotético, si especulamos que al convertirse en destinatario de la información del resto de empresas, queda situado en una posición privilegiada en aras de una posible organización de un sistema productivo propio; eso sí, siempre dentro de la esfera de la autotutela.

El siguiente supuesto del que se encarga el RD 171/2004, parte de la existencia de una empresa que es titular del centro de trabajo<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> La LPRL únicamente propone en su art. 39.3 la posibilidad de «acordar la realización de reuniones conjuntas de los Comités de Seguridad y Salud y, en su defecto, de los delegados de prevención y empresarios de las empresas que carezcan de dichos Comités, u otras medidas de acción coordinadas».

<sup>38</sup> El art. 24 LPRL nada dice respecto de a quién corresponde dicho estatus, lo cual dio lugar a distintas posturas doctrinales. El Real Decreto puso fin a esta situación al definir en su art. 2 al empresario titular del centro de trabajo como «la

Sobre esta recaerá una mayor responsabilidad respecto del resto de las compañías concurrentes. El relevante papel preventivo que la misma asume, debido a su poder de disposición, en cuanto al centro de trabajo se refiere, la sitúa en una posición de prevalencia respecto del resto de las empresas concurrentes, adjudicándole obligaciones de mayor intensidad que las asumidas por el resto de empresarios, recogidas en los arts. 7 y 8 del RD. Se trata de deberes formativos e informativos dirigidos a instruir a las otras empresas en prevención de riesgos laborales. El titular del centro queda liberado de toda responsabilidad siempre que la información y formación aportadas sean adecuadas, no resultando responsable de los incumplimientos de las restantes empresas, que, aun conociendo el modo óptimo de actuación, por la correcta formación impartida por el titular del centro, procedan de manera inapropiada.

Como vemos, a pesar de que la existencia de un sujeto dotado de una mayor responsabilidad podría parecer indicativo de una protección superior del trabajador autónomo, éste se mantiene en situación similar a la analizada en el anterior supuesto –concurrencia de varios trabajadores en un mismo centro de trabajo–, mostrándose únicamente sujeto adjudicatario de responsabilidades, como la que se infiere del art. 8.1 RD 171/2004, es decir, la de informar a la empresa titular y a las demás empresas concurrentes. Por último, el Capítulo IV se encarga de un tercer supuesto en el que concurren trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo en el que existe un empresario principal<sup>39</sup>. Para incurrir en esta hipótesis, el RD exige tres requisitos: por una parte, la existencia de una relación contractual, civil o mercantil, con terceros, contratis-

persona que tiene capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo».

<sup>39</sup> El art. 24 LPRL no habla de empresario principal, sino que emplea la definición que del mismo ofrece el art. 2 del RD, es decir, el empresario 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.

tas o subcontratistas –aunque se trate de autónomos–; por otra, que el objeto del contrato se corresponda a la propia actividad del empresario que contrata o subcontrata; por último, que estas actividades se desarrollen en el propio centro de trabajo de dicho empleador. En este caso, el art. 10 RD 171/2004 intensifica las obligaciones del empresario principal, sobre el que recaerán, no sólo los deberes de cooperación, información e instrucción, tratados en los supuestos anteriores, sino también la obligación de vigilar el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad laboral por los contratistas o subcontratistas. A diferencia de lo que pudiera parecer, teniendo en cuenta el designio del precepto, que no es otro que desterrar la inseguridad jurídica que hasta el momento se había instalado en torno a esta modalidad de organización del trabajo, el refuerzo de los deberes de seguridad de la empresa que contrata o subcontrata en relación con los trabajadores del contratistas<sup>40</sup> no repercutió en el colectivo de autónomos, que continuaba en la misma situación de desamparo. En fin, el RD 171/2004, tan esperado como decepcionante en lo que a la protección del colectivo se refiere, no aportó nada nuevo, es más, desoía las directrices marcadas por la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2002-2006) que abogaba por el establecimiento de medidas como «la inclusión de las problemáticas específicas relacionadas con las PYMES, las microempresas y los trabajadores autónomos». Precisamente, tendremos que esperar casi una década para que se tengan en cuenta las necesidades de la pequeña y mediana empresa en materia preventiva; en particular, será la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización<sup>41</sup>, la que a partir de su art. 39 venga a modificar el art. 30.5 de la LPRL, reflejando la posibilidad de que el em-

presario asuma directamente la prevención en empresas de hasta 25 trabajadores –antes quedaba limitada tal posibilidad a empresas con hasta 10 trabajadores–, siempre que tenga un único centro de trabajo. Este precepto también incorpora a la Ley 31/1995 la «Disposición adicional decimoséptima», mediante la que se insta al extinto Ministerio de Empleo y Seguridad Social, así como al anterior Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar a asesorar y facilitar, al pequeño empresario la organización de las actividades preventivas.

### 3.3.3. *Normativa en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de las obras de construcción*

En el ámbito comunitario pronto se percatarían de la necesidad de otorgar un especial tratamiento al sector de la construcción. El alto índice de siniestralidad que en dicho sector de la actividad económica se daba, exigía garantizar un mayor nivel de seguridad y salud a aquellos que en él vinieran desarrollando su trabajo; efectivamente, la peligrosidad inherente a la propia actividad y el plus de riesgo que aportaba la concurrencia empresarial típica de este sector, hacían inevitable la concesión de un tratamiento normativo específico. Por ello, la Directiva 92/57/CEE, de 24 de junio, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud para las obras de construcción, fijó las directrices que debían desarrollar los Estados miembros. En lo que al trabajador autónomo concierne, cabe añadir que la Directiva también revelaba –como posteriormente dispusiera la Recomendación del Consejo de 18 de febrero de 2003– la elevada presencia de este tipo de trabajadores en las obras de construcción; además, incluía una exigua definición del mismo en su art. 2 d): «cualquier persona distinta de las mencionadas en las letras a) y b) del artículo 3 de la Directiva 89/CEE cuya actividad profesional contribuya a la ejecución de la obra».

La norma que llevó a cabo la transposición de la Directiva citada fue el RD 1627/1997, de

<sup>40</sup> SEMPERE NAVARRO, A., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M., CARDENAL CARRO, M.: «Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo», Ed. Civitas, 3ª Edición, Madrid, 2001.

<sup>41</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización (BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013).

24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción<sup>42</sup>. Esta disposición, de gran relevancia por lo que a avance normativo supone, implicó, en primer lugar, el tratamiento pionero en nuestro ordenamiento jurídico de uno de los fenómenos que con mayor pujanza venía afectando a los modos de organización del trabajo, es decir, la descentralización productiva; en segundo lugar, supuso el intento por alcanzar, al menos aparentemente, la efectiva integración de los autónomos en el sistema preventivo. Si bien es cierto que no otorgó al colectivo protección idéntica a la correspondiente a los asalariados, sí acercó su posición a la de éstos, reconociendo en su Exposición de Motivos la habitual participación de este tipo de trabajadores en las obras.

El RD, en su art. 2 se ocupa de definir aquellos sujetos que, como bien indica, no son habituales en otros ámbitos que han sido regulados con anterioridad; así, junto a los términos promotor, proyectista, contratista o subcontratista, se encarga de señalar qué entiende por trabajador autónomo<sup>43</sup>. A renglón seguido, el legislador excluye del tratamiento recibido por los trabajadores autónomos, a aquellos que empleen en la obra a trabajado-

res por cuenta ajena, que pasan a recibir la condición de contratistas o subcontratistas, es decir, de empresarios, a los efectos del RD. A diferencia de lo que ocurría en la normas preventivas analizadas hasta el momento, que sólo contemplaban al trabajador independiente en su faceta empresarial, vemos cómo esta norma considera al mismo bajo un doble prisma, por un lado, como un trabajador y, por otro, como un empresario, dotando a cada una de estas condiciones de un régimen distinto.

En base a esto procederemos a examinar el tratamiento que los trabajadores autónomos reciben, dependiendo de la faceta que desarrollen. Podemos decir que, en aplicación de la disposición final primera del Estatuto de los Trabajadores, el RD 1627/1997 pretende asimilar la posición del trabajador por cuenta propia a la del trabajador asalariado. La intención de amparar al autónomo, considerándolo sujeto necesitado de protección, se hace patente en el hecho de que el mismo, no sólo es contemplado como tal al entablar relaciones profesionales con un contratista o subcontratista, sino que, para el caso en que el vínculo se establezca directamente con el promotor, a tenor del art. 2.3 RD, éste será considerado contratista, evitando, en el supuesto en cuestión, que el autónomo adquiera dicha condición<sup>44</sup>, que, por un lado, le adjudicaría las obligaciones propias de aquél, por ejemplo, llevar a cabo un Plan de Seguridad (art. 7.1) y, por otro, le aportaría el amparo que a los trabajadores concede la norma.

En su condición de trabajador, el autónomo se verá constreñido por los deberes dispuestos en el art. 12 RD— «Obligaciones de los trabajadores autónomos»— que invoca a aquellos recogidos por la LPRL respecto de los asalariados. Así, este precepto aboga por la aplicación de los principios de la acción preventiva, por el

<sup>42</sup> Encuentra su precedente en el RD 55/1986, de 21 de febrero, por el que se implanta la obligatoriedad de la inclusión de un estudio de seguridad e higiene en el trabajo en los proyectos de edificación y obras públicas. El RD 1627/1997, de 24 de octubre, fue complementado por: La Resolución de 8 de abril de 1999, sobre Delegación de Facultades en Materia de Seguridad y Salud en las Obras de Construcción, que complementa el art. 18 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre de 1997. Modificado por: El Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre.

<sup>43</sup> Art. 2.1 h) RD 1627/1997:

Trabajador autónomo:

«La persona física distinta del contratista y del subcontratista, que realiza de forma personal profesional, sin sujeción a un contrato de trabajo, y que asume contractualmente ante el promotor, el contratista o el subcontratista el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra».

Se trata de una definición bastante tradicional que guarda significativas similitudes con la recogida en el art. 2.1 d) del RD 2530/1970, de 20 de agosto.

<sup>44</sup> Excepto, como señala el art. 2.3 RD 1627/1997, cuando «la actividad contratada se refiera exclusivamente a la noción en el sector de la construcción serán los establecidos en Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, y construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto a su vivienda».

uso adecuado de los equipos de trabajo, de los equipos de protección personal, de los dispositivos de seguridad, por informar sobre situaciones de riesgo, así como, por contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente. Además, por lo dispuesto en el art. 11.1 d) del RD 1627/1997, los autónomos gozarán del derecho a ser formados e instruidos en materia preventiva por parte del contratista o subcontratista al que permanezcan ligados, debiendo responder con una actuación adecuada en base a las directrices marcadas por las instrucciones dictadas por aquellos. Parece que en este precepto se vislumbra un avance si se considera que las instrucciones previstas están orientadas a proteger la salud del propio trabajador por cuenta propia.

Este progreso se ve reforzado si tenemos en cuenta que el deber por parte del trabajador por cuenta propia de cumplir con las instrucciones recibidas, se verá mitigado por el art. 11.2 del RD 1627/1997, en el que se indica que «los contratistas y los subcontratistas serán responsables de la ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad y salud en lo relativo a las obligaciones que les correspondan a ellos directamente o, en su caso, a los trabajadores autónomos por ellos contratados». Como vemos, esta normativa se muestra más protectora que la analizada anteriormente, es decir, el Real Decreto 171/2004, que excluía al colectivo de autónomos del deber de vigilancia encomendado al empresario principal únicamente respecto de los trabajadores asalariados; como vemos se produce lo que se puede calificar como retroceso normativo.

Todas estas consideraciones no serán de aplicación al autónomo con trabajadores a su servicio, es decir, aquél que el art. 2.1 j) considera contratista o subcontratista. La condición de trabajador se transmuta en la de empresario, con las consecuencias que de tal cambio se derivan; ya no se le imputan los deberes propios de los trabajadores, en anteriores líneas citados, sino que se le asignan deberes

de obligado cumplimiento para la totalidad de empresarios concurrentes en la obra, recogidos en el art. 11 RD— «Obligaciones de los contratistas y subcontratistas»—; entre tales obligaciones, la aplicación de los principios de acción preventiva recogidos en el art. 15 LPRL e invocados por el art. 12.1 a) RD, el cumplimiento de los principios generales aplicables durante la ejecución de la obra, es decir, tareas concretas recogidas en el art. 10 RD, la observancia de los deberes de coordinación a los que alude el art. 24 LPRL o la elección de medidas adecuadas relativas a los equipos de protección individual, previstas en el Real Decreto 773/1997. En aras del cumplimiento de estos deberes, el RD destinado a las obras de construcción creó la figura del coordinador en materia de seguridad y salud, que es designado por el promotor. Asimismo, el art. 13 del RD 1627/1997, permite el acceso del autónomo al libro de incidencia, documento custodiado por el coordinador de la obra, con fines de control y seguimiento del plan de seguridad y salud. Como vemos, el trabajador autónomo en condición de empresario, no resulta adjudicatario de obligaciones encaminadas a su propio amparo, que vuelve a quedar condicionado a la autotutela, siendo el designio de estos deberes la consecución de un lugar de trabajo adecuado en donde los empleados lleven a cabo su actividad con garantías de seguridad.

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación<sup>45,46</sup>, pretendió dar respuesta a la problemática existente en esta modalidad de organización productiva que, si bien es cierto, en muchos casos permite un mayor grado de especialización, de cualificación de los trabajadores y de inversión de nuevas

<sup>45</sup> Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006).

<sup>46</sup> Ha sido desarrollada por el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto. Los principales aspectos en los que la Ley 32/2006, de 18 de octubre requería reglamento eran: el registro de empresas acreditadas, el libro de subcontratación, las reglas de cómputo de porcentajes de trabajadores indefinidos marcados en la Ley y la simplificación documental de las obligaciones establecidas por las obras de construcción en el ordenamiento jurídico.

tecnologías, en otros daba lugar a un encadenamiento excesivo de subcontrataciones que, especialmente en el sector de la construcción, facilita la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a responsabilidades preventivas<sup>47</sup>. Era un hecho incontestable la existencia de un sector como el de la construcción que, constituyendo uno de los ejes del crecimiento económico de nuestro país, permanecía sometido a unos riesgos especiales, registrando una siniestralidad laboral muy notoria por sus cifras y gravedad. Por todo ello, el fin que la nueva norma perseguía era la reducción de la alta siniestralidad en las obras de construcción, en un intento por obtener una mayor transparencia a partir de una serie de medidas preventivas entre las que destacaban nuevas obligaciones documentales y de registro; en una palabra, esta Ley tenía como principal designio el impedir que dicha realidad organizativa pudiera desarrollarse en detrimento de la seguridad y salud en el trabajo. A lo que al trabajador autónomo atañe, la Ley reguladora de la subcontratación le define en los mismos términos que el RD 1627/1997 y en línea con el por entonces proyectado Estatuto del Trabajador Autónomo, es decir, distinguiendo entre autónomo con o sin empleados. En su art. 4.1 c) exige a los trabajadores por cuenta propia que ejecuten el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de la organización y dirección de la empresa que le haya contratado, prevaleciendo la nota de independencia en contraste obligado con la subordinación del trabajador asalariado<sup>48</sup> y eludiendo, en todo momento, mención alguna a la posible dependencia económica propia del nuevo modelo de trabajo en régimen de autonomía. Más novedosa y polémica resultó la prohibición recogida en el art. 5.2 e) Ley 32/2006 que impedía al colectivo de los tra-

bajadores autónomos la subcontratación de los trabajos a él encomendados. La controversia se suscitó ya en los albores de la norma, siendo numerosas las voces que consideraron ésta contraria al art. 38 CE, que consagra la libertad de empresa<sup>49</sup>. En este punto debemos plantearnos si las alegaciones trazadas tanto desde el plano político como desde el seno de asociaciones de trabajadores autónomos gozan de fundamento; en otras palabras, si resulta cierta la inconstitucionalidad que de tal restricción proclama. La libertad de empresa se presenta como un derecho constitucional, aunque sin acceso al recurso de amparo y a la reserva de ley orgánica –prerrogativas dirigidas únicamente a los «derechos fundamentales y de las libertades públicas»–. Debemos empezar haciendo costar que los derechos fundamentales no son derechos absolutos. Esta realidad emana de la propia Constitución, que establece límites a los mismos, por ejemplo, su art. 10.1 del que se infiere que el ejercicio de los derechos fundamentales encuentra su techo en los derechos de los demás o el art. 21.2 respecto del orden público en relación con el derecho de manifestación. Por otra parte, será posible el establecimiento de límites implícitos –no previstos expresamente en la Constitución–, siempre y cuando vengán justificados por la necesidad de preservar a otros derechos constitucionales, y a otros bienes o valores constitucionalmente protegidos. El alcance

<sup>47</sup> Vid., GARCÍA BLASCO, J., SEMPERE NAVARRO, A.: «Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre», Aranzadi Thomson, 2007.

<sup>48</sup> MERCADER UGUINA, J. y NIETO ROJAS, P.: «La Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», Relaciones Laborales, núm. 4, 2007, pág. 71.

<sup>49</sup> Desde el inicio de su andadura, es decir, desde que el Grupo Parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds presentara en el Congreso de los Diputados su proposición de Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, en abril de 2004, la norma tuvo que hacer frente a diferentes impedimentos a lo largo de su tramitación. La enmienda que en mayor medida afectó a los trabajadores por cuenta propia, procedió del Grupo Popular que, contando con el apoyo de diferentes asociaciones de trabajadores autónomos, enmendó la proposición a su paso por el Senado con el propósito de suprimir el artículo que impedía a estos subcontratar los trabajos a ellos encomendados, considerándolo inconstitucional al entender que la contratación y subcontratación de obras y servicios es una expresión de la libertad de empresa que reconoce la Constitución en su art. 38. A pesar de la eliminación del apartado referido a los autónomos por parte de esta Cámara, sería de nuevo introducido en el texto definitivo aprobado por el Congreso.

de estas limitaciones, por supuesto, tiene que ser controlado. El Tribunal Constitucional ha señalado que estas restricciones deben ser interpretadas con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la esencia de los derechos, por lo que el legislador no podrá limitar a su antojo; así pues, el Alto Tribunal estableció un criterio para controlar el alcance de estas restricciones: toda intervención limitadora de un derecho fundamental (aparte del fundamento mediano o inmediato del Texto Constitucional) deberá ser adecuada, necesaria y proporcional. Pues bien, en este contexto es en el que debemos enmarcar la controversia surgida a partir de la Ley 32/2006 y, en concreto, de su art. 5.2 e). Teniendo en cuenta que dicho precepto restringe el ejercicio de la libertad de empresa, en aras de un mayor nivel de seguridad en el trabajo, diremos que de un análisis preciso de la medida inferimos la idoneidad de la misma; en primer lugar, en base al contenido del art. 5.3 LS, hay que apuntar que se trata de un límite relativo, que<sup>50</sup> deja un margen a diferentes situaciones en las que si se permitirá la contratación de tercero en un tercer nivel de subcontratación —llama la atención que el autónomo, hasta en este apartado extensivo ocupe un lugar marginal—; en segundo lugar, se trata de una medida proporcionada si tenemos en cuenta que a partir de ella se pretendía reducir el alto índice de siniestralidad del sector; en tercer lugar, está justificado por los datos obtenidos en años anteriores en los que la permisividad indiscriminada de la subcontratación no hizo sino propiciar situaciones de riesgo generadoras de múltiples accidentes laborales<sup>51</sup>. Por consiguiente, destacar otro aspecto de la norma, que supone un avance en lo que a la seguridad del trabajador autónomo respecta, en contraposición con lo aportado

por el RD 171/2004; en efecto, a partir de su art. 7, el contratista y subcontratista quedan constreñidos a vigilar el cumplimiento de lo establecido en la Ley 32/2006, por parte de los autónomos con los que contraten.

Llegados a este punto, se debe agregar que debido a lo previsto en esta norma, en particular, en su art. 10.3<sup>52</sup>, se autorizaba a la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal para regular la forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador sobre prevención de riesgos laborales en el sector de construcción; así el Convenio General del Sector de la Construcción 2007/2011, encomendó a la Fundación Laboral de la Construcción el desarrollo y emisión de la Tarjeta Profesional de la Construcción, a través de la cual quedaría acreditado la formación recibida por el trabajador en esta materia, sino también su categoría profesional así como sus períodos de ocupación en las distintas empresas en las que hubiera ejercido su actividad. Esta norma convencional, en particular su disposición transitoria 4<sup>a</sup>, preveía la obligatoriedad de la misma a partir 31 de diciembre de 2011; dicha exigencia generó numerosas controversias las cuales derivaron en el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de octubre de 2011, por la que se procedió a su anulación<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Con similar contenido, el art. 10 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (BOE núm. 204, de 25/08/2007).

<sup>53</sup> Los argumentos esgrimidos por el TS para dicha anulación fueron los siguientes: en primer lugar, es nulo ese precepto porque supone una limitación del derecho al trabajo, la que tendría que ser establecida por la ley en virtud de la reserva que consagra el artículo 53.1 de la Constitución, y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, no contiene tal restricción, pues se limita a regular una forma de acreditación de la formación específica; en segundo lugar, el efecto que se produciría como consecuencia de una norma como la contenida en la disposición transitoria cuarta sería el de una reserva de empleo, que, aparte de exigirse una ley para su establecimiento (artículo 17.2 del Estatuto de los Trabajadores), llevaría al absurdo de hacer imposible la contratación de quienes no han sido previamente trabajadores del sector de la construcción; en tercer lugar, es clara la falta de competencia del convenio colectivo para introducir esta regulación que afecta, no a la mera acreditación de una formación

<sup>50</sup> STC 1 59/1986, de 12 de diciembre (RTC 1 986\159); STC 2 0/1990, de 1 5 de febrero (RTC 199 0\20); STC 301/2006, 23 de octubre (RTC 2006\301).

<sup>51</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en *La subcontratación en el sector de la construcción análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, coord. por Juan GARCÍA BLASCO, Ángel Luis DE VAL TENA, Ed. Aranzadi, 2007.

En consonancia con todo lo citado, y siguiendo la línea de las modificaciones llevadas a cabo, el V Convenio colectivo del sector reguló la Tarjeta profesional del sector de la construcción como una manera de acreditar por el trabajador la formación en materia de prevención de riesgos laborales, la cual sí es obligatoria; en el mismo sentido se reafirma el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción<sup>54</sup>. Esta obligatoriedad en cuanto a la formación en prevención de riesgos laborales resulta acertada e, incluso, idónea su extensión tanto a otras actividades económicas como ha ocurrido recientemente en el sector del metal<sup>55</sup>, como, en general, para cualquier actividad realizada en régimen de autonomía.

### 3.3.4. *Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto del Trabajo Autónomo*

La LETA apenas aporta novedad en esta materia, es más, pierde la oportunidad de llevar a cabo una regulación profunda, especialmente considerada si del TRADE hablamos; precisamente, sólo tomando a éste como referencia, podríamos entender una completa normativa preventiva. No podemos obviar que solo ante tal figura podríamos superar una de las principales trabas existentes en cuanto a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos, esto es, la falta de contraparte; es evidente que este óbice quedaría superado en el caso del autónomo económicamente dependiente con la figura del cliente

laboral, sino a la creación en la práctica de un título habilitante de la contratación, lo que no es materia propiamente laboral a efectos del artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>54</sup> Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE núm. 232,26 de septiembre).

<sup>55</sup> A través del II Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal (CEM) (BOE núm. 145, de 19 de junio 2017), se dispone que todos los trabajadores del sector reciban una formación mínima obligatoria en prevención de riesgos laborales; de manera similar, exige tal formación el V Convenio Colectivo General de Ferralla (2015-2017) (BOE núm. 285, de 25 de noviembre de 2016).

principal. Si bien la LETA es la primera norma que, de algún modo, intenta poner en práctica las iniciativas planteadas por la, no vinculante, Recomendación del Consejo, de 18 de febrero de 2003, lo hace de modo superficial, no planteando medidas realmente novedosas. Su aportación, nada ambiciosa, se limita a, por un lado, recordar la normativa existente en materia de prevención de riesgos laborales; por otro, a fortalecer el papel de las Administraciones Públicas en dicha materia<sup>56</sup>. Lo más desafortunado de esta regulación es que, en mayor medida, continúa contemplando al trabajador autónomo como sujeto generador de riesgos para otros trabajadores y no como posible víctima directa de la materialización de aquellos. En el art. 8 LETA se sigue la línea marcada por nuestra LPRL, de casi sólo preocuparse del autónomo en situaciones de pluralidad empresarial, sin implementar finalmente en nuestro ordenamiento jurídico un deber de este de evaluar, planificar y gestionar los riesgos vinculados a su actividad profesional.

Por lo que se refiere al contenido específico del art. 8 LETA, en el apartado primero se recuerda a los poderes públicos que deben actuar como sujetos activos en la lucha contra los altos índices de siniestralidad laboral que vienen afectando a este colectivo. Los primeros mandatos que la Ley impone a estos son la promoción, el asesoramiento técnico, así como la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa preventiva por parte de los trabajadores independientes. Habría que decir también que la LETA muestra especial interés por el tema de la formación en prevención, al dedicarle, de manera específica su segundo apar-

<sup>56</sup> Otorgar a aquellos el referido papel no es una cuestión del todo novedosa; el Texto Constitucional ya se hacía cargo de la necesidad de que los poderes públicos «velaran por la seguridad e higiene en el trabajo», imponiéndoles el compromiso de desplegar una actividad tendente a mantener la protección del ámbito laboral y a instrumentar los medios de trabajo necesarios para una eficaz tutela de los trabajadores, con independencia de que éstos fueran asalariados o por cuenta propia. Además, tal imposición fue posteriormente abordada por la LPRL, concretamente, por dos de sus preceptos, el art. 5 y el art. 7.

tado. Para profundizar en lo aquí dispuesto, remitimos al apartado quinto del presente estudio donde se analiza el papel activo de las Administraciones Públicas en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores por cuenta propia.

En lo referente al apartado tercero del art. 8, el legislador impone a todos los sujetos que comparten centro de trabajo, los deberes de cooperación, información e instrucción, estos es, lo establecido en los apartados 1 y 2 del art. 24 de la LPRL. La norma no se detiene a aclarar el contenido de estas obligaciones ya que entiende que éstas ya han sido abordadas de manera detallada por el RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la LPRL, lo cual es cierto ya que la norma reglamentaria, desde sus artículos 4 y 9 clarifica tales nociones. Como puso de manifiesto parte de la doctrina, teniendo en cuenta que los trabajadores autónomos tienen tanto el deber de informar como el derecho a ser informados respecto de los asuntos que atañen a esta materia, en aras de evitar que tal información caiga en saco roto, hubiera resultado acertado que la LETA hubiera requerido a los autónomos, en base a la información recibida, así como a los datos por ellos mismos facilitados, la realización de una evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva. En consecuencia, la Ley 20/2007, ignorando tal mandato, está colaborando para que los deberes proclamados en el apartado tercero resulten en la práctica vacíos de contenido.

El apartado 4 del art. 8 de la LETA demanda a las empresas que contraten con trabajadores autónomos la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de aquéllos. Observamos como su redacción resulta de contenido similar a la del art. 24.3 de la LPRL; sin embargo, si bien es cierto que el legislador se resigna a reproducir prácticamente el citado precepto, permutando

contratistas y subcontratistas por trabajadores autónomos, también resulta innegable que el contenido de este apartado constituye una de las mayores aportaciones de la LETA respecto de esta materia. Hasta el momento, únicamente, en una norma sectorial, como es el RD 1627/1997, de 24 de octubre, relativa a las obras de construcción, se contemplaba este deber de vigilancia. Como vemos, la LETA avanza en este aspecto, por un lado, al recoger tal responsabilidad en una norma destinada a regular todo tipo de actividades desarrolladas en régimen de autonomía— no en exclusiva al sector de la construcción—; por otro, por dirigir dicha vigilancia al colectivo de trabajadores autónomos en su totalidad, no únicamente a los trabajadores por cuenta propia sin empleados a su servicio, como hace el citado RD.

El apartado 5 del art. 8 dispone que cuando los trabajadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecuta su actividad profesional, pero no realicen esa actividad en el centro de trabajo de tal empresa, ésta asumirá las obligaciones establecidas en el último párrafo del art. 41.1 LPRL, es decir, aquellas referidas a los deberes impuestos a los fabricantes, importadores y suministradores; entre estas obligaciones destaca el deber de proporcionar a los empresarios la información necesaria para la correcta utilización y manipulación de los utensilios anteriormente mencionados y que posteriormente deberán trasladar a sus trabajadores. Es necesario subrayar que nos encontramos ante un apartado de redacción confusa y compleja interpretación. Es evidente que si ponemos lo aquí dispuesto en conexión con el concepto que de trabajador autónomo recoge el art. 1 LETA, apreciaremos la incoherencia en la que el legislador incurre; si tenemos en cuenta que uno de los principales rasgos distintivos del trabajador independiente es la realización de su actividad por cuenta propia, no cabe duda que dicha característica resulta difícil de casar con la circunstancia aquí descrita, esto es, es el empresario facilitador los medios materiales de trabajo. Por otro

lado, en un intento por salvar dicha incongruencia, pudiéramos pensar que el artífice de la norma tenía en mente al trabajador autónomo económicamente dependiente y a su cliente principal, lo cual no resultaría acertado si consideramos que uno de los rasgos que define al TRADE (art. 11.2) es la disposición por parte de éste de una infraestructura productiva y material propia, independiente de la de su cliente principal. Tras estas conclusiones infructuosas, venidas del sentido literal de la letra de la norma, consideramos más acertado dirigir nuestra atención al mercado de trabajo actual, en el cual, probablemente, el legislador focalizaba su interés. En este sentido, consideramos que lo recogido en este apartado quizás se dirigía a aquel trabajador por cuenta propia, cuya autonomía se ve reducida al someterse a una evidente dependencia en cuanto a la organización de su trabajo y a los medios con los que lo desempeña; en otras palabras, nos referimos a las nuevas modalidades de trabajo independiente cuyas características distintivas no resultan de sencillas identificación y que cuestionan la tradicional dicotomía trabajo asalariado-trabajo autónomo. Es probable que la intención de legislador fuera loable; de hecho, es una de las escasas veces que el autónomo es contemplado como un sujeto a proteger y no generador de riesgos. No obstante, no podemos obviar el riesgo que supone aceptar figuras tan próximas al asalariado, sobre todo ahora en el que la proliferación del falso autónomo es un hecho<sup>57</sup>.

El apartado sexto del art. 8 LETA determina las consecuencias del incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones establecidas en los tres apartados anteriores; así, la norma señala que para el caso en el que se produzcan estas inobservancias, las empresas infractoras asumirán las obligaciones indem-

nizatorias de los daños y perjuicios ocasionados. Si bien el legislador requiere la existencia de una relación causal directa entre tales infracciones y los perjuicios y daños causados, para la materialización de dicha responsabilidad no exige que el trabajador autónomo se haya acogido a las prestaciones por contingencias profesionales, remarcando así el carácter independiente de la compensación.

El apartado séptimo del art.8 LETA recoge la novedad más destacable de las aportadas por la LETA en materia de prevención de riesgos laborales. Esta norma reconoce al autónomo el conocido como *ius resistentiae* o *ius resistendi* (derecho de resistencia), cuyo ejercicio permite al trabajador paralizar la actividad que viniera desarrollando, incluso a abandonar el centro de trabajo, en caso de un riesgo grave e inminente, cuando el empresario no adopte o no permita la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores. Se trata del único punto de este art. 8 en el que el trabajador por cuenta propia se presenta como posible víctima de la materialización de aquéllos; no se trata de un derecho absoluto, por lo que su ejercicio debe estar siempre presidido por el principio de buena fe en la apreciación de un riesgo grave e inminente para su vida o salud.

El art. 8 LETA finaliza con una cláusula recordatoria, en la que se contempla de manera explícita la faceta empresarial del trabajador autónomo. Así, determina que las disposiciones previstas en este precepto se aplicarán, sin perjuicio de las obligaciones legalmente establecidas para los trabajadores por cuenta propia con asalariados a su cargo, en su condición de empresarios.

Para concluir el análisis de la regulación que en materia de prevención de riesgos recoge el Estatuto del Trabajo Autónomo, simplemente apuntar que su Disposición adicional duodécima, prevé que las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos y las organizaciones sindicales más representativas podrán realizar programas permanentes de información y formación correspondientes

<sup>57</sup> En sentido similar, APARICIO TOVAR, J.: «Los sujetos obligados a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable, en especial referencia a la cooperación entre empresarios», en TERRADILLOS BASOCO, J. M. y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord), Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral: (I Jornadas Universitarias Jurídicas), ed. Conserjería de Empleo, Junta de Andalucía.

a dicho colectivo, promovidos por las Administraciones Públicas competentes en materia de prevención de riesgos laborales y de reparación de las consecuencias de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; en el próximo apartado, el contenido de dicha disposición será abordado con mayor detenimiento al constituir una de las escasas cuestiones que en materia preventiva toma en consideración la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo<sup>58</sup>.

#### 4. LEY 6/2017, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMAS URGENTES DEL TRABAJO AUTÓNOMO

##### 4.1. Consideraciones previas

La Ley 6/2017 continua la senda de otras que al igual que ella intentaron mejorar las condiciones laborales de los trabajadores autónomos, con posterioridad a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. Las medidas recogidas en su articulado, en cuanto a su ámbito subjetivo, se separan entre aquellas dirigidas al colectivo en su totalidad, de las orientadas a proteger a grupos específicos dentro del conjunto de los trabajadores autónomos. En cuanto a su momento de aplicación la norma también prevé dos grupos: aquellas iniciativas de aplicación inmediata y otras cuya puesta en marcha se posponía hasta el 1 de enero de 2018 y que, a día de hoy, ya están siendo aplicadas. Respecto al contenido de las medidas por ella adoptadas, si bien su mayor parte gira en torno a la Seguridad Social, también están dirigidas a tratar otros temas de interés; en particular, en cuanto a la materia preventiva, la norma, como ya hiciera la propia Ley 20/2007, desaprovecha la ocasión de abordar este asunto el cual, si bien de difícil regulación, en este momento, requiere de un análisis y posterior tratamiento en mayor profundidad. La nueva norma, por un lado,

como muestra de acercamiento a la protección otorgada a los trabajadores asalariados, incluye como accidente de trabajo aquel sufrido por el trabajador autónomo al ir o volver de trabajar; por otro lado, como ya fuera previsto en la LETA, da voz pero sin votos a las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos intersectoriales y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en los grupos creados para abordar cuestiones relativas a la seguridad y salud de los autónomos por parte de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

##### 4.2. El accidente *in itinere*

###### 4.2.1. Regulación de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos

A pesar de que la desigualdad entre Regímenes ha sido una constante cuasi inamovible hasta nuestros días, a partir del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social de 2001<sup>59</sup>, los autónomos comenzaron a apreciar cómo el duro camino por el que habían transitado en materia de protección social, comenzaba a situarles en una posición cada vez más ventajosa y cercana a la de los trabajadores integrados en el Régimen General<sup>60</sup>. Este texto, concretamente en su apartado VII, bajo la rúbrica «Convergencia de Regímenes Especiales», se encargó de desarrollar lo establecido en los acuerdos precedentes –Pacto de Toledo, y el Acuerdo de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social–, defendiendo por un lado, la convergencia de los regímenes que concentraban a los trabajadores autónomos, y por otro, la mejora de su

<sup>59</sup> Acuerdo firmado entre CCOO, CEOE, CEPYME y el Gobierno el 9 de abril de 2001.

<sup>60</sup> Sobre este asunto PIÑEYRO DE LA FUENTE, A. J.: «La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta propia como posible origen de desajustes», Relaciones Laborales, nº 7/8, 2000, pág. 188 y ss.

<sup>58</sup> Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (BOE núm. 257, de 25 de octubre de 2017).

acción protectora. En una palabra, lo que se planteaba era la aplicación conjunta de los principios de homogeneidad e integración en relación con dicho colectivo, pretendiendo plasmar de modo práctico dichos fundamentos, referidos en numerosas ocasiones en textos precedentes, alcanzando una mejora efectiva y una aproximación entre Regímenes veraz. A partir de este Acuerdo se inició un período de reformas, que aunque venían a satisfacer en buena parte las necesidades de los trabajadores autónomos, continuaban sin asignarles la protección de la que ya gozaban los componentes del Régimen General en su integridad. Una de las más importantes reivindicaciones del colectivo era la referida a las contingencias profesionales, prestación de la cual el trabajador autónomo permanecía desprovisto desde el Decreto 2530/1970. Muchos eran los motivos a los que el Estado se aferraba para negar tal protección a un colectivo que, por sus simples rasgos, hacía de esta cobertura algo implantable por la dificultad de control y verificación de los accidentes de trabajo que los mismos pudieran padecer. La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y de Orden Social, añadió la disposición adicional 34<sup>a</sup> en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en la que se reconoció al trabajador autónomo la posibilidad de incluirse en el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Esta protección tenía carácter voluntario, tornándose únicamente como obligatoria para aquellos que realizasen actividades consideradas peligrosas<sup>61</sup>. No obstante, tal voluntariedad quedaba constreñida al exigirse para su disfrute el acceso previo a la protección de la incapacidad temporal. Habría que decir también que polémico resultó el restrictivo concepto que de accidentes de trabajo

formulaba dicha disposición<sup>62</sup>, el cual únicamente reconocía como laboral aquél sufrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que se lleve a cabo, y que apartaba de tal tutela al denominado accidente *in itinere*.

Posteriormente, de acuerdo con lo determinado en dicha disposición adicional, se procedió, mediante el Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre al oportuno desarrollo reglamentario; resulta destacable como quedó excluido expresamente el recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo previsto de antiguo para el Régimen General.

Años después, con la entrada en vigor de la LETA, mediante su disposición adicional 3<sup>a</sup>, se obligó a todos los trabajadores afiliados al RETA a incorporar a su cobertura la prestación por incapacidad temporal. Cosa contraria sucedió respecto de la protección por contingencias profesionales, que, en base a la misma disposición, únicamente resultaba imperativa para los autónomos dependientes y para aquellos trabajadores por cuenta propia que desarrollan actividades profesionales que presentan un mayor riesgo de siniestralidad. La norma incorpora a su articulado –Art. 26.3<sup>63</sup>– un concepto específico de accidente de trabajo

<sup>62</sup> Se entenderá como accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de dicho Régimen Especial. (Disposición Adicionales 34<sup>a</sup> LGSS).

<sup>63</sup> Art. 26.3 LETA: Los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. A los efectos de esta cobertura, se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate.

<sup>61</sup> Esto resulta un avance destacado si tenemos en cuenta que hasta el momento no se diferenciaba entre contingencias comunes y profesionales; quizá es precisamente por esto, es decir, por la tardía incorporación de las contingencias profesionales, lo que propició la inexistencia de una cultura preventiva en el colectivo.

similar al recogido en el art. 115 de la LGSS<sup>64</sup>, eso sí, considerando como única posible víctima al trabajador autónomo económicamente dependiente: nos referimos al denominado accidente *in itinere*. A pesar de dicho avance, a diferencia de lo que sucede en el Régimen General, aquí es el trabajador el que tiene la carga de la prueba de acreditar que se trata de un accidente de trabajo debido a que la LETA, tras aceptar esta modalidad de accidente, señala que «salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate».

Tras casi una década imperando dicha voluntariedad para el resto del colectivo ésta quedó cuestionada; así, mediante el art. 7 de la Ley 27/ 2011, de 1 de agosto<sup>65</sup> se llevó a cabo una ampliación de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades, de modo que se generaliza la protección por dichas contingencias, pasando a formar parte de la acción protectora de todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social, entre ellos el RETA<sup>66</sup>. Si bien la entrada en vigor de esta medida estaba prevista para el 1 de enero de 2013, posteriormente, de manera sucesiva

fue prorrogada, hasta finalmente quedar derogada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015. Quizá este proceder se debió a la incoherencia que hubiese supuesto la entrada en vigor de una medida que implicara un aumento de los costes sociales a cargo de estos trabajadores, al mismo tiempo que aparecían otras normas que acogían medidas con pretensiones contrarias, es decir, tendentes a la reducción de dichos costes; así por ejemplo, las adoptadas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre<sup>67</sup>. En consecuencia de esta decisión, es decir, del mantenimiento de dicha voluntariedad el número de trabajadores autónomos que optan por cotizar por contingencias profesionales resulta muy reducido, lo cual se infiere del informe sobre siniestralidad laboral de los autónomos elaborado por la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA) y Mutua Universal, según el cual solo el 18,9% de los trabajadores por cuenta propia cotizan por estas contingencias.

#### 4.2.2. *Incorporación del trabajo in itinere a la totalidad del colectivo*

Como hemos apuntado al inicio de este apartado, sería la Ley 6/2017 la que acercaría el accidente *in itinere* al colectivo de autónomos en su totalidad<sup>68</sup>; en concreto, sería su art. 14 el que vendría a modificar el art. 316.2 LGSS, con la intención de hacer coincidir los efectos de las contingencias derivadas de accidente de trabajo *in itinere* de los trabajadores autónomos con los trabajadores asalariados<sup>69</sup>.

A partir de esta modificación se entenderá como accidente de trabajo del autónomo no solo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su pro-

<sup>64</sup> Actual art. 156 tras 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.

<sup>65</sup> Ley 27/ 2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de seguridad Social (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

<sup>66</sup> En la misma línea que el CES en su dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo. Este ya señaló la importancia de que esta cobertura fuera obligatoria: no considera justificado que, respecto a la cobertura de las contingencias profesionales en este Régimen, ésta sólo se incorpore con carácter obligatorio para los trabajadores autónomos dependientes (art. 26.3) y, en su caso, para otras actividades profesionales desarrolladas por el resto de los trabajadores autónomos, determinadas por el Gobierno, que presentan un mayor riesgo de siniestralidad (disposición adicional tercera, apartado dos). Por el contrario, debería preverse en un futuro, dado el importante porcentaje que aún no ha optado por esta protección, la cobertura obligatoria para cualesquiera trabajadores por cuenta propia o autónomos. Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, pág. 9.

<sup>67</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013).

<sup>68</sup> Resulta evidente que solo será aplicable para aquellos autónomos que tengan incluida la cobertura de contingencias profesionales en su base de cotización.

<sup>69</sup> Esta medida ya surte efectos desde el pasado 26 de octubre de 2017.

pia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial sino también el sufrido al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad económica o profesional. A estos efectos el legislador entiende como lugar de la prestación el establecimiento en donde el trabajador autónomo ejerza habitualmente su actividad siempre que no coincida con su domicilio y se corresponda con el local, nave u oficina declarado como afecto a la actividad económica a efectos fiscales.

De este concepto de accidente *in itinere* para los autónomos se desprende dos condiciones que pueden excluir de la cobertura social a un buen número de ellos. En primer lugar, deja fuera de la locución «lugar de la prestación económica o profesional» al domicilio del trabajador, lo cual implica que aquel que desarrolle su actividad en su casa no esté cubierto si sufre un accidente al visitar, por ejemplo, a un cliente; en segundo lugar, exige que el lugar este declarado como afecto a la actividad económica a términos fiscales, por lo que también quedarían fuera situaciones en las que el autónomo desde su domicilio acuda directamente a realizar su actividad al lugar indicado por el cliente. En este sentido, consideramos que estas deficiencias advertidas en este concepto de accidente *in itinere*, resultan una simple muestra más de la dificultad de equiparar a efectos de protección social al trabajador asalariado y al autónomo. Así, dado que el lugar donde los trabajadores por cuenta propia realizan su actividad económica o profesional, en la mayoría de los casos, es cambiante, la propia naturaleza del trabajador por cuenta propia dificulta el establecimiento de una localización fija, determinada, lo que, por supuesto, complica la determinación de lo que se considera un trayecto habitual. Por todo ello, si bien reconocemos un avance en cuanto a la acogida de esta reivindicación realizada por el colectivo a lo largo de los años, entendemos que llegar a un concepto adecuado de accidente de trabajo para estos trabajadores requerirá de una revisión profunda del concepto planteado por la Ley 6/2017, así como de un

pronunciamento por parte de los Tribunales, todo ello, teniendo siempre presente los rasgos propios de este tipo de trabajo.

#### 4.3. Formación en prevención de riesgos laborales<sup>70</sup> de los trabajadores autónomos

Como ya hemos apuntado anteriormente, otra de las cuestiones que aborda la nueva ley en materia preventiva hace referencia a la formación<sup>71</sup> en prevención de riesgos laborales, la cual es contemplada como una herramienta idónea si lo que se pretende es acercar al colectivo de autónomos a dicha materia. No se trata de una cuestión nueva ya que la Recomendación de 2003 ya se hacía eco de su importancia; del mismo modo, la Estrategia española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012, recogía, dentro de su objetivo número 6, la necesidad de promover el acceso a la formación en materia de prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos. Igualmente, el propio Estatuto del Trabajo Autónomo, no solamente dedicaba un apartado específico de su art. 8 a exigir a los poderes públicos su implicación en esta cuestión sino que específicamente preveía en su disposición adicional duodécima la participación de estos trabajadores mediante sus asociaciones –en concreto, asociaciones representativas de los trabajadores autónomos intersectoriales y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas– en la elaboración de programas permanentes de información y formación correspondientes a dicho colectivo. Años después, dicha disposición, tras la entrada en vigor de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre<sup>72</sup>, fue completada con la introducción de un segun-

<sup>70</sup> GÁMEZ DE LA HOZ, J.; PADILLA FORTES, A, *La Formación Como Herramienta En Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral*, Ed. Lulu.com, 2013.

<sup>71</sup> La nueva norma otorga gran relevancia a la formación de los trabajadores autónomos, como así se desprende de su Título VII «Medidas para mejorar la formación profesional para el empleo de los trabajadores autónomos».

<sup>72</sup> Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y

do párrafo, en el cual se contemplaba la posible participación de dichas asociaciones en los grupos de trabajo creados en la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo<sup>73</sup>, siempre que abordasen cuestiones que afectaran al colectivo. Avanzando en esta cuestión, la Ley 6/2017, a partir de su disposición adicional octava, introduce mínimos cambios en la redacción de la disposición adicional duodécima: por un lado, extiende tal participación a las asociaciones intersectoriales de trabajadores autónomos de nivel autonómico; por otro, clarifica en qué consiste dicha participación, subrayando que si bien estas asociaciones tendrán voz respecto de las cuestiones que se aborden y les incumban en el grupo, no tendrán derecho a voto. Es así que, la nueva norma desaprovecha la oportunidad de haber desarrollado en profundidad lo ya dispuesto por la anterior batería de medidas en favor del colectivo fijadas por la Ley 31/2015; en este sentido, de nuevo nos encontramos a la espera de un futuro desarrollo ya que lo recogido por la nueva ley continúa siendo una mera propuesta sin aplicación directa –como ocurre respecto de otras cuestiones–.

## 5. LABOR REALIZADA POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y ASOCIACIONES DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Dado que en los últimos tiempos han prestado especial atención a esta materia, poniendo en marcha iniciativas que merecen ser tenidas en cuenta, no resultaría completo este estudio sino dedicáramos un espacio a la labor llevada a cabo tanto por las Administraciones Públicas como por las Asociaciones de Tra-

bajadores Autónomos, las cuales incluso han colaborado conjuntamente en la implantación de medidas en favor de la seguridad y salud del colectivo.

### 5.1. Labor realizada por las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales

Tomando como referencia lo establecido por la Recomendación 2003/134/CE –como hemos dicho anteriormente, de contenido no obligatorio sino meramente indicativo– observamos, en los últimos años, cierto avance en cuanto al papel desempeñado por la Administración Pública y asociaciones profesionales en materia de seguridad y salud del trabajador autónomo.

Si a las Administraciones Públicas nos referimos, como ya hemos señalado, la LETA merece ser encomiada en cuanto que, en su art. 8, insta a éstas a abandonar la pasividad mostrada hasta el momento, reclamando su implicación en la seguridad y salud en el trabajo del colectivo. Más aún, teniendo en cuenta que, debido a la falta de contraparte del trabajador autónomo la virtualidad del derecho a la seguridad y salud en el trabajo quedaba cuestionada, ha resultado fundamental la respuesta de los poderes públicos en esta materia. Cabe señalar que este papel que se intenta fomentar no resulta del todo novedoso ya que la propia Constitución española se hacía cargo de ello al reconocer la necesidad de que los poderes públicos «velaran por la seguridad e higiene en el trabajo», imponiéndoles el compromiso de desplegar una actividad tendente a mantener la protección del ámbito laboral y a instrumentar los medios de trabajo necesarios para una eficaz tutela de los trabajadores, con independencia de que éstos fueran asalariados o por cuenta propia<sup>74</sup>.

de la Economía Social (B.O.E. núm. 217, de 10 de septiembre de 2015).

<sup>73</sup> La Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST), como así establece el art. 13 de la LPRL, es el órgano colegiado asesor de las Administraciones Públicas en la formulación de las políticas de prevención y el órgano de participación institucional en materia de Seguridad.

<sup>74</sup> Tal imposición fue posteriormente abordada por la LPRL, concretamente, por sus arts. 5 y el art. 7.

En concreto, como ya apuntamos, el art. 8 del Estatuto del Trabajo Autónomo, se ocupa de las específicas actuaciones que la Administración debe llevar a cabo en esta materia; en particular, hace referencia a la promoción, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, así como a la formación con la que deben contar los trabajadores autónomos. En este sentido, el legislador, como ocurre en otras cuestiones abordadas por la LETA, emplea términos imprecisos al referirse a tales mandatos lo cual priva a los mismos del carácter imperativo que debería acompañarlos<sup>75</sup>.

Por lo que se refiere al primero de los encargos, hubiera resultado conveniente acercar al trabajador autónomo sin empleados a su servicio al conocido como *bonus*<sup>76</sup>, consistente en reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que se distingan por su contribución eficaz y contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral y por la realización de actuaciones efectivas en la prevención de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. Si bien este mecanismo acierta al tener presente a la pequeña empresa, quizás resulte censurable, como decimos, al obviar al trabajador por cuenta propia sin asalariados a su cargo. Como ya hemos apuntado, la cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales para los trabajadores autónomos es voluntaria, lo cual provoca que solo un número reducido cotice por

ello; reticencia del todo lógica al suponer dicha cotización un incremento del tipo que se aplica a la base imponible por ellos elegida, el cual no todos pueden asumir.

También en línea con el fomento, algunas Comunidades Autónomas han emprendido campañas de sensibilización con el objetivo de acercar la cultura preventiva al colectivo de autónomos; baste como muestra, la campaña «Prevenir los riesgos es rentable», puesta en marcha por el Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad de Madrid y dirigida, principalmente, a PYMES, microempresas y trabajadores autónomos<sup>77</sup>.

Por lo que se refiere a las labores de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa preventiva, es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la encargada de dicho seguimiento. Si bien ésta, actualmente, lleva a cabo una minuciosa observación en cuanto a la proliferación de la figura del falso autónomo, como queda puesto de manifiesto en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social<sup>78</sup>, respecto al cumplimiento por parte del colectivo de la normativa referente a su seguridad y salud en el trabajo, se limita principalmente al cumplimiento de sus obligaciones en materia de coordinación de actividades empresariales. Esto queda puesto de manifiesto 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, el cual, en cuanto a las infracciones en materia de prevención de riesgos labo-

<sup>75</sup> OLARTE ENCABO, S.: «Prevención de riesgos profesionales en el trabajo autónomo. Balance de situación y retos pendientes», Rev. General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 47, 2017, pág. 183.

<sup>76</sup> Tras ser derogado el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, este sistema viene siendo precisado por el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral, así como por la Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el año 2017.

<sup>77</sup> [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Actuaciones\\_FA&cid=1354369220828&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1109266228581&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&sm=1109266100977](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Actuaciones_FA&cid=1354369220828&idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1109266228581&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&sm=1109266100977)

<sup>78</sup> Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020 (BOE núm.95 de 19 de abril de 2018).

rales, recogidas en su Título II, Sección II, solo contempla al autónomo en dicho contexto; en este sentido, sirva de ejemplo lo dispuesto en sus artículos 12.13<sup>79</sup> y 13.7<sup>80,81</sup>.

En cuanto al mandato concerniente al asesoramiento, la LETA, especialmente, a partir de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre<sup>82</sup> apuesta por el mismo como se desprende de su art. 27.2 f) referido a las políticas de fomento del trabajo autónomo. Al margen del Estatuto del Trabajo Autónomo, otras normas subrayaron la importancia del asesoramiento, tanto en el inicio como en el desarrollo de este tipo de actividades. Una de las disposiciones que más hincapié hizo sobre esta cuestión fue la Ley 14/2013 de 27 de septiembre<sup>83</sup>, la cual resaltó la importancia del asesoramiento en prevención de riesgos laborales.

<sup>79</sup> Art. 12.13 «Infracciones graves» LISOS: 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.

<sup>80</sup> Art. 13.7 «Infracciones muy graves» LISOS: 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.

<sup>81</sup> Además, mediante el art. 1902 del Código Civil, se le podría reclamar al trabajador por cuenta propia la responsabilidad civil por los daños ocasionados a un trabajador a un empresario o a terceros ajenos a la coordinación y cooperación empresarial.

Del mismo modo, también sería posible la acción de responsabilidad penal, a través del art. 316 CP el cual señala que «quienes con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad y salud adecuadas, poniendo en peligro grave su vida, salud o integridad física».

<sup>82</sup> Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social (BOE núm. 217, de 10 de septiembre de 2015).

<sup>83</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013).

Por lo que se refiere a la formación en materia preventiva, como ya hemos abordado en apartados precedentes, se le otorga especial relevancia, contemplándose como una de las vías más importantes en la lucha contra la alta siniestralidad laboral existente alrededor de este colectivo. Esto no solo se refleja en el hecho de que la LETA aborde la cuestión en un apartado concreto, al margen de los anteriores mandatos, sino porque así se desprende, por ejemplo, cuando en sectores específicos como el de la construcción se exige para poder realizar actividades en régimen de autonomía. Además, son diversas las iniciativas emprendidas por las Administraciones Públicas en aras de fomentar dicha formación; baste como ejemplo, las recientes subvenciones, puestas en marcha por la Junta de Castilla y León, dirigidas a la formación de trabajadores, empresarios, autónomos, mandos intermedios y delegados de prevención en materia de seguridad y salud laboral, Programa VI (2018)<sup>84</sup>.

Para concluir, no podemos dejar de mencionar, ya que aúna parte de los mandatos dirigidos a las Administraciones Públicas, la herramienta gratuita Prevención 10, portal creado por el anterior Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo dirigido, principalmente, a facilitar la gestión de la materia preventiva a los autónomos y microempresas. Entre los numerosos servicios que este portal ofrece destaca la herramienta auto-prevent, dirigida precisamente a los trabajadores autónomos sin empleados a su cargo, no obligados por ley, pero si necesitados de ciertos conocimientos en la materia. Además, como así impulsaba la Recomendación de 2003, se tienen presentes los riesgos en función de las actividades que los autónomos vengán realizando<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> Subvenciones dirigidas a la formación de trabajadores, empresarios, autónomos, mandos intermedios y delegados de prevención en materia de seguridad y salud laboral, Programa VI (2018) (BOCYL núm. 248, de 29 de diciembre de 2017).

<sup>85</sup> <https://www.prevencion10.es>

## 5.2. Labor realizada por las Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos en materia preventiva

Si bien en los albores del Derecho del Trabajo, las diversas variedades de trabajo independiente –artesanos, comerciantes, pequeño propietario agrario, arrendatario, aparcerero, profesional liberal...–, propiciaron la inexistente unidad del colectivo y, por consiguiente, la falta de pujanza ante la clase dirigente, en las últimas décadas asistimos a un cambio en la situación anteriormente descrita; en efecto, recientemente grupos concretos de trabajadores por cuenta propia, tras identificar problemas comunes<sup>86</sup>, y tras la estela del fenómeno asociativo en auge en nuestros días, se han unido constituyendo un cada vez mayor número de asociaciones, algunas de ellas de gran trascendencia y representatividad, que vienen reclamando la atención hasta ahora negada por parte de los poderes públicos.

Precisamente lo dicho, esto es, una mayor implicación por parte de las asociaciones de trabajadores autónomos, se refleja en materia preventiva, siendo artífices dichas organizaciones de numerosas iniciativas encaminadas a mejorar la seguridad y salud del colectivo. Como ya señalamos anteriormente, la Ley 6/2017 confiere, como ya hiciera la LETA, un papel principal a las asociaciones en materia preventiva tanto cuando les otorga potestad para llevar a cabo programas de información y formación de estos trabajadores, como cuando contempla su posible participación en los grupos creados en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo cuando se aborden cuestiones que, en este ámbito, les afecten.

<sup>86</sup> Sobre este tema, CRUZ VILLALÓN afirma que «La progresiva evolución del tejido social en lo que atañe a ciertos grupos de trabajadores autónomos, está produciendo progresivamente lo que podríamos denominar una conciencia identitaria». CRUZ VILLALÓN, J.: «Propuestas para una regulación del trabajo autónomos», en Fundación Alternativas, <http://fundacionalternativas.com>, Documento de trabajo 17/2003, págs. 42-43.

Muestra de su implicación en la prevención de los riesgos ante los cuales se exponen los trabajadores autónomos, son las numerosas campañas de concienciación puestas en marcha desde estas asociaciones. En este sentido, sirva de ejemplo, las llevadas a cabo por la Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos (ATA) en colaboración con el anterior Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo: por un lado, la campaña «Prevención en movimiento», mediante la cual se pretende llamar la atención de los autónomos conductores; por otro, la iniciativa «Protege tu futuro» a través de la que se quiere conseguir que los trabajadores especialmente sensibles, esto es, embarazadas, menores de 18, personas con diversidad funcional, con necesidades especiales, etc., conozcan sus derechos en materia de prevención de riesgos<sup>87</sup>. De modo similar, la asociación UPTA Navarra, junto a la Dirección General de Política Económica y Trabajo del Gobierno de Navarra, pusieron en marcha una campaña que, englobada dentro del III Plan de Salud Laboral de Navarra 2016-2020, tenía por objetivo mejorar la coordinación de actividades empresariales a través de acciones de asesoramiento público y asistencia técnica al colectivo en materia de prevención de riesgos laborales<sup>88</sup>.

## 6. REFLEXIONES FINALES

A pesar de la actual pujanza del trabajo por cuenta propia así como de los últimos avances alcanzados mediante diversas medidas de apoyo al colectivo, el progreso respecto a la protección de la seguridad y salud en el trabajo de los integrantes del mismo ha sido insignificante.

Si bien, como apuntamos, en la última década, con posterioridad a la Ley 20/2007, de 11 de julio, numerosas normas han aspirado

<sup>87</sup> <https://ata.es/ata-pone-en-marcha-varias-campanas-de-prevencion-en-riesgos-laborales/>

<sup>88</sup> [www.Uptanavarra.es](http://www.Uptanavarra.es)

a mejorar las condiciones de trabajo de los autónomos, verbigracia la Ley 6/2017, de 24 de octubre, el tratamiento que se viene otorgando en materia preventiva al trabajo independiente, continua anclado en los mismos criterios que desde la Ley 31/1995, situaron al colectivo extramuros de su esfera aplicativa; dicho de otra manera, se sigue contemplando al trabajador autónomo como un sujeto generador de riesgos para otros trabajadores y no como posible víctima de la materialización de aquellos. Esto queda puesto de manifiesto en el hecho de que sea en el contexto de la coordinación empresarial, es decir, en un escenario coincidente, donde los autónomos se vean mayormente afectados por la normativa preventiva. Por consiguiente, fuera de este marco, el trabajador autónomo sin empleados a su cargo –aquel que si los tiene, como ya hemos dicho, torna en la figura del empresario, con todas las responsabilidades que en materia de prevención de riesgos ésta acarrea– queda al margen de cualquier previsión tendente a protegerle de los riesgos a los que se expone en el desarrollo de su actividad profesional<sup>89</sup>. Esto resulta preocupante especialmente por dos razones: por un lado, por el elevadísimo número de autónomos que se encuentran en este supuesto –un 79,1% del colectivo–; por otro, por los altos índices de siniestralidad de los mismos, los cuales no son del todo veraces ya que únicamente reflejan los accidentes y enfermedades profesionales que sufren los trabajadores por cuenta propia que cotizan por contingencias profesionales, esto es, un número alarmantemente reducido –alrededor del 19% del colectivo–. Es cierto, que el tratamiento de esta materia para los trabajadores indicados resulta complejo teniendo en cuenta que esta regulación topa con la dificultad de armonizar la independencia propia de este tipo de trabajo con el establecimiento de exi-

gencias. Por ello, teniendo presente estas circunstancias, parece ser que la dotación de vías capaces de asumir con suficiencia un sistema formativo eficaz se muestra como una opción acertada para avanzar en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en régimen de autonomía. Por otro lado, explorando en el ámbito reparador de la Seguridad Social, resultaría apropiado la adopción de medidas que facilitasen la cotización por contingencias profesionales a los autónomos sin empleados a su cargo; pongamos por caso, la adopción de bonificaciones, reducciones o ayudas directas, todas ellas, teniendo presente la situación económica real del autónomo.

Para finalizar, hay que recordar que dentro de este grupo se encuentran aquellos trabajadores por cuenta propia que dependen económicamente de un único cliente, es decir, los TRADE. Si bien el Estatuto de 2007, contempló un régimen específico y aparentemente protector del mismo, nada apuntaba específicamente respecto de esta cuestión, es más, ninguna norma posterior se ha referido a su seguridad y salud en el trabajo; en este caso, su tratamiento hubiera resultado más sencillo si tenemos en cuenta que uno de los escollos que dificulta la protección del colectivo es la falta de contraparte, en este caso, superada por la existencia del cliente predominante. Quizá el legislador ha preferido no abordar esta cuestión particular, a la espera de una revisión profunda de esta figura, la cual ha generado controversias desde su aparición con la entrada en vigor de la LETA.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales», RMTAS, núm. 53.
- APARICIO TOVAR, J.: «Los sujetos obligados a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable, en especial referencia a la cooperación entre empresarios», en TERRADILLOS BASOCO, J. M. y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord), Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral: (I Jornadas Universitarias Jurídicas), ed. Conserjería de Empleo, Junta de Andalucía.

<sup>89</sup> Resulta evidente que la doble naturaleza de trabajador y de empresario que el autónomo reúne, ha dado lugar a complejas situaciones que han supuesto que el trabajador por cuenta propia haya quedado a su autotutela, la cual se ha mostrado ineficaz, si tenemos en cuenta los elevados índices de siniestralidad registrados.

- APILLUELO MARTÍN, M.: «Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente», Tirant Lo Blanch, nº 171, Valencia, 2006.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «Propuestas para una regulación del trabajo autónomo», en Fundación Alternativas, <http://fundaciónalternativas.com>, Documento de trabajo 17/2003.
- GÁMEZ DE LA HOZ, J.; PADILLA FORTES, A., La Formación Como Herramienta En Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral, Ed. Lulu.com, 2013.
- GARCÍA BLASCO, J., SEMPERE NAVARRO, A.: «Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre», Aranzadi Thomson, 2007.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo», Relaciones Laborales, nº 7/8, 2000.
- LAHERA FORTEZA, J.: «Prevención de Riesgos Laborales de los autónomos tras la Ley 54/2003 y el Real Decreto 171/2004», Documentación Laboral, nº 70, 2004.
- MATEOS BEATO, A.: «El trabajador autónomo en la prevención de riesgos laborales», Anuario del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.
- MERCADER UGUINA, J. y NIETO ROJAS, P.: «La Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción», Relaciones Laborales, núm. 4, 2007.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «La política de empleo en el ámbito del trabajo autónomo: soluciones a la crisis más allá del trabajo autónomo», Temas Laborales, 2010, núm.106.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, PAZ; CEINOS SUAREZ, ÁNGELES, «Normas internacional» en Sistema de Fuentes en la Relación Laboral, AA. VV. GARCÍA MURCIA, J. (director), Universidad de Oviedo, 2007.
- MONTOYA MELGAR, A.: «Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)», Madrid, 1992.
- RAMAZZINI, B.: «Tratado de las Enfermedades de los Artesanos. Ministerio de Sanidad y Consumo», Madrid, 1983.
- OLARTE ENCABO, S. «Prevención de riesgos profesionales en el trabajo autónomo. Balance de situación y retos pendientes», Rev. General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 47, 2017.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundición del Derecho del Trabajo», Relaciones Laborales, nº 7/8.
- PIÑEYRO DE LA FUENTE, A. J.: «La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta propia como posible origen de desajustes», Relaciones Laborales, nº 7/8, 2000.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo Derecho del Trabajo», Ediciones Cinca, Madrid, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y CARDENAL CARRO, M., en AA.VV.: «Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo», 4ª edición, Madrid, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, A., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M., CARDENAL CARRO, M.: «Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo», Ed. Civitas, 3ª Edición, Madrid, 2001.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción», en La subcontratación en el sector de la construcción análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, coord. por Juan GARCÍA BLASCO, Ángel LUIS DE VAL TENA, Ed. Aranzadi, 2007.

**RESUMEN**

Teniendo presente que en los últimos años, el apogeo del trabajo autónomo es un hecho, consideramos oportuno profundizar en la atención prestada a la protección de la seguridad y salud de aquellos trabajadores que desarrollan su actividad en régimen de autonomía. Si bien el propio Texto Constitucional abogaba por una protección universal que venía a amparar a todo tipo de trabajadores, el paso de los años y con ellos las distintas normas que han venido regulando la materia, han demostrado que la protección prestada a los trabajadores asalariados y trabajadores por cuenta propia, en cuanto a los riesgos a los que se exponen en el desarrollo de su actividad, difiere sustancialmente. Este tratamiento dispar resulta del todo lógico si valoramos los rasgos que caracterizan a ambos trabajadores, principalmente, aquel que ha sido considerado el criterio fundamental para definir el ámbito del Derecho del Trabajo, esto es, la dependencia. En este sentido, si bien el trabajador subordinado desarrolla su actividad sometido a las órdenes de un empresario, el trabajador autónomo reúne en sí mismo ambas figuras, es decir, trabajador y empresario, presidiendo la independencia su actividad, lo cual dificulta la protección de su seguridad y salud. Precisamente con ello han topado las distintas normas en materia de prevención de riesgos existentes tanto en el ámbito internacional, como en el ordenamiento jurídico nacional. Ante tal complejidad, el legislador ha optado por distinguir entre los autónomos con empleados a su cargo y, por ello, con todas las responsabilidades que en materia preventiva esta figura acarrea, y quienes no los tienen, a los que remite a la autoprotección. Además, el legislador presta atención a un supuesto específico como es el contexto de la coordinación empresarial, en el que el trabajador autónomo requiere de su interés al comportarse como un sujeto generador de riesgos para el trabajador asalariado con el que comparte centro de trabajo. Si bien este patrón ya se intuía en la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, a día de hoy continua repitiéndose, no habiéndose dado ninguna norma que se haya atrevido a abordar la compleja protección de aquél que realiza su actividad en total independencia y que a su vez no queda constreñido a cotizar por contingencias profesionales. Precisamente, en este aspecto, encontremos uno de los principales motivos que han llevado a la desprotección de los trabajadores autónomos por la normativa de seguridad y salud en el trabajo. No podemos obviar la innegable relación existente entre el nacimiento de dicha regulación y el desarrollo de la noción de aseguramiento obligatorio de las contingencias profesionales por parte del empresario. Considerando que, como decimos, desde tiempos pretéritos se tuvo únicamente presente dicha exigencia empresarial respecto de los daños que pudieran sufrir los trabajadores por cuenta ajena, resulta comprensible que tal normativa se centrara, casi de forma exclusiva, en estos, ignorando a aquellos que realizaran su trabajo de modo independiente. Así las cosas, a día de hoy, debemos subrayar que, desafortunadamente, ni desde el ámbito preventivo ni desde el enfoque reparador la seguridad y salud de los autónomos queda garantizada.

**Palabras clave:** Trabajador autónomo; prevención; riesgos; autoprotección; coordinación empresarial; contingencias profesionales.

**ABSTRACT** Bearing in mind that in recent years, the apogee of autonomous work is a fact, we deem it appropriate to deepen the attention given to the protection of the safety and health of those workers who carry out their activity under the autonomy regime. Although the Constitutional Text itself advocated universal protection, which came to protect all types of workers, over the years and with them the different rules that have been regulating the matter, have shown that the protection provided to salaried workers and self-employed workers, in terms of the risks to which they are exposed in the development of their activity, differs substantially.

This disparate treatment is entirely logical if we evaluate the features that characterize both workers, mainly, that which has been considered the fundamental criterion to define the field of Labor Law, that is, dependence. In this sense, although the dependent worker carries out his activity under the orders of an employer, the self-employed worker gathers both figures in himself, that is, worker and employer, presiding over the independence of his activity, which makes it difficult to protect his security and health. Precisely with this they have come up against the different norms in the matter of prevention of existing risks both in the international scope and in the national legal order. Given such complexity, the legislator has chosen to distinguish between self-employed employees and, therefore, with all the responsibilities that this figure entails in preventive matters, and those who do not have them, to which refers to self-protection. In addition, the legislator pays attention to a specific assumption such as the context of business coordination, in which the self-employed worker requires their attention by behaving as a risk-generating subject for the salaried worker with whom they share a workplace.

Although this pattern already intuited in the Law 31/1995, of Prevention of Labor Risks, to this day it continues repeating, not having given any norm that has dared to approach the complex protection of the one that carries out its activity in total independence and that at the same time that is not constrained to contribute for professional contingencies, which means that neither from the preventive scope nor from the reparative focus their safety and health are guaranteed. Precisely, in this aspect, we find one of the main reasons that have led to the lack of protection of self-employed workers due to safety and health regulations at work. We can not ignore the undeniable relationship between the birth of such regulation and the development of the notion of mandatory assurance of professional contingencies by the employer. Considering that, as we have said, since past times this entrepreneurial requirement was only taken into account with respect to the damages that may be suffered by employed workers, it is understandable that such regulation will focus, almost exclusively, on these, ignoring those who will perform his work in autonomy regime. Thus, today, we must underline that, unfortunately, neither from the preventive scope nor from the reparative approach the safety and health of the self-employed is guaranteed.

**Keywords:** Self-employed workers; risks; self-protection; business coordination; professional contingencies.



# La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la política institucional en prevención de riesgos laborales

# Labour and Social Security Inspectorate and the institutional policy on Occupational Health and Safety

JOSÉ IGNACIO SACRISTÁN ENCISO\*

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**n materia de prevención de riesgos laborales el mandato del legislador español resulta concluyente, pues independientemente de la obligación que compete a los empresarios de preservar la seguridad y salud de los trabajadores, son los poderes públicos los que deben velar por la seguridad e higiene en el trabajo<sup>1</sup>. Para ello, deben contar con los instrumentos necesarios que garanticen la consecución de los objetivos establecidos en la política nacional de seguridad y salud en el trabajo. También, resulta notorio que, si bien la política de los poderes públicos siempre ha ido encaminada a garantizar la vigilancia en la materia, ésta no siempre se ha realizado con la especial intensidad con la que ahora se lleva a cabo, o al menos las acciones públicas desarrolladas hasta hace una década nunca habían establecido como uno de sus objetivos prioritarios el descenso de los índices de siniestralidad que soporta actualmente nuestro país.

Para contribuir a este deseable objetivo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales configura la política de prevención, como un conjunto de actuaciones dirigidas a la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo, que permitan elevar el nivel de protección de los trabajadores. Ello debe hacerse garantizando la coordinación entre todas las Administraciones implicadas y la participación de empresarios y trabajadores, a través de sus organizaciones representativas<sup>2</sup>.

La ratificación por España en 1985 del Convenio 155 de la OIT, sobre seguridad y sa-

<sup>2</sup> El artículo 13 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales crea la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, como «órgano colegiado asesor de las Administraciones públicas en la formulación de las políticas de prevención y órgano de participación institucional en materia de seguridad y salud en el trabajo». En lo que a la ITSS se refiere, en el año 2006 se constituyó la denominada Comisión Consultiva Tripartita de la ITSS que, como órgano integrado por la Administración y los Agentes Sociales, era el órgano de participación institucional en materia de ITSS. Dicho órgano ha sido sustituido por el Consejo General del Organismo Estatal ITSS, cuyo cometido y funciones se detallan en el artículo 30 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicho órgano, debe conocer, entre otras materias, de las propuestas de planificación de las actuaciones inspectoras en prevención de riesgos laborales, que serán sometidas para su aprobación al Consejo Rector del Organismo.

\* Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.

<sup>1</sup> Art. 40.2 de la Constitución Española de 1978.

lud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, y la sucesiva incorporación a la legislación española de todo el acervo comunitario, que se produce en cascada tras la aprobación en 1995 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales, así como la ratificación en 2009 del Convenio 187 de la OIT, sobre el marco promocional de la seguridad y salud en el trabajo –que aúna la política nacional de seguridad y salud con la configuración de un sistema nacional y con el establecimiento de un programa nacional que marque objetivos, prioridades y medios para mejorar, desde un punto de vista de la prevención de riesgos laborales, las condiciones de trabajo en España–, nos han posicionado como un país homologable en política preventiva a la de cualquiera de nuestros socios comunitarios.

Dentro de esa función pública de promoción de la seguridad y salud en el trabajo, corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS), como servicio público especializado, vigilar, controlar y exigir el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, para poder incidir mediante estas acciones de control en la mejora de las condiciones de seguridad y salud existentes en las empresas y centros de trabajo y prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Toda intervención que esté desprovista de esta finalidad carecerá de la eficacia que la legislación española e internacional predica como función propia y esencial de la Inspección de Trabajo, que no es otra que la de garantizar la adecuación de las condiciones de trabajo a los estándares de seguridad y salud exigidos por la normativa. Desde esta perspectiva, la Inspección de Trabajo española se presenta como una de las Instituciones necesarias para garantizar en este siglo XXI, de importantes cambios en los modelos productivos, de organización y de prestación de servicios por las empresas, que las políticas de prevención y control que son demandadas por los ciudadanos se cumplen con igual intensidad en toda España y, en definitiva, que esas demandas tienen una respuesta real y efectiva por la ITSS, por cuanto

se tutelan adecuadamente, mediante visitas y comprobaciones, los derechos de los trabajadores, muchos de ellos plasmados en la normativa social como derechos fundamentales<sup>3</sup>, como acontece con el derecho a la vida y a la integridad personal.

La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante LOSITSS), ha venido a incidir en el marco regulador y de control de la seguridad y salud en el trabajo en España, apostando por la puesta en marcha de nuevas estructuras especializadas mediante cambios en la organización de la ITSS, a la par que potencia la especialización de sus funciones de vigilancia, control y asistencia técnica en esta materia. Para ello, se ha previsto la creación de nuevas Unidades y Equipos de alta especialización, que estarán integrados, además de por Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, por funcionarios de la nueva Escala de Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral, cuya formación universitaria proviene de las ramas técnicas y científicas, y a los que se asignarán exclusivamente funciones especializadas sobre una materia que, hoy por hoy, se ha convertido en una disciplina propia y en la que se integran no sólo los aspectos legales y normativos de ámbito comunitario, estatal o convencional, sino también la muy profusa

<sup>3</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, reconoce en su artículo 13 el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas, disponiendo que todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, a la limitación de la duración máxima del trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas.

Por su parte, la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, y ratificada por España mediante Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, reconoce el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, por el que las partes contratantes se comprometen a promulgar reglamentos de seguridad e higiene, a tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos y a consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene del trabajo.

normativa jurídico técnica de aplicación directa a las condiciones de trabajo<sup>4</sup>. Estas nuevas Unidades y Equipos deberán actuar de acuerdo con los principios de trabajo programado y en equipo que orientan toda la actividad inspectora.

La Ley 23/2015, ha sido desarrollada, en lo que atañe a la organización de la ITSS por el Real Decreto 192/2018, de 6 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en lo referido a la especialización funcional, competencias y facultades de la nueva Escala, por el Real Decreto 1078/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

## 2. LAS FUNCIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En directa relación con el mandato constitucional del artículo 40.2 de la CE, el objetivo esencial de la ITSS es el de vigilar y controlar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por los sujetos obligados a ello. Esta tarea la conjuga con sus otras funciones clásicas de asistencia técnica e información a empresas y trabajadores, realizada con ocasión de las comprobaciones y visitas a los centros de trabajo y, en menor medida, con las de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos que, en esta materia, puedan suscitarse en el seno de las empresas. Estos come-

tidos los realiza a través del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y del de Subinspectores Laborales, Escala de Seguridad y Salud Laboral, funcionarios que en número de mil setecientos noventa y siete están destinados en cincuenta Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social y en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, contando veinticinco provincias con unidades especializadas en prevención de riesgos laborales. Estas Inspecciones Provinciales se agrupan en diecisiete Direcciones Territoriales, con funciones de coordinación sobre las primeras y que, de acuerdo con la LOSITSS, asumirán funciones de Inspección en materia de prevención de riesgos laborales sobre empresas, sectores o situaciones de ámbito supraprovincial, pudiendo contar para ello con estructuras especializadas. También, la Dirección Especial de Inspección, órgano territorial con capacidad para actuar en todo territorio nacional, cuenta con estructuras especializadas en esta materia, lo que significará que, de acuerdo con las nuevas competencias de coordinación sobre empresas, sectores o situaciones de ámbito supraautonómico que la Ley le atribuye, sus medios y estructuras deberán ser ampliados.

Además de este organismo dependiente de la Administración General del Estado (AGE), en el Sistema español de ITSS se integran las Inspecciones de Trabajo de Cataluña y País Vasco, con modelos de organización muy parecidos a los de la AGE, al disponer en su seno de unidades y equipos especializados en el área de prevención de riesgos laborales.

Por tanto, la LOSITSS ha venido a establecer los instrumentos necesarios para garantizar la eficacia de la acción preventiva y reactiva de la ITSS en sus funciones de vigilancia, control y asistencia técnica en prevención de riesgos laborales, conjugando su carácter tradicionalmente generalista<sup>5</sup> con su

<sup>4</sup> En este tipo de normas se incluirían todas las que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral, según el artículo 9.1 a) de la Ley de prevención de Riesgos Laborales.

<sup>5</sup> El artículo 2 c) de la LOSITSS declara la compatibilidad de los principios de unidad de función y de acto con la necesaria especialización del sistema, reiterando lo establecido en el artículo 6 de la Ley 42/1997.

especialización funcional. Así, la Ley permite encomendar a los Inspectores de Trabajo, con carácter casi exclusivo, aunque no excluyente, el desarrollo de actuaciones en seguridad y salud, y como consecuencia de la creación de la nueva Escala, se refuerza también su especialización, al exigírseles actuaciones de mayor alcance y profundidad, como acontece con el control de la gestión empresarial de la prevención de riesgos, además de tener que organizar, dirigir y programar la actividad de los Subinspectores, lo que les ofrecerá una visión integrada de la realidad preventiva de las empresas. Independientemente de su destino, Inspectores y Subinspectores deberán estar integrados en equipos de inspección y asignados a Unidades especializadas, que actuarán bajo los principios de trabajo programado y en equipo. Las Unidades especializadas en prevención de riesgos laborales, que deberán estar constituidas en todas las provincias y comunidades autónomas, podrán estar organizadas en áreas específicas de alta especialización, teniendo como cometido principal el de programar la actividad inspectora, analizar y valorar las concretas acciones desarrolladas y sus resultados, y medir su grado de eficacia, además de coordinar la actividad de Inspectores y Subinspectores.

### **2.1. Las directrices y orientaciones en la articulación de la política de inspección en materia de prevención de riesgos laborales**

La definición de la política inspectora en la materia que nos ocupa pasa por la toma en consideración de las directrices, criterios y orientaciones adoptados por los órganos competentes de la Unión Europea y por las Autoridades nacionales en materia de prevención de riesgos laborales, y su incorporación al Plan anual de Actuaciones de la ITSS, en los términos en que se exponen a continuación.

En lo que atañe a la Unión Europea, la Comisión Europea, preocupada ante los nuevos desafíos que plantean las nuevas fórmulas de

organización del trabajo, la globalización y los movimientos migratorios, se dirigió ya en el año 2007 al Consejo y al Parlamento Europeo en su Comunicación de 21 de febrero de 2007 (Mejorando la calidad y productividad en el trabajo; Estrategia Comunitaria 2007-2010 en salud y seguridad en el trabajo), solicitando a los Estados miembros una mejora de los procesos de planificación y programación de la acción de las Inspecciones de Trabajo, abogando, para ello, por la realización de controles más selectivos sobre situaciones o sectores de actividad con altos índices de siniestralidad laboral, para lo que debería mejorarse la competencia de los Inspectores de Trabajo a través de la formación especializada.

En esta misma línea, en el año 2014, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, estableció como unos de los principales retos comunes a toda la Unión, mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación de salud y seguridad en el trabajo por parte de los Estados miembros. Para ello señalaba que la visita de un Inspector de Trabajo suele ser la primera vez que las empresas y los trabajadores tienen conocimiento de la legislación sobre salud y seguridad en el trabajo, siendo fundamental que se perciba a los Inspectores de Trabajo como factor que facilita el cumplimiento de la legislación y no como un obstáculo a la actividad empresarial. Y que, si bien la actividad de los Inspectores debe seguir focalizándose en el cumplimiento, también deben ayudar y centrarse en riesgos específicos. Y al igual que en su Comunicación de 2007, entiende que la eficacia de las inspecciones de trabajo depende en gran medida de la experiencia de los Inspectores y de su capacidad para llevar a cabo las inspecciones, por lo que, para la correcta realización de las inspecciones basadas en riesgos, resultaría necesario formarlos en seguridad y salud en el trabajo, en particular por lo que respecta a los riesgos emergentes y las nuevas tecnologías.

Por su parte, el Informe de 2013 del Parlamento Europeo sobre Inspecciones de trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales en Europa<sup>6</sup>, contemplaba una batería de medidas dirigida a los Estados miembros para garantizar la eficacia de las inspecciones de trabajo. En lo que a esta materia se refiere, el Parlamento destaca, entre otros problemas, la dificultad de aplicar las normas de seguridad y salud en el caso de trabajadores que realizan actividades no declaradas o falsamente declaradas, proponiendo su tutela y el reconocimiento de derechos a través de las Inspecciones de Trabajo; el carácter no disuasorio de las sanciones, instando a los Estados a su revisión; y la toma en consideración dentro de la actividad inspectora del trabajo realizado por las mujeres. Estima el Parlamento que las inspecciones deben concentrarse con mayor claridad en la búsqueda de soluciones concretas y viables para subsanar las deficiencias detectadas en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo que viene a reiterar, tal y como se ha dicho, el objetivo principal de las inspecciones.

Igualmente, el Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo de la Comisión Europea (SLIC por sus siglas en inglés), en sus sucesivas reuniones anuales ha venido solicitando a los Estados miembros, la incorporación de nuevos procedimientos de inspección que ayuden a verificar el cumplimiento de las obligaciones de los empresarios, a través de inspecciones sobre las evaluaciones de riesgos, la planificación preventiva y los controles selectivos sobre determinadas riesgos, además de fijar criterios de transparencia en las actividades realizadas por las Inspecciones de los Estados miembros, estableciendo para ello una serie de principios comunes en su actividad, que deben ser respetados por todos los Estados<sup>7</sup>.

Finalmente, el Consejo, en su Decisión 2015/1848, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros para 2015, estableció como orientación política a adoptar por los Estados miembros, en el marco de los objetivos señalados por la Estrategia Europa 2020, la necesidad de mejorar el funcionamiento de los mercados de trabajo –en un marco creciente de flexibilidad laboral–, garantizando la calidad de los empleos y una adecuada protección en términos de seguridad socioeconómica, organización del trabajo, oportunidades de educación y formación, condiciones laborales –con mención expresa a la salud y seguridad en el trabajo–, y a un equilibrio entre vida privada y profesional.

Para dar respuesta a estos objetivos marcados desde la Unión Europea, tanto la Estrategia Española de Seguridad y Salud Laboral 2007-2012, como la vigente Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, así como los acuerdos alcanzados en las Comisiones Operativas Autonómicas de la ITSS<sup>8</sup>, han venido estableciendo en los sucesivos planes de actuación de la ITSS española, objetivos específicos y líneas de acción concretas relativas, entre otras materias, a la puesta en marcha de campañas de inspección dirigidas a sectores, actividades o empresas seleccionadas como prioritarias por su alta siniestralidad o especiales características, en las que deben hacerse compatibles las funciones de asesoramiento y apoyo con las funciones coercitivas. También, por la referida Estrategia 2015-2020, se han establecido como objetivos la adopción de criterios comunes en todo el Estado en la ejecución de campañas concretas provenientes de instituciones europeas o internacionales, y el análisis de la información obtenida como consecuencia de la actividad inspectora, de cara a su aplicación en el diseño de las políticas preventivas y de las intervenciones necesarias para la reduc-

<sup>6</sup> Informe de 12 de diciembre de 2013.

<sup>7</sup> El último informe, adoptado en su 69 reunión el 13.11.2015, celebrada en Luxemburgo, puede consultarse en la dirección: <http://ec.europa.eu/social/main>.

<sup>8</sup> Se trata de un órgano de colaboración y cooperación bilateral constituido por la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, cuya estructura y funciones se regula en el artículo 34.2 c) LOSITSS.

ción de la siniestralidad laboral. También se ha previsto por la vigente Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo, como uno de sus objetivos, revisar el régimen sancionador para adecuarlo a las nuevas realidades laborales. Y en cuanto a la mejora de las competencias de los inspectores, éstas fueron reforzadas ya en el año 2010, mediante la creación de la Escuela de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>9</sup>, que se ha convertido en un centro especializado y de referencia en formación dentro del Sistema de ITSS, tanto en lo que atañe a la formación inicial de los nuevos Inspectores y Subinspectores, como a la formación continua especializada de todo su personal.

## 2.2. Los Instrumentos de planificación de la actividad inspectora: Los planes generales y territoriales y el Plan Integrado de Actuación de la ITSS

Los instrumentos de planificación de la actividad inspectora, que como hemos visto deben tomar en consideración los criterios, directrices y orientaciones de los organismos nacionales y supranacionales competentes, fueron implantados por primera vez por la Ley 42/1997, pues con anterioridad la mayoría de la actividad inspectora obedecía a criterios rogados, como consecuencia de la interposición de denuncias, solicitudes de otras autoridades, peticiones judiciales, e investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siendo escasas las ocasiones en las que la Inspección de Trabajo actuaba de acuerdo con una planificación previa. La Ley de 1997, pretendía, en consonancia con la obligación constitucional de velar por la seguridad y salud y los postulados de la nueva deuda de seguridad<sup>10</sup>,

que la actividad inspectora en prevención de riesgos laborales pasase de ser preponderantemente rogada a mayoritariamente planificada, lo que en buena medida, a la luz de los datos que arrojan los sucesivos Informes anuales de actividad de la ITSS, se ha conseguido a lo largo de estos años, como luego veremos. En el año 2000, el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS (ROFITSS), vino a desarrollar este nuevo enfoque en la actividad inspectora, distinguiendo para ello entre programas generales y territoriales de objetivos, siendo los primeros los que deben dar lugar a programas y campañas de inspección de alcance nacional, y los segundos, de carácter territorial, los que circunscriben su alcance a programas y campañas de ámbito de una Comunidad Autónoma, obediendo los primeros a las líneas de acción establecidas por el Consejo Rector del Organismo Estatal ITSS, como órgano de dirección de la ITSS<sup>11</sup>, que además resultará competente para su aprobación<sup>12</sup>, mientras que los segundos deberán elaborarse y someterse a su aprobación en las respectivas Comisiones Operativas Autonómicas de la ITSS; sin perjuicio de que también estos programas territoriales deban resultar conocidos por el Consejo Rector, en la medida en que este órgano debe garantizar, conjuntamente con el Director del Organismo, la coherencia general en el funcionamiento del Sistema<sup>13</sup>.

Por tanto, los programas generales atienden a problemáticas comunes en determinados ámbitos de la seguridad y salud en el tra-

---

empresario está obligado a cumplir determinados imperativos de conducta de forma paralela frente al Estado y frente al trabajador, en virtud de la doble manifestación de este imperativo como deber público y deber privado, respectivamente (B. GUTIÉRREZ- SOLAR CALVO. «El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica». Ed. Consejo Económico y Social de España, pág. 167).

<sup>11</sup> Se trata de un órgano colegiado de composición paritaria, con funciones de dirección de la ITSS, regulado en el artículo 29 de la LOSITSS y en los artículos 4 a 7 de los Estatutos del Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 192/2018, de 6 de abril.

<sup>12</sup> Artículo 29.2 a) LOSITSS.

<sup>13</sup> Artículo 31.3. f) LOSITSS.

<sup>9</sup> Real Decreto 1223/2009, de 17 de julio, por el que se crea la Escuela de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>10</sup> No de otra forma puede entenderse la obligación del artículo 40.2 de la CE, de velar por la seguridad y salud, en lo que atañe a la ITSS, sino es mediante la planificación de su actividad en evitación de accidentes y enfermedades profesionales. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 14 de la LPR, el

bajo y cuya respuesta exigiría una actividad de control homogéneo de todo el Sistema de ITSS, tal y como acontece, entre otros, con los siguientes programas:

- Programa de control de las actividades de construcción y obra civil, para vigilar el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

- Programa de control de la actividad realizada por los servicios de prevención propios y ajenos y entidades auditoras.

- Programas de inspección de la seguridad y salud en las actividades de la marina mercante y pesca.

- Programa destinado al control de la exposición a riesgos biológicos por parte de los trabajadores en el sector sanitario.

- Programas de vigilancia específica sobre empresas clasificadas como de alta siniestralidad.

- Programa de control de los riesgos psicosociales en las empresas, como principal riesgo emergente en el mundo del trabajo.

- Programa de alcance general dirigido a la verificación del cumplimiento de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales en relación con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores menores de edad.

- Programa de prevención de riesgos laborales con enfoque de género, destinado a vigilar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, con especial atención al cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales de protección de la maternidad, embarazo y lactancia.

- Programa relativo al control del tiempo de trabajo como factor de prevención de la seguridad y salud de los trabajadores.

A estos programas podrán unirse otros que aborden de una manera integral los pro-

blemas que generan, también en materia de seguridad y salud laboral, la aparición de nuevos y difusos modelos laborales, como ya está ocurriendo tras la irrupción de la denominada economía digital y colaborativa, cuya regulación deberá ser abordada por las autoridades nacionales bajo orientaciones y directrices comunes de la Unión Europea<sup>14</sup>.

Por su parte, los programas territoriales atenderán problemáticas de seguridad y salud singularizadas o focalizadas en determinados territorios, como los que pudieran darse en algunas actividades del sector agrario (ligado a las labores de recolección en Andalucía, Comunidad Valenciana o Extremadura), del industrial (riesgos en sectores manufactureros como el calzado o textil en la Comunidad Valenciana), o de servicios (actividades hoteleras y ligadas al turismo en la dos comunidades autónomas insulares). En definitiva, la distinción entre uno y otro tipo de programas radica en que los primeros pretenden analizar la situación preventiva de empresas, sectores, actividades o situaciones que presentan problemas comunes en el conjunto del Estado o de la Unión Europea<sup>15</sup>, mientras que, como se ha dicho, los segundos estarán referidos a las problemáticas singularizadas que puedan darse en determinadas Comunidades Autónomas o Provincias. En todo caso, por mor de las previsiones contenidas en la Ley 23/2015, uno y otro tipo de programas se erigen en instrumentos de colaboración y cooperación entre la AGE y las Comunidades Autónomas, que además de garantizar un funcionamiento cohesio-

<sup>14</sup> A este tipo de orientaciones se refiere la Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2016 (COM 356), relativa a la Agenda Europea para la economía colaborativa. Se trata, a juicio de la Comisión de orientaciones que vendrían a reforzar el cumplimiento del Derecho de la Unión, como garantía del denominado pilar europeo de derechos sociales (COM 2601, de 26 de abril).

<sup>15</sup> Tal es el caso de las campañas acordadas en el seno del Comité de Altos Responsables de la ITSS, que refieren problemas comunes que afectan a los trabajadores europeos. Tal es el caso de la campaña programada para 2018, relativa a la seguridad y salud de los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal.

nado en la actuación inspectora, sirven para preservar el principio de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la función inspectora garantizado por la LOSITSS<sup>16</sup>. De no ser así, podrían generarse, como consecuencia de un distinto nivel de intervención de la ITSS en unos u otros territorios, actividades difusas u opacas al control, generadoras de dumping social y explotación laboral. Y es que la normativa comentada trata de evitar que, aun resultando deseable e incluso necesario elaborar y desarrollar programas territoriales de objetivos que se ajusten a la realidad de los territorios (provincia y comunidad autónoma), no se pierda la necesaria coherencia de los objetivos del Sistema de ITSS, dada las innegables repercusiones que en otro caso tendría para el mantenimiento de un régimen de libre mercado, en el que prima el principio de libre establecimiento de empresas<sup>17</sup>. Con ello, se trataría de evitar, que las empresas eligieran implantarse en uno u otros territorios en función del nivel de intensidad con el que se aplicase por la ITSS las funciones de vigilancia y control, lo que podría afectar, como se ha dicho, a la libre competencia. Además, ambos tipos de programas están participados por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, por venir así dispuesto en los artículos 12 y 40.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales<sup>18</sup> y en el artículo 30 de la LOSITSS, lo que no podrá verse reducido

a la simple puesta en conocimiento de los Interlocutores Sociales, y sí a una participación real y efectiva mediante el intercambio y el análisis de la información disponible; flujo de información que, seguramente, debería permitir una disminución del número de denuncias formuladas por los sindicatos ante la ITSS, al poder quedar integradas estas reclamaciones dentro de la programación adoptada (siempre que se trate de denuncias no singularizadas sobre empresas concretas). No en vano, la nueva regulación que de las competencias del Consejo General hace la LOSITSS y los Estatutos del Organismo Autónomo Estatal ITSS<sup>19</sup>, determina que las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas tendrán que conocer e informar<sup>20</sup>, previamente a su aprobación por el Consejo Rector del Organismo, la planificación de la actividad inspectora en seguridad y salud en el trabajo.

La planificación acordada en los órganos de dirección de la ITSS y participada por los Interlocutores Sociales, resulta plasmada anualmente en el denominado Plan Integrado de Actuación, que comprenderá no solo los aspectos generales sometidos a control de la Inspección y los provenientes de otras instancias internacionales o comunitarias, sino también los específicos de cada realidad territorial, integrando además de la inspección

<sup>16</sup> El artículo 2.d) de la LOSITSS dispone que el Sistema de ITSS se ordena, en su organización y funcionamiento, conforme a los principios de «imparcialidad, objetividad e igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la función inspectora».

<sup>17</sup> En este sentido se pronuncia, igualmente, la Comisión Europea en su Comunicación de 21 de febrero de 2007, al disponer que «es esencial que la legislación nacional que transpone el acervo comunitario en materia de seguridad y salud en el trabajo sea aplicada de manera efectiva y uniforme en orden a garantizar niveles de protección comparables en todos los estados miembros».

<sup>18</sup> El artículo 40.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, dispone que «Las organizaciones sindicales y empresariales más representativas serán consultadas con carácter previo a la elaboración de los planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos en el trabajo, en especial de los programas específicos para empresas de menos de seis trabajadores, e informadas del resultado de dichos planes». Tal y como se ha expuesto, por el Ministerio de Trabajo e inmigración se puso

en marcha en 2006 la referida Comisión Tripartita, con funciones consultivas e informativas, ahora ampliadas en por la LOSITSS.

<sup>19</sup> Órgano tripartito de participación institucional en el Sistema de ITSS, en el que estarán representados de forma paritaria Sindicatos, Empresarios y Administración, y que tendrá funciones consultivas y de participación (artículo 30 LOSITSS, y 11 de los Estatutos del Organismo Autónomo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 192/2018, de 6 de abril).

<sup>20</sup> Los Principios Comunes de la Inspección de Trabajo en Relación con la Seguridad y Salud en el Puesto de Trabajo, aprobados por el Comité de Altos Responsables de la Inspección (SLIC) en Maastricht el 3 de noviembre de 2004 y reiterados en el 69 Plenario del SLIC celebrado en Luxemburgo el 13 de noviembre de 2015, establecen que las estrategias de la Inspección de Trabajo deben ser transparentes a los agentes sociales y deben establecerse relaciones efectivas con los agentes sociales para aprovechar su experiencia, tomar en cuenta sus prioridades y asegurar su apoyo.

en prevención de riesgos laborales, la relativa a Seguridad Social, Relaciones Laborales y Empleo, Trabajo no declarado y falsamente declarado y Trabajo de extranjeros, lo que sin duda aporta equilibrio en las actuaciones y una mayor eficacia en los controles. Así, según consta en el Informe Anual de la ITSS de 2016, durante ese año los Inspectores de Trabajo españoles finalizaron 101.761 órdenes de servicio en el área de Prevención de Riesgos Laborales, de las que 10.568 se iniciaron con origen en una denuncia, 8.853 a solicitud de Juzgados, Tribunales y distintos organismos administrativos, y 15.270 como consecuencia de la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello supuso que del total de la actividad inspectora en seguridad y salud en el trabajo el 28,69% tuvo un origen rogado, frente al 71,31% que fue planificado. Además de esta actividad, en las áreas de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social se realizaron un total de 385.256 órdenes de servicio, estando planificadas más de un 50%, lo que a mi juicio acreditaría el cumplimiento por la ITSS española de los mandatos de la Comisión Europea y de las Autoridades nacionales de incidir en mayor medida en inspecciones planificadas.

En conclusión, los Planes y Programas de actuación de la ITSS, además de ordenar la actividad inspectora y dirigirla a la consecución de unos resultados, cumplen con una finalidad informativa dirigida a la sociedad en su conjunto y particularmente a las empresas, trabajadores y sus representantes, de tal forma que a través de ellos se informa de los supuestos de hecho, situaciones, sectores y actividades que van a ser objeto de fiscalización por la ITSS, para que tanto las empresas como los representantes de los trabajadores, así como las entidades que colaboran con los empresarios (servicios de prevención propios y ajenos), puedan ajustar de mejor forma sus comportamientos a lo requerido por la normativa, pues cualquier desajuste entre ésta y la realidad comprobada por la ITSS podría ser objeto de un reproche sancionador. Por eso resulta muy importante la labor de explicación

pública que de las directrices del Plan Integrado realizan los responsables de los puestos de dirección de las Inspecciones Provinciales y Direcciones Territoriales; directrices que deberían, a mi juicio, ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado, para conocimiento general de la sociedad, tal y como ocurre con las directrices del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

### 2.3. Las modalidades de actuación de la ITSS en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, asistencia técnica e información, y composición de conflictos

Objetivamente y dada su configuración como un organismo con funciones de política social, la Inspección de Trabajo y Seguridad debe responder en esta materia a los mismos principios inspiradores que rigen en su campo de actuación, garantizando el interés público prevalente de la protección de los derechos fundamentales<sup>21</sup>, favoreciendo con ello la mejora de las condiciones de trabajo. Y la garantía de ese interés prevalente se consigue por la ITSS actuando sus dos vertientes tradicionales: la represiva o disuasoria, que normalmente se pondrá en marcha ante la denuncia de un incumplimiento preventivo, haya o no ocasionado un perjuicio para la vida o integridad física de los trabajadores, y la proactiva o preventiva, que se ejerce como consecuencia de la actividad planificada, y que se desarrolla con cierta frecuencia a través de las funciones de asistencia técnica e información.

#### 2.3.1. La disuasión como prevención

<sup>21</sup> Tal y como afirma B. GUTIERREZ-SOLAR CALVO la fijación por el legislador de los deberes de seguridad y salud en el trabajo debe ser interpretada como la manifestación del cumplimiento por los poderes públicos del mandato de protección que se deriva de la tutela exigida por el derecho fundamental a la vida e integridad física del trabajador en su relación contractual por el empresario. Ob. Cit. Pág.72.

No resultando discutido que la garantía en el cumplimiento de las normas de orden social obedece a la existencia misma de la ITSS<sup>22</sup>, podríamos afirmar que la existencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social dotada de facultades públicas de propuesta de sanción, conlleva un efecto disuasorio que, a priori, debería evitar la trasgresión por las empresas de la normativa de prevención de riesgos laborales, y que mediante las inspecciones de trabajo se consigue incidir en la mejora de las condiciones de seguridad y salud de los puestos de trabajo. Así lo viene entendiendo la Comisión Europea que, en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de enero de 2017, relativa a la modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo, refiere que el imperativo legal, junto con la inspección, son las principales razones que llevan a las empresas a establecer políticas de salud y seguridad en el trabajo y adoptar las acciones pertinentes, y que las inspecciones pueden contribuir a una auténtica cultura de prevención. Hay estudios, según la citada Comunicación, que ponen de manifiesto repercusiones tangibles de las inspecciones en las condiciones de salud y seguridad en las empresas, en términos de reducción de la tasa de lesiones tras una inspección<sup>23</sup>. Y que en empresas concretas que fueron inspeccionadas y sancionadas se observó una disminución del 22% de las lesiones en los tres años siguientes<sup>24</sup>. Sigue refiriendo la Comisión que hay

recientes estudios que confirman que las inspecciones contribuyen a que disminuyan las lesiones en el lugar de trabajo<sup>25</sup> y que a mayor puntuación en una inspección de salud y seguridad en el trabajo, menor tasa de lesiones graves<sup>26</sup>.

La Inspección de Trabajo española ha estado históricamente revestida de una potestad sancionadora que ha dinamizado notablemente la aplicación de una normativa laboral que, por su propia naturaleza, es cambiante y en constante adaptación a las demandas sociales, lo que ha ayudado a garantizar la puesta en marcha de las sucesivas reformas laborales y del marco normativo de la prevención de riesgos. En la materia que nos ocupa, esa capacidad coercitiva de la ITSS depende en buena medida de que las infracciones y sanciones sean adecuadas y resulten proporcionales a los incumplimientos detectados, y de que las conductas estén suficientemente descritas y tipificadas, lo que a veces no sucede, por lo que la continua adaptación de la normativa sancionadora de Orden Social se erige en una constante necesaria para garantizar la eficacia de la actividad inspectora.

Esta adaptación debe ir pareja a las modificaciones del marco normativo de la seguridad y salud en el trabajo, y a los cambios que conllevan las nuevas formas de organización del trabajo y de los nuevos procedimientos de producción y de prestación de servicios, pues de otra forma se producirían vacíos legales en cuanto a la tipificación de las conductas que solo podrían ser integrados por la respuesta penal, lo que conduciría a una excesiva judicialización y criminalización de la prevención de riesgos laborales. En este sentido, la Es-

<sup>22</sup> Entre otros, A. MONTOYA MELGAR, afirma que el Derecho del Trabajo debe su actividad –es decir, su carácter de verdadero orden jurídico– a la creación de la Inspección de Trabajo. (Derecho del Trabajo, pág. 248. Ed. Tecnos 16ª Edición).

<sup>23</sup> El informe de evaluación del control de adecuación del anexo 1 puso de manifiesto que, si bien a nivel macroeconómico no pudo establecerse la correlación entre las tasas de accidentes y la frecuencia de las inspecciones, en una evaluación a micronivel hay indicios de que el control de la ejecución y, en particular, la doble función de los inspectores de hacer cumplir la legislación y orientar sobre su aplicación, contribuye al cumplimiento del acervo de salud y seguridad en el trabajo.

<sup>24</sup> Citado en OCDE 2000. Bulldog an evidence base for the Health and Safety Commission Strategy to 2010 and beyond: A

literature review of interventions to improve health and safety compliance, Health and Safety Executive 2004.

<sup>25</sup> David I. LEVINE, Michael W. TOFFEL, Matthew S. JOHNSON: «Randomized Government Safety Inspections Reduce Worker Injuries with no detectable job loss, Science», 18 May 2012, pp. 907-911.

<sup>26</sup> Occupational safety and health inspection scores predicts rates of workers' lost time injuries: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9316705>

trategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, ha establecido como una de sus líneas de acción, la adecuación de la normativa sancionadora y procedimental por infracciones en el Orden Social a los cambios normativos producidos, objetivando y simplificando los tipos infractores, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina de los Tribunales de Justicia. Además, a mi juicio, esa modificación normativa debería venir acompañada de otras que, (i) excluyesen a las empresas con alta siniestralidad de los planes y programas de ayudas e incentivos a la creación de empleo; (ii) facilitasen la aplicación de los tipos previstos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social a las conductas detectadas por otros órganos con competencias de vigilancia y control en prevención de riesgos laborales<sup>27</sup>, estableciendo además criterios de coordinación entre la ITSS y esos órganos de cara a poder efectuar por la ITSS propuestas de recargo de prestaciones; (iii) regulasen la conformidad de los sujetos obligados frente a los hechos detectado por la ITSS, con la posibilidad de sustituir o reducir el importe de las sanciones por acciones concretas en materia de seguridad y salud; (iv) estableciesen reglas precisas de competencia para sancionar los incumplimientos de las denominadas obligaciones empresariales indivisibles<sup>28</sup>; (v) configurasen mecanismos de información y comunicación de incidentes graves, especialmente en las empresas de alta siniestralidad; (vi) regulasen de una forma sistemática las denominadas infracciones atípicas (prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, publicidad de las sanciones, clausura de centros de trabajo, retirada de las autorizaciones para actuar como servicios de prevención o en-

tidades de auditoría y formación); y (vii) permitiese que el importe de las sanciones pudiese destinarse por la Administración a acciones de investigación en materia de seguridad y salud en el trabajo. Estas propuestas –que se han descrito de forma muy sumaria y que exigirían un análisis más detenido–, deberían además venir acompañadas de la potenciación de los programas de sometimiento voluntario de empresas al control de la ITSS, en los términos en los que ya estaban contemplados en la anterior Estrategia<sup>29</sup>, siempre que no se hayan actualizado daños para la salud de los trabajadores<sup>30</sup>. Y es que a pesar del incremento observado en los índices de siniestralidad laboral, la decisión política de luchar de una forma más eficaz frente a este grave problema, en ningún caso debería pasar por un aumento de las conductas que podrían ser objeto de de-

<sup>29</sup> La Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), contemplaba el denominado «Plan o Programa Prevea», por el que las empresas de entre 11 a 49 trabajadores o entre 50 y 500 trabajadores (250 si están contempladas en el Anexo I RSP cuando hubiesen acordado con los representantes de los trabajadores la elección del SPA) y con niveles de siniestralidad laboral superior a la media del sector de la actividad económica, podrían adherirse al referido programa, siempre que expresen formalmente su compromiso de mejorar su sistema de prevención, sus resultados de siniestralidad y sus condiciones de trabajo (así como su mantenimiento). Los organismos impulsores del programa se comprometen con estas empresas a proporcionar su apoyo en forma de asesoramiento, instrumentos metodológicos, diagnósticos e información y formación para que las empresas adheridas puedan llevar a cabo planes, programas y actuaciones orientadas a reducir los niveles de siniestralidad. Por su parte, la ITSS no realizaría visitas planificadas ni actuaciones sancionadoras relativas a deficiencias cuyas correcciones estuviesen programadas, y en la medida en que el programa se cumpliera, salvo en el caso de accidente de trabajo grave o mortal, enfermedad profesional que debían ser informados de manera preceptiva por dicha Inspección, o en caso de denuncia.

<sup>30</sup> La Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), estableció la posibilidad de sustituir la imposición de sanciones derivadas de infracciones leves y graves por una inversión equivalente en la adopción de medidas referidas a la organización preventiva o que repercutan directamente en una mejora de las condiciones de seguridad y salud existentes en la empresa. En el mismo sentido, se pronunciaba el Informe de la Dirección General de la ITSS de 27 de febrero de 2007, sobre impacto en la actuación inspectora de las medidas incluidas en la referida Estrategia.

<sup>27</sup> Para el estudio de las denominadas infracciones extrasistemáticas puede consultarse «Infracciones extrasistemáticas del empresario en materia social». Oscar FERNÁNDEZ MÁRQUEZ y Joaquín GARCÍA MURCIA: «Revista del MTAS n.º 78», 2008.

<sup>28</sup> Un ejemplo de este tipo de infracciones puede encontrarse en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 42/1997, en el que se atribuida la competencia sancionadora a la Dirección General de Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

lito, ni por el incremento de las causas penales<sup>31</sup>, especialmente en el denominado delito de riesgo del artículo 316 del Código Penal, que solo debería operar de forma excepcional, sino mediante la potenciación de la ITSS, dotándola de más medios, y del reforzamiento de las instancias internas de control empresarial en los términos en que se exponen a continuación, pues la criminalización de la prevención de riesgos laborales debe realizarse solo en los supuestos más graves o cuando no exista una respuesta administrativa adecuada a la entidad del riesgo o del daño causado, lo que seguramente y a la vista de los informes de la Fiscalía Especial de Siniestralidad Laboral así viene aconteciendo<sup>32</sup>.

Como decía, el reforzamiento de las instancias internas de control empresarial en seguridad y salud en el trabajo, función atribuida por la legislación a los representantes de los trabajadores, también es uno de los factores fundamentales para garantizar la minoración de los índices de siniestralidad laboral, pues son estos representantes los que en mejor medida conocen la realidad preventiva de los centros de trabajo y empresas, y los que pueden actuar de una forma inmediata ante la aparición de riesgos laborales graves, para lo que la normativa les reconoce importantes funciones de vigilancia y control<sup>33</sup>. Estas

funciones permiten a la representación de los trabajadores que, ante los incumplimientos detectados, puedan dirigirse al empresario y, ante su inobservancia, a la autoridad laboral o mediante denuncia a la ITSS, por lo que el ejercicio de estas funciones debe ser preservada y garantizada por los poderes públicos. Ello hace que resulte necesario que por la ITSS se preste una especial atención a la garantía de los derechos de los representantes de los trabajadores, lo que aconsejaría la adopción por la ITSS de programas específicos de vigilancia y control que favoreciesen el normal desenvolvimiento de esas funciones. Estos programas podrían estar dirigidos a verificar si en el ejercicio de sus funciones los representantes cuentan con la formación y los medios necesarios y adecuados, así como que los Comités de Seguridad y Salud funcionan de una forma estable y se cumplen por las empresas los acuerdos alcanzados en su seno. El desarrollo práctico de este tipo de campañas también permitiría, tal y como se ha expuesto, canalizar un buen número de las denuncias formuladas por la representación sindical hacia las actividades planificadas y programadas por la ITSS, mejorando de esta forma la respuesta inspectora.

Los informes de actividad del año 2016 de la ITSS, ponen de manifiesto que, con ocasión de las visitas y comprobaciones realizadas, los

<sup>31</sup> El trasvase de poderes sancionadores de manos de las autoridades gubernativas a las judiciales operado como consecuencia de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922, sistema que se mantendrá hasta 1931, no logrará alcanzar grandes resultados positivos, debido a la acumulación de expedientes en juzgados no especializados en materia laboral y sobrecargados de trabajo, lo que hará interminable en muchas ocasiones la espera de una posible sentencia condenatoria (F. PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ: «Las infracciones laborales y la Inspección de Trabajo». Pág. 67. Ed. Montecorvo, S.A).

<sup>32</sup> Informe de actividad de la Fiscalía Especializada realizada en el año 2015. Informe sobre el estado de la seguridad y salud laboral en España 2015 (publicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, págs. 131 a 141).

<sup>33</sup> Artículos 19.5 y 64.7 a) 1º y 2º LET. En esta misma línea la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, garantiza y refuerza los derechos de información de los representantes de los trabajadores, además de atribuirles funciones de vigilancia y control. Así, el apartado 2 del artículo 9 se remite a la negociación co-

lectiva sectorial de ámbito estatal para establecer sistemas o procedimientos de representación de los trabajadores a través de representantes sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del respectivo territorio. Esta remisión, reitera lo ya establecido en el artículo 35.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, si bien constatado el fracaso de la puesta en marcha de los denominados delegados territoriales de prevención, han sido distintos instrumentos los que han amparado la realización de visitas conjuntas mediante comisiones integradas de forma paritaria por empresarios y trabajadores, como acontece en el sector de la construcción (artículo 130 del VI Convenio general del sector de la construcción), e incluso de carácter tripartito, integradas por sindicatos, empresarios y Administración, con funciones de seguimiento de la accidentalidad laboral en el sector, elaboración de estadísticas y organización y control de visitas a centros de trabajo (por todos, V Plan Director de Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad de Madrid 2017-2020).

Inspectores de Trabajo y Seguridad Social han sabido conjugar de una manera muy eficaz la disuasión con la promoción de la seguridad y salud<sup>34</sup>. Por tanto, resultaría de enorme interés para la ITSS poder contar con estudios específicos que midiesen el impacto que el conjunto de la actividad inspectora tiene sobre la siniestralidad laboral de las empresas inspeccionadas, lo que sin duda permitiría perfeccionar los instrumentos de inspección y planificación, de cara a poder incidir con una mayor intensidad en aquellas empresas en las que no se apreciase reducciones significativas en sus índices de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A mi juicio, la actuación coactiva desplegada por la ITSS en materia de prevención de riesgos laborales ha sido y es necesaria para lograr el cumplimiento por los sujetos obligados de las obligaciones preventivas

<sup>34</sup> Así, la actividad de la ITSS en el área de prevención de riesgos laborales representó el 20,11% del total de las inspecciones realizadas, y las infracciones el 18,55% del total de las sanciones propuestas. Dicho dato debe matizarse, pues hasta el momento en que se ponga en marcha la nueva Escala especializada en seguridad y salud laboral, la actividad de control en esta materia corresponde exclusivamente a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, representando para éstos algo más de un 27% de su actividad total. Durante ese año los Inspectores de Trabajo españoles finalizaron 101.761 órdenes de servicio en el área de prevención de riesgos laborales, de las que 10.568 se iniciaron con origen en una denuncia, 8.853 a solicitud de Juzgados, Tribunales y distintos organismos administrativos, y 15.270 como consecuencia de la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello supuso que del total de la actividad inspectora el 28,69% tuvo un origen rogado, frente al 71,31% que fue planificado, lo que acreditaría el cumplimiento por la ITSS española de los mandatos de la Comisión Europea y de las Autoridades nacionales de incidir en mayor medida en inspecciones planificadas. Si además ponemos en relación esta actividad planificada con los resultados de ese año, en el que se extendieron 10.811 actas de infracción por la comisión de 16.128 infracciones en prevención de riesgos laborales y se dictaron 100.243 requerimientos por incumplimientos en seguridad y salud, observaremos que solo un pequeño porcentaje de las inspecciones de trabajo finalizaron con el inicio de un procedimiento sancionador, ya que del conjunto total de las infracciones detectadas en seguridad y salud laboral en ese año (infracciones en acta más requerimientos), la Inspección sancionó en un 16,08% de los incumplimientos detectados (los más graves) y requirió la subsanación de la infracción, sin efectuar propuesta de sanción, en un 83,92%.

que diseña la Ley de prevención de Riesgos Laborales. Y seguramente, en un escenario como el actual, en el que vemos repuntar las cifras de siniestralidad, las inspecciones de esta naturaleza deberían incrementarse, pero ello no obsta para que, a la vista de los resultados de la actividad inspectora realizada, y a las exigencias derivadas del nuevo marco organizativo y competencial, la ITSS siga desarrollando sus funciones de información, asistencia técnica y composición de conflictos en el marco de la actividad planificada; funciones que también se han visto potenciadas como consecuencia de la nueva ordenación legal del Sistema español de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tal y como veremos a continuación.

### 2.3.2. *La promoción de la seguridad y salud en el trabajo como función esencial de la ITSS*

La LOSITSS, atribuye a la ITSS además de la función de vigilancia, control y exigencia de responsabilidades, una importante labor de asesoramiento, cuyo objeto consiste en prestar asistencia técnica a empresas y trabajadores, así como a los órganos judiciales y administrativos.

La atribución de esta importante función a la Inspección de Trabajo tiene su referente más inmediato en los Convenios 81 y 129 de la OIT, que reconocen como cometido propio de los Sistemas de Inspección el de «facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir con las disposiciones legales»; función también reconocida, como se ha visto, en distintas Comunicaciones de la Comisión Europea, siendo la última de ellas la de 10 de enero de 2017, citada, en la que partiendo la Comisión del reconocimiento previo de que resulta fundamental hacer cumplir la normativa, concluye que la cultura del cumplimiento debe mantenerse viva en las empresas a través de inspecciones, que deberían ir más allá de la mera comprobación y sanción,

«ayudando a las empresas a establecer mejores maneras de lograr el cumplimiento».

Además de las advertencias y requerimientos dictados para la subsanación de deficiencias en prevención de riesgos laborales, que también son una manifestación de la actividad preventiva de la ITSS, la función de asesoramiento se ha dirigido a evacuar consultas desde los órganos directivos de la ITSS, efectuadas normalmente por sindicatos, profesionales y servicios de prevención ajenos, y en mayor medida, ha sido desarrollada desde el año 2003, como consecuencia de la incorporación de los funcionarios Técnicos habilitados de las Comunidades Autónomas<sup>35</sup>, por cuanto los resultados de la actividad realizada por estos funcionarios reflejan que sus actuaciones se han centrado de forma mayoritaria en la promoción de la seguridad y salud<sup>36</sup>. Esta función de asesoramiento se ha prestado también, de una manera un tanto informal, por los Inspectores de Trabajo, con ocasión de las visitas y comprobaciones realizadas, propiciado sin duda por la cercanía y conocimiento de los inspectores de la realidad de las empresas y centros de trabajo, aunque al no existir registros fiables sobre este tipo de consultas no se conoce el alcance real de esta importante actividad. Sería deseable que, con ocasión de la incorporación de los nuevos Subinspectores de la Escala de Seguridad y Salud, cuya formación y conocimientos especializados los hacen especialmente propicios para el asesoramiento en orden al cumplimiento de las condiciones materiales o técnicas de trabajo, se articulasen registros en la ITSS en los que se detallasen el contenido y los resultados obtenidos con la asistencia prestada. Tampoco existen registros de la función desplegada por los inspecto-

res de Trabajo en su labor de asesoramiento en prevención de riesgos laborales en el ámbito de la negociación colectiva. Esta función se realiza en la mayoría de las ocasiones fuera de ámbito propio de la actividad inspectora, por lo que tampoco se dispone de registros fiables, aunque resulte conocida por los órganos directivos y territoriales de la ITSS. A mi juicio, esta función de asistencia técnica a la negociación colectiva debería ser potenciada por la ITSS, articulando para ello propuestas de asesoramiento dirigidas a los legitimados a negociar acuerdos y convenios colectivos, lo que podría realizarse en el ámbito de las distintas Comisiones Autonómicas y Provinciales de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como en el seno de los distintos Consejos de Relaciones Laborales que tienen constituidos la mayoría de las Comunidades Autónomas y en los que participa la ITSS. Y es que los interlocutores sociales han residenciado progresivamente en la negociación colectiva materias cuya remisión legislativa no es directa, llegando en ocasiones a determinar elementos esenciales de las condiciones en que se desarrolla la prestación o incluso sirviendo de filtro para la posibilidad o no de que dicha actividad se lleve a cabo<sup>37</sup>, lo que exigiría tener un conocimiento directo de la realidad sobre la que esas limitaciones vayan a operar, que podría ser facilitado a las comisiones negociadoras de los convenios por los Inspectores de Trabajo. Aspectos tan importantes como la vigilancia específica del estado de la salud de los trabajadores, o la formación e información que en prevención de riesgos deben facilitar las empresas a sus trabajadores, también pueden ser en muchas oca-

<sup>35</sup> La atribución de funciones inspectoras a estos Técnicos Habilitados se realizó por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, que modificó el apartado 2 y añadió los apartados 3 y 4 del artículo 9 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales.

<sup>36</sup> El informe Anual de la ITSS de 2016, reseña un total de 17.034 visitas realizadas por los 156 Técnicos habilitados, habiendo comunicado a la ITSS 477 requerimientos incumplidos, lo que determinó que se extendieran por la Inspección de Trabajo 167 actas de infracción.

<sup>37</sup> SEGADO RODRÍGUEZ, Pablo: «La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en prevención de riesgos laborales: una propuesta de sistematización». Revista nº 128/2017 del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Para este autor, un ejemplo paradigmático lo constituye la reforma operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal, que remite a la negociación colectiva aspectos tan importantes como la determinación de las actividades que, por su razón de peligrosidad, deben resultar excluidas de la contratación con una ETT.

siones definidos, concretados y mejorados en el marco de la negociación colectiva sectorial, al igual que como ya sucede en los Convenios generales de los sectores de la construcción y del metal, pudiendo, de esta forma, contribuir la ITSS a dinamizar la negociación colectiva en esta materia.

En la citada Comunicación de 21 de febrero de 2007, la Comisión Europea ya abogaba por reforzar el cumplimiento de la legislación comunitaria mediante la «intervención de inspectores de Trabajo como intermediarios para promover el mejor cumplimiento de la legislación en medianas y pequeñas empresas, prioritariamente a través de la educación, persuasión y motivación, así como, cuando sea necesario, mediante medidas coercitivas», lo que tuvo su reflejo en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), que estableció como uno de sus objetivos que la actividad a realizar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española se desarrollase de forma prioritaria mediante actuaciones y campañas planificadas y programadas y que las mismas tendrían un carácter informativo, así como de promoción y estímulo del cumplimiento de la normativa de prevención y no sólo un contenido estrictamente sancionador, debiendo la ITSS desempeñar un papel activo dentro de la «red de informadores» creada para favorecer la difusión y el conocimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales dentro de las PYMES, mediante el desarrollo de campañas de información y de actuaciones basadas preferentemente en el requerimiento<sup>38</sup>. A la luz de estas orientaciones y siguiendo su precedente legal inmediato, el artículo 12 de la LOSITSS ha concretado las funciones de asistencia técnica e información de la ITSS, que no obstante, y a pesar estar configurada como una función esencial<sup>39</sup>, se prestará por Inspectores y

Subinspectores «con ocasión de ejercicio de la función inspectora» (artículo 12.2 de la Ley). Ello revela que, a priori no estaríamos ante una actividad planificada de alcance general de asesoramiento a empresas y trabajadores, labor que podría ser más propia de otros órganos de la Administración Laboral. Ahora bien, nada obsta a que la Inspección de Trabajo pueda poner en marcha determinadas campañas planificadas en materia de seguridad y salud cuya finalidad no sea represiva (sin perjuicio de tener que sancionar los incumplimientos más graves que se detecten), sino que persigan impulsar el cumplimiento de la legalidad aplicable mediante acciones de carácter divulgativo e informativo, tal y como acontece cuando una nueva empresa inicia su andadura o el legislador le impone obligaciones de nuevo cuño. Este tipo de campañas que persiguen el cumplimiento voluntario de la norma, y que son una manifestación de su función preventiva, suelen abordarse, además de en otras materias<sup>40</sup>, en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo (normalmente impulsadas por el Comité de Altos Responsables de la ITSS), habiéndose obtenido muy buenos resultados como acreditan los informes anuales de la ITSS<sup>41</sup> relativos, entre otras, a las campañas frente a los riesgos de caída en altura, exposición a riesgos psicosociales o agentes químicos en el trabajo. Lo que carecería de sentido es que la Inspección prestase esa función informativa y de asistencia técnica a las empresas que cuentan con recursos suficientes en el ámbito del asesoramiento y gestión de recursos humanos, o con servicios de prevención propios, como es el

---

informativas y de asesoramiento técnico, de tal manera que ninguna otra función que se le encomiende «deberá entorpecer el cumplimiento efectivo de sus funciones principales o perjudicar, de manera alguna, la autoridad e imparcialidad que los inspectores necesitan en sus relaciones con los empleadores y con los trabajadores» (artículo 3.2 del Convenio 81 OIT).

<sup>40</sup> Tal es el caso de la actuación de la ITSS en el control de la contratación temporal (así lo dispuso una Moción del Congreso de los Diputados del año 2010 para impulsar, a través de un Plan de alcance general de la ITSS, la transformación de contratos temporales sin causa).

<sup>41</sup> Pueden consultarse en la dirección web: [www.empleo.gob.es/es/itss](http://www.empleo.gob.es/es/itss)

---

<sup>38</sup> Conclusiones recogidas en el Informe de la Dirección General de la ITSS de 27 de febrero de 2007, sobre impacto en la actuación inspectora derivadas de las medidas incluidas en la Estrategia de Prevención de Riesgos Laborales.

<sup>39</sup> El Convenio OIT 81, ha presentado integradas en el núcleo de las competencias esenciales de la ITSS, estas funciones

caso de las grandes empresas. Es por ello, por lo que la LOSITSS concreta que la función estará dirigida «especialmente» a las pequeñas y medianas empresas, si bien, también para este tipo de empresas, la función no podrá realizarse en abstracto, sino que se concretará dentro de la actividad de control que se esté realizando. Además, la LOSITSS amplía las funciones informativas de la Inspección, lo que obligará a Inspectores y Subinspectores a informar a los trabajadores o a sus representantes (o a ambos) sobre las «vías administrativas o judiciales para la satisfacción de sus derechos». Se pretende con ello que el trabajador afectado pueda disponer de una información que le permita reclamar aquéllos aspectos que no estén cubiertos por la actividad inspectora, como ocurriría, entre otros supuestos, con la vulneración de derechos fundamentales y el reconocimiento de indemnizaciones por los daños causados como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, ocasionados por los empresarios o por los fabricantes, importadores o suministradores de determinados productos y equipos de trabajo<sup>42</sup>.

Por lo demás, esta función es distinta a la de colaboración, vía normalmente informes, que la Inspección presta a las entidades y organismos de la Seguridad Social y a las autoridades competentes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. La razón de ser de estos informes se halla en el ejercicio de las competencias propias de esas Administraciones que deben valerse para ello de la información que pueda aportarle la Inspección de Trabajo; tal es el caso de las propuestas de recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y de los informes sobre reducción o incremento de las primas de aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En

ocasiones, el ejercicio de esta función puede concurrir con la de fiscalización, lo que puede determinar que se levante un acta de infracción o una propuesta de recargo conjuntamente con el informe emitido al órgano competente. Es más, no resulta infrecuente que los mismos hechos que van a ser informados sean tomados en consideración por la Inspección para fundar un requerimiento o una advertencia previa al levantamiento del acta, por lo que, en estos casos, la función informativa precede a la exigencia de responsabilidades. Así acontece, por ejemplo, cuando ante una solicitud judicial sobre un accidente de trabajo o enfermedad profesional se requiere por la ITSS a la empresa la adopción de una determinada medida de seguridad, o se levanta un acta de infracción por un incumplimiento detectado. Ello incardina a esta función dentro de la función inspectora, sin que pueda entenderse totalmente disociada de la misma, tal y como algún autor ha apuntado<sup>43</sup>.

### 2.3.3. *La composición de conflictos en el ámbito de la seguridad y salud laboral*

La LOSITSS reafirma las funciones de composición de conflictos que tiene atribuida la Inspección de Trabajo<sup>44</sup>. Esa atribución se basa en la caracterización de la Inspección de Trabajo como una institución de paz social, tanto por sus funciones de carácter preventivo como reactivo. El permanente contacto de la Inspección de Trabajo con el conflicto social favorece su intervención, siquiera informal, para tratar de solucionar los problemas que derivan de la aplicación de las normas labora-

<sup>43</sup> E. GONZALEZ BIEDMA: «La Inspección de Trabajo y el Control de la Aplicación de la Norma Laboral». Aranzadi 1999. Pág. 94.

<sup>44</sup> Sobre esta materia puede consultarse a VALDES DAL-RE. F.: «Inspección de Trabajo y Solución de Conflictos Colectivos de Trabajo. Publicación Conmemorativa del I Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2006». Págs. 525 y ss., y Nuria DE NIEVES NIETO: «La Inspección de Trabajo y la solución extrajudicial de conflictos laborales. La Inspección de Trabajo: Regulación española y perspectiva internacional». Thomson Reuters Aranzadi 2016.

<sup>42</sup> El artículo 41 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales regula las obligaciones de información de los fabricantes, importadores y suministradores, de equipos, productos, útiles maquinaria y sustancias químicas, así como de garantía de su efectividad y de que estos no van a producir daños siempre que se utilicen de acuerdo con sus instrucciones.

les. Esta función, por otra parte, desconocida para la mayoría de los operadores jurídicos, resulta muy eficaz, pues permite una rápida resolución de los conflictos, normalmente de intereses, pero también jurídicos, que con bastante frecuencia se dan en la realidad observada por la ITSS. En estos casos, la forma de actuar de la Inspección no está sometida a ningún procedimiento y será la experiencia del inspector, su especialización, y la confianza que las partes hayan depositado en el mismo, las claves que posibilitarán alcanzar un acuerdo.

Los reparos que los Interlocutores Sociales<sup>45</sup> y algunos autores han manifestado al ejercicio de estas funciones por la Inspección de Trabajo, no están a mi juicio justificados y parten de unos prejuicios hoy por hoy superados. Una correcta interpretación de estas competencias exigiría tener en cuenta las siguientes premisas: En primer lugar, nuestro sistema de relaciones laborales es un sistema plenamente democrático, en el que el denominado intervencionismo administrativo ha quedado relegado básicamente a la producción normativa (cuando no está predeterminada por el diálogo social) y a la verificación de su cumplimiento, por lo que la ITSS del siglo XXI actúa dentro de un marco legal y constitucional de relaciones laborales perfectamente equiparable al de los países de nuestro entorno. Hoy en día no podría aducirse que la atribución de esta función a la ITSS es una manifestación de un sistema de relaciones laborales poco desarrollado en el que prima la intervención del Estado sobre la autonomía colectiva de las partes. Si los interlocutores sociales, de acuerdo al principio de autonomía colectiva que la Constitución les reconoce, han diseñado procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, la ITSS debe adecuarse (y así lo ha hecho) a este nuevo escenario para

evitar precisamente intervenir cuando no es llamado a ello. Tal es así que el artículo 12.3 de la Ley Ordenadora establece que «Las funciones de conciliación, mediación y arbitraje de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se desarrollarán sin perjuicio de las facultades atribuidas a otros órganos de las Administraciones Públicas y a los órganos instaurados por los sistemas de solución de conflictos laborales basados y gestionados por la autonomía colectiva»<sup>46</sup>. Quiere ello decir que la función de composición que la Ley atribuye a la ITSS es independiente y, en su caso, complementaria de la atribuida a los órganos creados por la autonomía colectiva. El pretendido carácter subsidiario de la mediación inspectora frente a los sistemas autónomos de solución que los Interlocutores Sociales quisieron hacer valer en el dictamen del Consejo Económico y Social sobre el anteproyecto de la LOSITSS, debe venir de la voluntad de las partes libremente expresada en los acuerdos de adhesión a esos sistemas autónomos, y no tanto por la voluntad del legislador, que con notable acierto ha entendido que el sometimiento de las partes a la mediación o al arbitraje de la ITSS debe ser voluntario, lo que evita toda duda sobre su constitucionalidad y garantiza su eficacia. En segundo lugar, la ITSS se configura como un servicio público cuyos funcionarios actúan bajo los principios de objetividad e imparcialidad, y a quienes se les garantiza «independencia frente a cualquier influencia indebida». Esta situación equipara a los inspectores con otros profesionales que pudieran estar interviniendo como mediadores o árbitros en el seno de los órganos creados por la autonomía colectiva. El hecho de que además la función se preste por un servicio público cuyo coste se sufraga con impuestos, permite un acceso

<sup>45</sup> Dictamen del Consejo Económico y Social de 25 de marzo de 2015. Observación general y al artículo 12 del APL, que exige una garantía legal del carácter «subsidiario respecto de los sistemas autónomos de solución de los conflictos laborales».

<sup>46</sup> La redacción inicial contenida en el PL fue modificada como consecuencia de la observación efectuada por el CES (incorporando la referencia a los sistemas autónomos de solución de conflictos) y por la enmienda del PNV en el Congreso, que fue aceptada, si bien ésta estaba referida básicamente a las funciones de conciliación que corresponden a la autoridad laboral en el marco de los procedimientos por despido y reclamación de cantidad.

universal y gratuito de las empresas y trabajadores, independientemente de la situación económica en la que se encuentren. Y, en tercer lugar, las funciones de mediación y arbitraje se ejercen por los inspectores de forma diferenciada de las funciones de vigilancia y control, lo que garantiza la imparcialidad de la propuesta de mediación o del laudo arbitral dictado por el inspector. La Ley, con carácter novedoso<sup>47</sup> y haciéndose eco de las solicitudes cursadas por distintos operadores jurídicos con ocasión de la elaboración de su anteproyecto, establece un deber de «reserva sobre la información obtenida en el ejercicio directo de las funciones de arbitraje o mediación» [artículo 13.3 c)], no pudiendo comunicarla a los servicios de inspección para el ejercicio de las funciones de vigilancia y control.

A mi juicio, la regulación de la LOSITSS, siguiendo su precedente inmediato, no distingue entre funciones principales y accesorias a desarrollar por la ITSS, y no califica como accesorio a la función de composición de conflictos ni la somete a requisito alguno, ni tampoco limita su alcance material, por lo que, como luego veremos, en teoría podría también desplegar sus efectos sobre determinados conflictos en materia de seguridad y salud en el trabajo, aunque creo que de una forma muy limitada. Como se ha visto, basta con la solicitud de cualquiera de las partes y su aceptación por la otra para que la Inspección pueda desplegar esta función, sin otras exigencias que las que derivan de la incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de la función de fiscalización y la de composición. Ahora bien, dicha actividad se presentará para la ITSS como una actividad esencialmente rogada, sin que pueda estar sometida a previa planificación, lo que supone que se ejercerá con un menor nivel de intensidad que el resto de los come-

tidos inspectores que son cuantitativamente más importantes, especialmente si lo comparamos con los de fiscalización del cumplimiento de las obligaciones empresariales que, como se ha visto, obedecen mayoritariamente a una actividad planificada. El hecho de que la actividad de composición tenga para el Inspector un origen rogado, no supone que debamos incurrir en ella en el ámbito de los procedimientos sancionadores. Por el contrario, la Ley deja claro que esta función componedora se ejercerá por la ITSS «en su caso», según reza el artículo 1.2 de la LOSITSS, lo que quiere decir que tiene carácter discrecional para la ITSS, aunque su rechazo deberá estar motivado. Lo normal es que ante la existencia de un conflicto que resulte conocido por la ITSS, se realice, por los órganos de dirección o por el Inspector de Trabajo, un ofrecimiento a las partes de conciliación o mediación (a diferencia de ello el arbitraje deberá ser solicitado por las partes), que de resultar aceptado (por ambas partes) obligaría a conocer del mismo a la ITSS, sin que quepa su rechazo por el Inspector de Trabajo designado, salvo en los supuestos taxados de abstención o recusación. En el caso de que el origen fuese una denuncia sobre incumplimientos empresariales en seguridad y salud en el trabajo, el artículo 9.6 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, faculta a la ITSS (a sus órganos directivos) para abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar la actuación inspectora, lo que llegado el caso podría determinar el ofrecimiento al denunciante de intentar conciliar o mediar en el conflicto. De esta forma, la regulación de la LOSITSS se ajusta a las exigencias de la Organización Internacional del Trabajo sobre la función de composición de conflictos de la Inspección de Trabajo, al no afectar, como se ha visto, ni a las funciones esenciales de fiscalización, información y asistencia técnica, ni comprometer la imparcialidad y objetividad del inspector que esté interviniendo. La pretensión del legisla-

<sup>47</sup> El PL de 2011 modificaba el artículo 3 y al referirse a las funciones de conciliación, mediación y arbitraje, establecía que «La información obtenida en funciones de conciliación y mediación no será utilizada en el ejercicio de las funciones de vigilancia y exigencia de cumplimiento de las normas de orden social» (número 3.1).

dor español no ha sido otra que la de garantizar que las funciones inspectoras se van a desarrollar de una forma equilibrada, sin que ninguna de ellas pueda limitar o impedir el ejercicio de las restantes. En cierta medida se atisba en la nueva regulación una pretensión de revitalización de esta importante función, que además sería acorde con la intervención esperada de la ITSS en distintos ámbitos. ¿Y por qué no en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo?

Si bien en algunas materias, como acontece en el caso de las condiciones materiales de trabajo, resulta especialmente difícil la intervención de la Inspección como órgano armonizador<sup>48</sup>, no ocurre así con otras. Tal es el caso de algunos conflictos que se han sustanciado ante la ITSS en materia de riesgos psicosociales, en algunos supuestos de acoso moral en el trabajo, protección de la mujer trabajadora en situaciones de embarazo, reincorporación tras el parto y lactancia, y en distintos conflictos interpretativos sobre procedimientos de evaluación de riesgos aplicables, o en la forma de entender las actividades de coordinación de actividades empresariales entre empresas o entre éstas y los trabajadores autónomos; actividad inspectora que a pesar de resultar conocida por los órganos directivos de la ITSS tampoco tienen un reflejo en las estadísticas. A mi juicio, estos procedimientos gozarían de una naturaleza mixta entre los procedimientos de asistencia técnica y los de composición de conflictos, pudiendo denominarse procedimientos de armonización, lo que en el argot de los Inspectores no es más que un procedimiento de buenos oficios. Se trata de procedimientos no reglados, que no obstante se presentan a la ITSS como auténticos conflictos de intereses. Tal es el caso de las solicitudes efectuadas para la determinación de los

procedimientos de evaluación de riesgos, especialmente los referidos a evaluación de riesgos psicosociales, ergonómicos y derivados de la utilización de pantallas de visualización de datos, en los que se parte de la existencia previa de un conflicto de intereses, suscitado normalmente en el seno de los Comités de Seguridad y Salud. En estos casos la ITSS no realiza una labor de mediación al uso, por cuanto no propone a las partes una solución a sus discrepancias, basada normalmente en la transacción de las posiciones de ambas partes, sino que lo que les ofrece es una opinión cualificada sobre la mejor forma de proceder, que en todos los casos será la más garantista para los derechos de los trabajadores. Ello aproxima esta actividad más a la asistencia técnica y a la conciliación que a la mediación. Ahora bien, a pesar de que este tipo de actuaciones no puedan incardinarse en la actividad de composición de conflictos, lo que sí es cierto es que tras la intervención de la ITSS se genera en la empresa un mejor clima laboral y de entendimiento entre las partes que, a la vez que dinamiza la aplicación de medidas por la empresa, mejora la confianza de los trabajadores y sus representantes en la forma de proceder de ésta, lo que hace desaparecer el conflicto. Este tipo de intervenciones también se realizan de una manera informal, y en la mayoría de las ocasiones tienen su origen en una solicitud de las partes, o en el conocimiento que del conflicto tiene el propio Inspector. A salvo de los supuestos que pudieran ser constitutivos de delito, el hecho de que algunos aspectos que se presentan a la ITSS pudieran afectar a derechos fundamentales de los trabajadores, ello no obstaría a su conocimiento y toma en consideración por el Inspector de Trabajo, tal y como acontece en algunos estadios previos al acoso moral en el trabajo, en los que resulta muy difícil que la ITSS pueda desplegar con éxito su actividad de fiscalización, al no poder revelar el origen de su intervención<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> SEGADO RODRÍGUEZ, Pablo, en el trabajo citado, entiende que la imposibilidad de transacción sobre las condiciones materiales de trabajo, los requisitos de los equipos de trabajo, o de protección individual, entre otros, lastran en buena medida el ejercicio práctico de la actividad de composición en este tipo de conflictos, si bien es cierto que continúan siendo frecuentes las dudas interpretativas y aplicativas que dicha normativa técnica suscita entre empresarios y trabajadores.

<sup>49</sup> Ello entraría en colisión con el deber de reserva que, sobre el origen de la queja, pesa sobre Inspectores y subinspectores (artículo 10.1 de la LOSITSS), lo que aconseja que, por parte de las Jefaturas de Inspección, antes de asignar la orden de servicio se abra un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la convenien-

En estos y en otros supuestos, la intervención de la ITSS permitiría, de alcanzarse un acuerdo entre las partes, el restablecimiento de los derechos de los afectados, sin necesidad de recurrir a la vía judicial, que en la mayoría de los casos se presenta como una vía meramente resarcitoria frente a los daños producidos, una vez que se ha producido el despido del trabajador. El acuerdo podría ir acompañado de un procedimiento de vigilancia que permitiese al inspector verificar que la situación que dio origen a su intervención ha sido resuelta. No estaría de más que, mediante Criterio Operativo de la ITSS, se estableciesen los supuestos concretos en los que la ITSS pudiera ofrecer sus buenos oficios, lo que dotaría al Sistema de una cierta uniformidad en sus actuaciones.

### 3. LA NUEVA ORGANIZACIÓN Y LA ESPECIALIZACIÓN FUNCIONAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA LEY 23/2015

Tal y como se ha visto, la LOSITSS, supone una importante oportunidad para que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española mejore su especialización en el desarrollo de sus funciones de vigilancia, control y asistencia técnica en prevención de riesgos laborales. Para ello, la Ley ha previsto la mejora de su especialización funcional a través de la creación de una nueva Escala de funcionarios, a los que asignarán exclusivamente funciones especializadas en seguridad y salud en el trabajo, y que permitirá desarrollar el principio de trabajo programado y en equipo a que se refiere el artículo 2 c); materia la de la seguridad y salud en el trabajo que se ha convertido en una disciplina propia, lo que reforzaría, a

cia o no de iniciar la actuación inspectora, y su caso, ofrecer la conciliación o mediación al denunciante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.6 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

mi juicio, la necesidad de contar con funcionarios, Inspectores y Subinspectores, con una alta especialización.

También propicia la LOSITSS una nueva organización, pues como se ha visto, en la actualidad la ITSS cuenta con un total de veinticinco unidades especializadas en prevención de riesgos laborales, que deberán ser ampliadas para incorporar a los efectivos de la nueva Escala, pudiendo éstas estructurarse en áreas de alta especialización, lo que permitiría poder contar con áreas especializadas en siniestralidad laboral, por ser su reducción el principal objetivo a que debe atender la planificación inspectora.

La creación de esta nueva Escala se encontraba ya prevista en el Proyecto de Ley del año 2011, de modificación de la Ley 42/1997, Ordenadora de la ITSS, por cuanto el incremento de la siniestralidad laboral producido en la primera década de este siglo, había suscitado el debate sobre la suficiencia y capacidad de la Inspección de Trabajo para hacer frente a este problema. Para la Inspección resultaba de enorme interés contar con un Cuerpo especializado en materia de prevención de riesgos laborales, alineándose de esta forma con muchas de las Inspecciones de Trabajo europeas que cuentan con funcionarios técnicos especializados en seguridad y salud en el trabajo. Es por ello, por lo que tanto durante los trabajos de elaboración del Anteproyecto de Ley de la Ley 23/2015, como después en su tramitación parlamentaria como Proyecto de Ley, hubo un consenso generalizado sobre la necesidad de que la ITSS mejorase su especialización funcional<sup>50</sup>. Así también lo había

<sup>50</sup> A pesar de ello, durante la tramitación parlamentaria se presentaron varias enmiendas que intentaron modificar tanto la configuración del Cuerpo de Subinspectores como la naturaleza de las funciones asignadas. Así una enmienda del Grupo Socialista en el Congreso, posteriormente reiterada en el Senado, pretendía configurar dos Cuerpos de Subinspectores, lo que hubiera supuesto una pérdida notable de la visión integrada de la actividad que un único Cuerpo puede realizar mediante distintas especializaciones, en el marco de la actividad programada y en equipo. Asimismo, otra enmienda del mismo Grupo y también reiterada por el Grupo de IU-EU en el Senado pretendió eliminar la referencia a la comprobación

sugerido el Comité de Altos Responsables de la ITSS en su evaluación del Sistema español en el año 2012, con lo que además se atendía por la Ley la demanda de las Instituciones Europeas. Esta creciente especialización supone que, por primera vez, se integren en el Sistema de Inspección y bajo su dependencia orgánica funcionarios con titulaciones de carácter técnico en el ámbito de las ingenierías, la arquitectura o las ciencias de la salud, entre otras.

### 3.1. La justificación de la Escala de Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral

El preámbulo de la Ley, que nos orienta sobre el espíritu del legislador, motiva la creación de la Escala en la necesidad de incrementar la eficacia y en dar una más pronta respuesta a las demandas sociales en cuestiones que afectan a la vida y salud de los trabajadores. Se trata pues, de una medida de «racionalidad» y «mejora organizativa» con vistas a lograr un servicio público de calidad.

A mi parecer, tres son los problemas que la LOSITSS ha pretendido resolver mediante la puesta en marcha de esta nueva Escala:

El primero y quizás el más importante, es el déficit de personal técnico especializado con el que cuenta el Sistema de ITSS español en una disciplina, como es la seguridad y salud en el trabajo, que abiertamente ha rebasado el ámbito estrictamente jurídico para situarse en un plano casi exclusivamente técnico (o muy mayoritariamente técnico). Hoy por hoy, la normativa española en materia de prevención de riesgos laborales configura un marco

general de obligaciones y deberes para empresas y trabajadores, cuya vigilancia corresponde casi exclusivamente a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (sin perjuicio de otras Administraciones y órganos con competencias muy residuales en ámbitos muy reducidos<sup>51</sup>), y cuya última concreción no se encuentra en muchas ocasiones en disposiciones de carácter reglamentario o convencional, sino en normativa jurídico técnica o exclusivamente de índole técnico. Es especialmente en el ámbito de las condiciones materiales de trabajo en el que encontramos numerosos ejemplos de la aplicación directa (ante la indeterminación de la norma) de normativa jurídico técnica o exclusivamente técnica. Tal es el caso, entre otras, de las Instrucciones Técnicas complementarias de determinados reglamentos; de la normativa armonizada europea a la que se acogen los fabricantes de equipos de trabajo, sistemas de protección colectiva o equipos de protección individual; de los criterios o métodos recogidos en las normas UNE que contienen aspectos técnicos que necesariamente deben ser aplicados en ausencia de otra normativa; de las guías técnicas del anterior Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo o de entidades de reconocido prestigio; de las normas internacionales o de otros métodos o criterios profesionales descritos documentalmente<sup>52</sup>. Y ello es así, porque la Ley de prevención de Riesgos Laborales configura a la deuda de seguridad del empresario como una deuda de medios y no de resultado, por lo que éste, en el marco de sus responsabilidades y en cumplimiento del deber de prevención, deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, adoptando «cuantas medidas sean necesarias para la seguridad y salud de los trabajadores»<sup>53</sup>.

del cumplimiento y control de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en los aspectos que afecten directamente a las «condiciones materiales de trabajo» [artículo 14.3 a) de la Ley], que de no haber sido rechazadas hubiera supuesto la práctica equiparación de las funciones a desarrollar por inspectores y subinspectores, con la consiguiente pérdida de eficacia. Solo desde una visión no integrada de la actividad inspectora pueden entenderse estas enmiendas.

<sup>51</sup> Véase el artículo 7.2 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales.

<sup>52</sup> Ejemplo de ello lo encontramos en los criterios y procedimientos de evaluación y en los métodos de medición, análisis o ensayo a que se refieren los artículos 5.2 y 7 d) del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997).

<sup>53</sup> Artículo 14.2 LPRL.

Por tanto, cada vez en mayor medida se exige a la Inspección de Trabajo una alta especialización en una materia cada vez más técnica y con una regulación específica (sea jurídica, jurídico-técnica o técnica), lo que determina la necesidad de contar con conocimientos cualificados que, en determinados ámbitos de la actuación inspectora, como puede ser el control de las condiciones materiales y técnicas de trabajo, pueden ser adquiridos y desarrollados, en mejor medida, por funcionarios que dispongan de titulaciones universitarias correspondientes a las ramas técnicas. Por ello, es por lo que la Disposición adicional quinta de la LOSITSS, exige que para el ingreso en la nueva Escala será necesario disponer de título universitario oficial de Graduado adscrito a la rama del conocimiento de ciencias, ciencias de la salud, o ingeniería y arquitectura. Con esta decisión del legislador la Inspección de Trabajo española se aproxima a otros modelos europeos de inspección especializada en seguridad y salud laboral<sup>54</sup>, pero sin perder su carácter generalista<sup>55</sup>, al articular un régimen de funcionamiento multidisciplinar basado en el trabajo programado y en equipo, lo que además afectará a su organización en todo el Estado<sup>56</sup>. Será en el seno de los equipos de inspección, integrados por Inspectores y Subinspectores,

en el que se desarrollen de forma plena los principios de especialización funcional, tanto el área de prevención de riesgos laborales como en el resto.

El segundo problema que la Ley trata de resolver mediante la nueva Escala, se refiere al escaso apoyo pericial y técnico con el que históricamente ha contado la Inspección de Trabajo en sus actuaciones. Ello es así, a pesar del mandato del legislador contenido tanto en la Ley de prevención de Riesgos Laborales como en la Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social<sup>57</sup>. Este asesoramiento, del que ni siquiera se cuenta con registros disponibles (nada refieren los Informes anuales de la ITSS), está circunscrito, en la mayoría de los casos, a los supuestos singulares detallados por Ley y ligados a la investigación de determinados accidentes de trabajo, bien por su gravedad, notoriedad pública o alarma social<sup>58</sup>. Por tanto, han quedado al margen de este apoyo técnico la gran mayoría de las actuaciones de comprobación realizadas por los Inspectores de Trabajo, lo que en ocasiones ha mermado la eficacia de las actuaciones de control y su incidencia en la mejora de condiciones de seguridad y salud de los puestos de trabajo. Con la nueva Escala se persigue pre-

<sup>54</sup> Tal es el caso, entre otras, de las inspecciones de Holanda, Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Alemania e Irlanda.

<sup>55</sup> Artículo 15. 2 LOSITSS: «La especialización funcional que regula esta ley será compatible con los principios de unidad de función y de actuación inspectora. En su virtud, cualquiera que sea el origen de su actuación, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social podrán desplegar cuantas actuaciones de investigación y adoptar cuantas medidas consideren oportunas, respecto de la totalidad de las materias del orden social a que extienden sus competencias, con independencia de la Administración Pública a la que estén adscritos orgánicamente».

<sup>56</sup> El artículo 32. 3 y 4 LOSITSS, determina que la estructura territorial, en aplicación del principio de trabajo programado y en equipo, deberá contemplar las unidades especializadas precisas en las áreas funcionales de actuación de la inspección y que la definición y puestos de inspección de la estructura territorial del Organismo Estatal atenderá a los principios de eficacia, eficiencia y trabajo programado y en equipo y a la necesidad o conveniencia de diversificar las tareas inherentes al ejercicio de las funciones inspectoras.

<sup>57</sup> El artículo 9.2 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales, dispone que las Administraciones General del Estado y de las Comunidades Autónomas adoptarán, en sus respectivos ámbitos de competencia, las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la ITSS. Por su parte la Ley 23/2015, en su artículo 16.4 dispone que «Los órganos de la Administración General del Estado y los de las Comunidades Autónomas colaborarán con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y le prestarán el apoyo y el asesoramiento pericial y técnico necesario», lo que singularmente se articulará en los convenios bilaterales que se suscriban con las Comunidades Autónomas (artículo 25.2), concretándose operativamente en el marco de las Comisiones Operativas Autonómicas (artículo 34.2 b).

<sup>58</sup> Tal es el caso del asesoramiento prestado por el anterior Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo, que se circunscribe al apoyo técnico y colaboración en las funciones de vigilancia y control en el ámbito de las Administraciones públicas (artículo 8.1. c) de la LPRL, o al prestado por los Institutos Regionales de Seguridad y Salud en el Trabajo con ocasión de la investigación de accidentes de trabajo.

cisamente mejorar la eficacia de determinadas campañas de inspección, circunscritas al ámbito de las condiciones materiales de trabajo. Asimismo, a través de la intervención de esta Escala, también se propiciaría que directamente por la Inspección de Trabajo se pudiesen investigar los efectos que sobre la seguridad y salud de los trabajadores tienen los procedimientos empleados por las empresas, los materiales utilizados por éstas o los métodos de trabajo, lo que sin lugar a dudas mejoraría la respuesta proactiva que debe predicarse de una Inspección de Trabajo moderna, como lo es la española, incorporando este tipo de controles a su actividad programada. Con ello, igualmente se da, a mi juicio, un mayor grado de cumplimiento del Convenio 81 de la OIT<sup>59</sup>.

Y el tercer problema al que la Ley vendría a dar solución sería el de la escasa incidencia que sobre el conjunto total de la actividad inspectora ha tenido siempre la función de información y asistencia técnica, a salvo de la actividad desarrollada a través de los requerimientos de subsanación. Dicha función, que como hemos visto se configura legalmente como función propia, pero no exclusiva<sup>60</sup>, de

<sup>59</sup> El artículo 9 del Convenio 81 OIT dispone que «Todo Miembro dictará las medidas necesarias para garantizar la colaboración de peritos y técnicos debidamente calificados, entre los que figurarán especialistas en medicina, ingeniería, electricidad y química, en el servicio de inspección, de acuerdo con los métodos que se consideren más apropiados a las condiciones nacionales, a fin de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, e investigar los efectos de los procedimientos empleados, de los materiales utilizados y de los métodos de trabajo en la salud y seguridad de los trabajadores».

<sup>60</sup> Varias son las referencias contenidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales relativas a las funciones de asistencia e información que corresponden a la Administración Laboral dependiente de las Comunidades Autónomas, al anterior Instituto de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo, dependiente de la Administración General del Estado y a la Administración Sanitaria, que resultarían, por tanto, compartidas con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (artículos 7, 8, 9 y 10). En definitiva, todos estos preceptos legales son el corolario de las políticas públicas de promoción de la seguridad y salud en el trabajo, que deben estar debidamente coordinadas (artículo

la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se dibuja por la LOSITSS como una función inspectora que debe ser ejecutada con el mismo nivel de intensidad que la función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa preventiva. En otro caso, la función inspectora sería ejecutada solo de forma parcial, lo que podría afianzar la percepción social hacia la Inspección de Trabajo no como un servicio público de instrucción y mejora de las condiciones de trabajo, sino como un órgano eminentemente represivo y sancionador (como un «obstáculo» calificaba la Comisión Europea), lo que además resultaría contrario al espíritu de los Convenios 81, 129 y 187 de la OIT. Por tanto, esta función de asistencia técnica, desarrollada de forma equilibrada con la de vigilancia y control, resulta esencial para garantizar un mejor grado de conocimiento de la legislación de seguridad y salud por las empresas, especialmente de las pequeñas y micro empresas. Nada impediría que se programasen por la ITSS actuaciones de vigilancia y control sobre empresas, situaciones o sectores con alta siniestralidad o riesgos emergentes, y otras, de tipo más preventivo, mediante acciones de asesoramiento e información sobre empresas, sectores o situaciones en las que las cifras de siniestralidad sean menores o no se den las circunstancias antedichas. Un buen ejemplo de ello es la campaña de control de las comunicaciones de apertura de nuevos centros de trabajo en determinados sectores de actividad (con exclusión de la construcción), en los que la actividad inspectora se basa preferentemente en el requerimiento y en la asistencia técnica, y solo en la sanción cuando la conducta empresarial sea acreditativa de un incumplimiento doloso de la norma. No tendría ningún sentido que las nuevas empresas naciesen al mercado con una sanción nada más iniciar su andadura, siempre claro está, que no se hayan producido daños para la seguridad o salud de sus empleados.

11) y resultar conocidas por los interlocutores sociales en el marco de los órganos colegiados de participación institucional en materia de seguridad y salud en el trabajo (artículo 13).

### 3.2. El ámbito funcional y las competencias de la Escala de Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral

Para poder delimitar correctamente el ámbito funcional y las competencias que la Ley reconoce a los Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral (SSSL), debemos partir de los antecedentes legislativos de la nueva Escala y de los trabajos realizados por el extinto Ministerio de Empleo y Seguridad Social en la fase de elaboración del Anteproyecto de Ley de la LOSITSS.

Respecto a los antecedentes legislativos, debe destacarse que el 24 de junio de 2011 el Congreso de los Diputados acordó la tramitación del Proyecto de Ley por el que se modificaba la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (PL). Dicho Proyecto de Ley finalmente decayó como consecuencia de la disolución de las Cámaras y la convocatoria de las elecciones generales de 2011. En lo que aquí interesa, el Proyecto configuraba un Cuerpo de Subinspectores Laborales que estaría compuesto por dos Escalas; la Escala de Empleo y Seguridad Social formada por los componentes del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, que continuarán desarrollando sus funciones, si bien se les ampliaban; y la Escala de Seguridad y Salud, que estaría especializada en la vigilancia de la legislación en prevención de riesgos laborales, lo que según rezaba el preámbulo de la norma proyectada, aportaría «equilibrio al Sistema, dando entrada en el mismo a personal de perfil técnico; con ello también se permite la configuración de equipos de inspección más eficaces y una distribución más racional de las tareas, al existir un Cuerpo de Inspectores de carácter transversal y un Cuerpo de Subinspectores con dos Escalas especializadas en áreas funcionales de actuación».

Este Proyecto de 2011, fue aprobado por el Gobierno en un contexto de fuerte crisis económica y alta siniestralidad laboral, lo

que había obligado al ejecutivo a dictar, previamente a su aprobación por el Consejo de Ministros, distintas medidas legislativas y ejecutivas para tratar de contener el déficit público, mejorar los ingresos del Estado y de la Seguridad Social y luchar de forma más eficaz frente al fraude fiscal y a la Seguridad Social (Plan Especial de actuación de la ITSS y Real Decreto Ley 5/2011), por lo que la creación de la nueva Escala de funcionarios obedecía a la necesidad de dar respuesta a las crecientes cifras de siniestralidad laboral, propiciadas en buena medida por el impacto negativo de la crisis económica sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones preventivas de las empresas.

Partiendo de esos antecedentes, la LOSITSS aborda la necesidad de dar continuidad a la nueva Escala especializada en seguridad y salud en el trabajo, si bien, a diferencia del proyecto de 2011, configurándola como una Escala con un perfil de alta especialización, y para ello delimita un ámbito funcional y competencial distinto al proyectado, estableciendo en consonancia con ello requisitos especiales en cuanto a la titulación exigida para su acceso. De esta forma, el legislador de 2015 apuesta no solo por reforzar las funciones de vigilancia y control de la ITSS, sino también las de asistencia técnica e información.

En términos comparativos, y a efectos meramente expositivos de las competencias de los Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral, pueden establecerse las siguientes diferencias entre la regulación contenida en el PL de 2011 y la LOSITSS de 2015:

Las actuaciones a realizar por los SSSL, se extienden, con carácter general, sobre los mismos sujetos a que se refiere el artículo 19.1 de la LOSITSS<sup>61</sup>. No obstante, la primera diferen-

<sup>61</sup> La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se extiende a las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, a las comunidades de bienes u otras entidades sin personalidad jurídica, en cuanto sujetos obligados o responsables que sean del cumplimiento de las normas del orden social.

cia que puede establecerse con el PL de 2011, es que en la LOSITSS existe una clara exclusión de los SSSL en lo que afecta a la vigilancia y control de la prevención de riesgos laborales en las Administraciones Públicas, que de esta forma estarían vedadas a los funcionarios de la nueva Escala y no solo en el ámbito de la Administración General de Estado, sino también en la Autonómica, Provincial y Local. Ello impediría que los órganos de dirección del Sistema, a través de sus Direcciones y Jefaturas, asignasen órdenes de servicio a esta nueva agrupación de funcionarios cuando el destinatario sea cualquier Administración Pública, independientemente de que éstas tuviesen un origen rogado o planificado; y mucho menos podrán actuar por propia iniciativa, que les está vedada por Ley<sup>62</sup>. La razón de esta exclusión se encuentra tanto en los antecedentes históricos que rigen en la materia, como por la actual regulación que de ella se hace en los artículos 14.3 y 22.4 de la LOSITSS. Así, el artículo 18.3.9 de la Ley 42/1997, reservaba a la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la inspección de los centros de trabajo regidos o gestionados por la Administración General del Estado; competencia que por delegación de la referida autoridad recae en los Jefes de las Inspecciones Provinciales o en el Inspector de Trabajo designado por éste [artículo 53.2.d) del ROFITSS]. En la actualidad, tras la configuración de la Dirección General de la ITSS como un Organismo Autónomo, la competencia ya no se residencia en la Autoridad Central (el Director del Organismo), sino en la Dirección Especial de Inspección, a la que se han atribuido funciones de coordinación de las actuaciones, incluidas las relativas a seguridad y salud en el trabajo, que «versen sobre los entes, organismos, y entidades que forman parte del sector

público estatal»<sup>63</sup>, así como funciones de dirección y desarrollo de actuaciones de inspección cuando la competencia material corresponda a la Administración General del Estado. Por tanto, la vigilancia y control de la prevención de riesgos laborales del sector público estatal, en lo que atañe a sus distintas sedes territoriales, corresponderá, en su caso, a las Inspecciones Provinciales y Direcciones Territoriales de la ITSS en las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la coordinación que corresponderá a la Dirección Especial de Inspección, que de esta forma deberá coordinar no solo la actividad inspectora en la AGE (rogada y planificada), sino en todo el sector público estatal (sociedades mercantiles, entidades públicas empresariales y fundaciones). Respecto a las sedes centrales de la AGE, la competencia de inspección seguirá estando domiciliada en la Dirección Especial, por razón de lo dispuesto en el artículo 3 del RD 707/2002<sup>64</sup>. Por el contrario, la coordinación de la actividad inspectora, rogada o planificada, realizada sobre la Administración de las Comunidades Autónomas y en las sociedades mercantiles, entidades públicas empresariales y fundaciones dependientes de ella, corresponderá a las Direcciones Territoriales de la ITSS en cada una de las Comunidades Autónomas. En todo caso, cuando las actuaciones afecten a una Administración Pública, únicamente podrán ser realizadas por miembros del Cuerpo de Inspectores de Trabajo, pues ni el artículo 14.3 ni el 22.4 de la LOSITSS atribuye a los Subinspectores la facultad de «requerir a las Administraciones Públicas por incumplimiento de disposiciones relativas a la salud o seguridad del personal a su servicio», aun tratándose de condiciones materiales de trabajo, lo que determinará que el servicio siempre deba ser asignado a un Inspector de Trabajo y Seguridad So-

<sup>62</sup> Al igual que para los Subinspectores Laborales de la Escala de Seguridad Social y Empleo, los de la Escala de Seguridad y Salud Laboral únicamente podrán actuar con ocasión de las órdenes de servicio recibidas y bajo la dirección y supervisión técnica de un Inspector de Trabajo y Seguridad Social (artículos 14.1 y 20.3 de la LOSITSS).

<sup>63</sup> Disposición adicional segunda, apartado 2 de la Ley 23/2015.

<sup>64</sup> Real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

cial. Por el contrario, tratándose de empresas, entidades o fundaciones públicas estatales, los SSSL sí podrán participar en actuaciones de vigilancia y control, lo que podrá venir determinado, en ausencia de un criterio o directriz específico de la Dirección General de la ITSS, por el Jefe de Inspección o Director Territorial. Lo mismo cabría decir en el supuesto de que la actividad de control afectase al sector público de una Comunidad Autónoma, de una Diputación o de un Ayuntamiento, pues los SSSL únicamente podrán actuar en el ámbito de las sociedades mercantiles, entidades públicas empresariales y fundaciones públicas, y no en las Administraciones autonómicas, provinciales o locales. En todo caso, en la medida en que la intervención que se predica debe desarrollarse en el seno de un equipo de inspección, a cuyo frente se encontrará un Inspector de Trabajo, parece que no existiría obstáculo alguno a la intervención en estos sectores de los Subinspectores, tanto en acciones de control directo de empresas, entidades o fundaciones públicas, como en régimen de apoyo y colaboración con el Inspector de Trabajo designado.

La segunda diferencia radica en que el PL de 2011 incluía de forma expresa la competencia de los SSSL para investigar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por el contrario, la LOSITSS excluye de las competencias de los SSSL la investigación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, al considerar que dicha investigación no debe adoptar un enfoque exclusivo en materia de prevención de riesgos laborales, sino que el inspector actuante en el curso de su investigación debe tomar en consideración otros aspectos de la normativa social que hayan podido tener influencia directa o indirecta en el accidente o enfermedad profesional, como son, entre otros, los relativos a temporalidad, capacitación profesional, tiempo de trabajo y descansos, trabajo de menores, alta y cotización a la Seguridad Social. Este modo de proceder es el correcto y el que permite afirmar que los datos contenidos en los informes de investigación de la ITSS son los más precisos de cara a la adopción de políticas públicas de lucha contra la siniestralidad laboral. Por el contrario,

sí podrá el Subinspector de SSL colaborar con el Inspector de Trabajo en la investigación de la siniestralidad laboral, por la vía de las funciones de colaboración y apoyo que la LOSITSS les reconoce en el artículo 3, pudiendo acompañar al Inspector de Trabajo para ofrecerle el apoyo técnico que necesite en el curso de la investigación. También podrán participar en las campañas programadas que deriven del análisis de la siniestralidad laboral (nueva función no contemplada en el PL de 2011), como acontece en las empresas calificadas como de alta siniestralidad o con riesgos emergentes calificadas como potencialmente peligrosas. La participación de estos funcionarios en este tipo de campañas resulta de una importancia capital, pues permitirán someter a las empresas con siniestralidad declarada a programas de vigilancia periódica de las condiciones de trabajo, extendiendo con ello las acciones de control sobre la totalidad de las plantillas (y no solo a los trabajadores accidentados o enfermos), y prevenir, mediante acciones de información y sensibilización, la aparición de nuevas enfermedades y accidentes. Estos funcionarios, también podrán colaborar con el Inspector de Trabajo mediante comunicaciones internas de los hechos que hayan sido determinantes de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales no declaradas por las empresas que estén investigando, lo que podrá tener incidencia en las propuestas de recargo de prestaciones que deben efectuar los Inspectores de Trabajo, y en los importes de las primas de aseguramiento de accidentes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por las que cotizan las empresas, por la vía de su incremento.

Y la tercera diferencia se refiere al alcance de las funciones de inspección que se les atribuía a los SSSL en el PL de 2011, y las que finalmente les han sido reconocidas por la Ley 23/2015. Estas funciones (competencias), reguladas en el artículo 14.3 de la LOSITSS, han sido desarrolladas por el RD 1078/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infrac-

ciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Las diferencias estriban en que en el PL de 2011 las funciones de los SSSL eran las mismas que las reconocidas a los Inspectores de Trabajo, a excepción de la competencia de vigilancia y control sobre derechos de consulta y participación del Capítulo V de la LPRL, que se atribuía exclusivamente a los Inspectores, mientras que la LOSITSS ha concretado que las competencias de los SSSL alcanzarán exclusivamente a la comprobación y control de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en los aspectos que afecten directamente a las condiciones materiales de trabajo, lo que exige plantearnos la pregunta de ¿qué podemos entender por «aspectos de la normativa que afecten directamente a las condiciones materiales de trabajo»?

Para poder responderla debemos estar, en principio, a la definición legal de lo que debe entenderse como «condición de trabajo». Pues bien, el artículo 4.7 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, dispone que se entenderá como «condición de trabajo» cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador, quedando específicamente incluidas en esta definición:

- a) *Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.*
- b) *La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.*
- c) *Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados.*
- d) *Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su or-*

*ganización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.*

A la vista de esta definición legal, la Ley 23/2015, parece estar excluyendo de la competencia de los SSSL el apartado d), por cuanto ni la organización ni la ordenación del trabajo pueden considerarse como «condiciones materiales de trabajo», ni afectan directamente a esas condiciones materiales, aunque sí pueden influir en la magnitud de los riesgos. Más bien estaríamos ante aspectos (características del trabajo) que deben ser tenidos en cuenta e integrarse en la gestión de la prevención de riesgos que debe realizar el empresario; competencia que está atribuida a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. Aspectos como la temporalidad, la distribución de la jornada, los tiempos de descanso, las cargas de trabajo, el clima laboral, el régimen de externalización, el trabajo a distancia o el teletrabajo son, entre otros, aspectos que deben ser tenidos en cuenta por el empresario a la hora de evaluar los riesgos y planificar las medidas de prevención para evitarlos o reducirlos y controlarlos. Por tanto, a excepción de la letra d), el resto de las condiciones de trabajo podrán ser objeto de comprobación por los SSSL. Tendríamos, de esta forma, una primera aproximación a lo querido por el legislador; y es que dentro de la definición de condiciones de trabajo que hace la Ley de prevención de Riesgos Laborales los Inspectores resultarían competentes para su control integral, mientras que los SSSL sólo podrían actuar sobre las obligaciones de contenido material no organizativo.

La segunda cuestión que se nos plantea tras la lectura conjunta de la LOSITSS y la LPRL es poder determinar ¿qué otros aspectos de la normativa de PRL podrían afectar directamente a las condiciones materiales de trabajo y ser susceptibles de fiscalización por los SSSL?

Para dar una respuesta lo más aproximada al espíritu del legislador, debe tenerse en cuenta que algunos de los primeros intérpretes del artículo 14.3 a) de la LOSITSS

han entendido que las competencias de los SSSL alcanzan exclusivamente al control de las condiciones materiales de trabajo. A mi juicio, no hay nada más lejos de la realidad, pues el legislador eligió una fórmula amplia al emplear la expresión «aspectos que afecten directamente a las condiciones materiales de trabajo», siendo que hay aspectos de la normativa de seguridad y salud en el trabajo que sin regular condiciones materiales de trabajo –características de locales, equipos, productos...– *sí establecen obligaciones que inciden de una forma directa e inmediata sobre esas condiciones materiales*. A ello atiende la nueva redacción dada al artículo 8 del ROFITSS por el RD 1078/2017, al señalar que los SSSL son competentes para actuar en las siguientes materias:

a) La comprobación del cumplimiento y control de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales en los aspectos que afecten directamente a las condiciones materiales de trabajo, en particular, las siguientes:

1.º) Las características y condiciones de utilización de los locales e instalaciones, así como las de los equipos, herramientas, productos o sustancias existentes en el centro de trabajo.

2.º) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.

3.º) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores.

4.º) Las características y utilización de las medidas de protección, tanto colectiva como individual.

5.º) La realización de los reconocimientos médicos y su adecuación a los protocolos sanitarios específicos de vigilancia de la salud, establecidos en el artículo 37.3 c) del Regla-

mento de los servicios de prevención, aprobado por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.

6.º) La adaptación de los puestos de trabajo a las exigencias de naturaleza ergonómica.

7.º) Aspectos relativos al cumplimiento de las obligaciones de formación e información a los trabajadores, así como de las obligaciones derivadas de los planes de prevención, evaluaciones de riesgos y planificaciones de la actividad preventiva, estudios y planes de seguridad y salud, coordinación de actividades empresariales, y otras cuestiones documentales siempre que afecten directamente a las condiciones materiales de trabajo cuya comprobación tienen encomendada.

En definitiva, creo que el legislador ha considerado que la función de vigilancia y control de la normativa de prevención de riesgos laborales que corresponde a los SSSL debe dirigirse hacia el control de los riesgos laborales y de las medidas de prevención que inciden de una manera directa e inmediata sobre puestos de trabajo concretos y determinados. A sensu contrario, estaría vedado a los SSSL la vigilancia del cumplimiento y aplicación efectiva de determinadas obligaciones empresariales que, si bien su incumplimiento podría influir sobre la magnitud de los riesgos a que puedan verse expuestos los trabajadores, sin embargo, no incidirían de una manera directa sobre las condiciones de trabajo existentes en puestos concretos y determinados. Es decir, que de llegar a materializarse su incumplimiento no sea la causa directa e inmediata de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

A mi parecer, la ausencia de evaluación de los riesgos existentes en un puesto de trabajo concreto y determinado, deriven éstos de los lugares, equipos de trabajo o de la utilización determinados productos o sustancias, puede incidir en la generación de riesgos laborales y, por tanto, su incumplimiento podría ser la causa determinante de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional (así ocurre con la falta de evaluación de la exposición de

los trabajadores a un contaminante químico, físico o biológico). Lo mismo ocurría cuando a pesar de estar identificado el riesgo no se han planificado medidas que los eliminen o reduzcan y controlen, o no se han coordinado las distintas actividades empresariales, tendentes a evitar riesgos concretos y determinados sobre puestos de trabajo también concretos y determinados. Y es que sería incongruente que los SSSL no pudiesen investigar si las empresas han evaluado o no sus riesgos (que afectan a los distintos puestos de trabajo) y si han adoptado o no medidas para evitarlas o reducirlas y controlarlas, cuando además hayan podido detectar en sus visitas infracciones por concretos incumplimientos de carácter material, por lo que estimo que el desarrollo legislativo aprobado por el Gobierno mediante el RD 1078/2017, es acorde con la voluntad del legislador. Así además lo ha entendido el Consejo de Estado en su dictamen de 14 de diciembre de 2017, que ha valorado positivamente el desarrollo reglamentario efectuado.

En todo caso, este desarrollo reglamentario no ha pretendido establecer una línea conceptual divisoria de las competencias de Inspectores y Subinspectores, sino articular un nuevo procedimiento de inspección en seguridad y salud, que se llevará a cabo en el seno de los equipos especializados. Y es que el ROFITSS define a los equipos de inspección como la estructura básica de la acción inspectora en cuyo seno se desarrollarán los principios de especialización funcional y de unidad de función y de acto, disponiendo para ello de Inspectores y Subinspectores especializados en sus distintas áreas funcionales (artículo 56). De acuerdo con esta definición no cabría una parcialización o segmentación de las inspecciones, según fuesen realizadas por uno u otro cuerpo de funcionarios, sino que el equipo en su conjunto y con los medios humanos de que disponga debe desarrollar integralmente la actividad inspectora ordinaria en el ámbito al que se haya dirigido la inspección. Así, dado el carácter transversal del Cuerpo de Inspectores de Trabajo, corresponderá a éstos la dirección de los equipos y la supervisión

técnica de las actuaciones de los Subinspectores. Pero ello no quiere decir que el trabajo del Inspector se circunscriba a la realización de funciones meramente directivas, sino todo lo contrario. Lo que pretende la nueva regulación es ordenar la actividad inspectora y racionalizar la distribución del trabajo, de tal forma que dentro del equipo el Inspector asumirá las funciones inspectoras de mayor nivel técnico, encomendado a los Subinspectores la realización de inspecciones en el ámbito de sus competencias, lo que propiciará que puedan desarrollarse inspecciones integrales en distintas áreas funcionales. Un ejemplo práctico de ello lo encontramos en las inspecciones del sector de la construcción y obra civil. En este sector existe una alta proliferación de centros de trabajo (obras de construcción) que están diseminados en el territorio, por lo que una inspección que pretendiese que los Inspectores visitasen todas las obras de construcción (o un importante número de ellas), prácticamente abocaría a la saturación y consiguiente ralentización de las inspecciones, así como a la pérdida de su objetivo principal, que es poder verificar la política empresarial de seguridad y salud. Además, la estadista revela que las inspecciones realizadas hasta el momento en las obras de construcción se refieren en su gran mayoría al control de las condiciones materiales existentes, y no tanto al control de las obligaciones de gestión preventiva. Una adecuada ordenación de la actividad de los equipos que se constituyan pasaría por la atribución al equipo de órdenes de servicio de empresas de este sector de actividad, para que por el Inspector se verifique el cumplimiento de las referidas obligaciones empresariales de gestión de la prevención, y por el Subinspector puedan verificarse las condiciones materiales de trabajo existentes en las obras de esas mismas empresas. Este nuevo procedimiento de inspección permitiría conocer de una forma integrada la situación preventiva real de las empresas (gestión preventiva y condiciones materiales) en todos o en la mayoría de sus centros de trabajo, facilitando programar visitas a las empresas incumplidoras y evitando

repetirlas en las cumplidoras, lo que supone ganar en eficacia.

En definitiva, lo que con la nueva regulación se ha pretendido, ha sido ordenar y racionalizar la actividad de control de la ITSS en prevención de riesgos laborales, reservando las funciones de nivel técnico superior y mayor alcance a los Inspectores de Trabajo, a la vez que ha centrado la actividad de los Subinspectores en el control de las condiciones materiales de trabajo, sin perjuicio de que estos tengan también que verificar el cumplimiento de determinadas obligaciones instrumentales ligadas al control de esas condiciones materiales de trabajo. Esta reorientación de la actividad de los Inspectores de Trabajo que la LOSITSS ha plasmado, ya se puso de manifiesto con ocasión de la elaboración del APL, tanto por las Comunidades Autónomas, con las que se alcanzó un consenso mayoritario sobre esta nueva forma de trabajar de los Inspectores, como con los Interlocutores Sociales, con los que también se alcanzó un acuerdo sobre las competencias de uno y otro Cuerpo de funcionarios y las funciones que unos y otros debían realizar en el seno de los equipos y unidades especializadas. Administración e Interlocutores Sociales convergieron en la necesidad de ampliar el alcance de las actuaciones inspectoras, sin restar espacios a los controles sobre condiciones materiales de trabajo, lo que además resultaba factible a la vista de los resultados de la actividad inspectora. De esta forma, si tenemos en cuenta los resultados de actividad de la ITSS durante el año 2016<sup>65</sup>, observaremos que el conjunto de las actuaciones inspectoras referidas al control de las condiciones materiales de trabajo se situó en el 41,99% del total de las actuaciones. Si a ello añadimos la fiscalización de las obligaciones de evaluación, formación y vigilancia de la salud, el porcentaje se incrementa hasta el 64,18%. Y si añadimos las relativas a evaluaciones de riesgos, planificación de la actividad preventivas y coordinación de actividades em-

presariales, el porcentaje rebasa el 70% del total de la actividad inspectora, lo que supone que con la atribución de unas y otras funciones a los dos Cuerpos, que se desarrollarán de forma integrada en el seno de los equipos de inspección, se dotaba al Sistema de ITSS de una gran dosis de flexibilidad y racionalidad, que es precisamente lo querido por el legislador<sup>66</sup>. Y es que ese casi 42% de las actuaciones de comprobación que se realizaron en 2016 sobre condiciones materiales de trabajo, supone, a mi juicio, una importante dispersión en la actividad de los Inspectores, que además les impide realizar comprobaciones de mayor alcance y contenido, por lo que con la nueva Escala se estaría permitiendo que los Inspectores pudiesen incrementar sus actuaciones de control sobre la gestión empresarial de la prevención de riesgos laborales, la actividad de los servicios de prevención propios y ajenos, y los derechos de participación y consulta de los representantes de los trabajadores, lo que dotaría a las actuaciones de una mayor efectividad al alcanzar a un mayor número de empresas y trabajadores ocupados.

Por razón de este desarrollo reglamentario, resultaría excluido del control por los SSSL, además de los aspectos ya expresados, las siguientes obligaciones empresariales:

- La política de gestión preventiva empresarial.
- El cumplimiento de los derechos de consulta y participación en materia de PRL de trabajadores y sus representantes.
- Las actividades realizadas por los Servicios de Prevención y Entidades de auditoría.

<sup>66</sup> Reza en el preámbulo de la LOSITSS que la creación de la nueva Escala persigue incrementar la eficacia y dar una más pronta respuesta a las demandas sociales en cuestiones que afectan a la vida y salud de los trabajadores, siendo, en definitiva, una medida de racionalidad y mejora organizativa.

<sup>65</sup> Informe Anual de la ITSS de 2016.

En lo que al resto de las competencias y facultades que la LOSITSS atribuye a los SSSL, debe destacarse que, conjuntamente con las funciones inspectoras directas, la Ley les reconoce, siguiendo su precedente legislativo<sup>67</sup>, las funciones de inspección de apoyo, colaboración y gestión que resulten precisas para el ejercicio de la labor inspectora. Funciones que entroncarían, además, con las señaladas en el artículo 14.3. e), (cuantas otras funciones de análoga naturaleza les fuesen encomendadas por los responsables de la unidad, grupo o equipo a la que estén adscritos para el desarrollo de los cometidos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el marco de sus competencias). Entre estas funciones, que como se ha visto necesariamente deben llevarse a cabo en el seno de los equipos de inspección, podrían estar incluidas las siguientes:

1. La Colaboración con el Inspector de Trabajo y S.S en la investigación de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.
2. La emisión de informes técnicos sobre procedimientos, materiales o métodos de trabajo empleados por las empresas.
3. El análisis de la información, y la colaboración y gestión de campañas de prevención de riesgos laborales, tanto de alcance intensivo como extensivo.

Además de estas funciones, la LOSITSS atribuye a los SSSL la facultad de efectuar comunicaciones internas dirigidas a los Inspectores de Trabajo en supuestos de trabajo no declarado o falsamente declarado, y como se ha visto, también podrán informar al Inspector sobre la siniestralidad no declarada o infradeclarada por las empresas que estén investigando y sobre el posible incremento o reducción de las primas de aseguramiento por AT y EP de las empresas sometidas a su fiscalización. Alguna de estas facultades, como la

relativa a trabajo no declarado, ya estaba recogida en el PL de 2011, pues tal y como se ha referido, el contexto económico del año 2011 y siguientes (prácticamente hasta mediados de 2014) determinaron que los Gobiernos de turno tuviesen que adoptar medidas para luchar contra el trabajo no declarado, siendo precisamente ésta una de esas medidas. Por tanto, sin olvidar que (i) los SSSL carecen de competencias en materia de Seguridad Social, y que (ii) no podrán solicitar al empresario documentación justificativa del cumplimiento de las obligaciones en materia de inscripción de empresas, altas, bajas y variaciones de datos, no obstante, la Ley ha querido que puedan participar, siquiera de forma indirecta, en el control de estas situaciones. En la medida en que entre las facultades que se asignan a los SSSL se encuentra la de requerir información e identificar a los trabajadores y a cualquier persona que se encuentre en el centro de trabajo sometido a inspección, debería ampliarse también a este colectivo de funcionarios la obligación de efectuar controles de empleo en todas las visitas de inspección, a que se refiere la Instrucción 2/2012, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo que les habilitaría para acceder a los sistemas de información laboral de la Administración de Seguridad Social y poder cotejar de esta forma la situación de alta de los trabajadores. Los informes plasmados en las comunicaciones internas efectuados por los SSSL tendrán presunción legal de certeza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.7 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, en su redacción dada por el RD 1078/2017 (la LOSITSS reconoce presunción legal de certeza a los hechos consignados en todos los informes emitidos por la ITSS<sup>68</sup>), alineándose esta

<sup>68</sup> Artículo 23. Presunción de certeza de las comprobaciones inspectoras.

- Los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación, observando

<sup>67</sup> El artículo 2.2 de la Ley 42/1997, reconocía como función propia de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social las funciones de inspección de apoyo, colaboración y gestión.

medida con la prevista ampliación del colectivo de funcionarios que pueden colaborar con la ITSS en el control de la denominada economía sumergida, de acuerdo con el artículo 16.8 LOSITSS.

Finalmente, en lo que atañe a la función de composición de conflictos en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, creo que los SSSL carecen de tales competencias por dos motivos, el primero estaría ligado al hecho de que sus competencias se encuentran limitadas a las materias que la Ley señala y el Reglamento desarrolla, y que como hemos visto no se prestan a la transacción y al acuerdo, y en segundo lugar porque éstos, a diferencia de los Inspectores, carecen de autonomía técnica y funcional, lo que significa que sus decisiones tienen que someterse al control y supervisión técnica del Inspector jefe del equipo en el que se integren.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La política nacional de seguridad y salud en el trabajo cuenta con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un servicio público que debe garantizar, mediante acciones de vigilancia, control y exigencia de responsabilidades, el cumplimiento por las empresas de la normativa de prevención de riesgos laborales. Esta función esencial de la ITSS, debe conjugarse con otras funciones no menos importantes como es la promoción de la seguridad y salud, a través de acciones de sensibilización e información que eviten la producción de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ambas funciones deben desa-

rollarse de forma equilibrada, atendiendo las primeras a una actividad esencialmente rogada y la segunda a una planificación previa, lo que supone que, de acuerdo con los resultados de actividad expuestos, la mayoría de las actuaciones inspectoras finalizan sin mediar propuestas de sanción a las empresas. Estos resultados pondrían de manifiesto que tras la actividad inspectora la mayoría de las empresas han modificado su comportamiento en materia de prevención de riesgos laborales, lo que exigiría que por la ITSS se analizase la incidencia real que su actividad de control tiene en la disminución de la siniestralidad laboral.

Los datos también revelan que, ante la insuficiencia de denuncias en materia de prevención de riesgos laborales, la actividad de la ITSS lejos de decrecer se ha mantenido como consecuencia de la mejora en los procesos de planificación y programación, siguiendo para ello las directrices y orientaciones de las Instituciones europeas y las Estrategias españolas de Seguridad y Salud en el Trabajo. De tal forma que los procesos de planificación y programación en el área de seguridad y salud, y su integración en el conjunto de la actividad inspectora, constituyen el presupuesto necesario para garantizar la eficacia de las inspecciones y su incidencia real en las condiciones de trabajo. Para ello, la ITSS debe poder seguir desplegando su capacidad reactiva, por lo que la normativa sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social debe adecuarse de una forma constante a la aparición de los nuevos modelos de organización del trabajo y de los nuevos riesgos con potencial para dañar la salud de los trabajadores, estableciendo un reproche sancionador adecuado, proporcional y efectivo, en los términos expresados. Esta capacidad reactiva de la ITSS, que como hemos visto debe desarrollarse de forma equilibrada con la de promoción de la seguridad y salud, no excluye la función de composición de conflictos que la Ley reconoce a la Inspección, si bien ésta estaría muy mermada en materia de seguridad y salud por la naturaleza de la materia sobre la que se proyecta, en su mayoría ajena a la transacción y al pacto.

---

los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses pueden aportar los interesados.

- El mismo valor probatorio se atribuye a los hechos reseñados en informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como consecuencia de comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables.

Por otra parte, son muchas las lagunas e insuficiencias normativas que inciden en la actividad de la ITSS y que deberían ser abordadas por la legislación. Entre otras, podríamos citar la escasa atención del legislador a la seguridad y salud de los trabajadores autónomos, la inadecuada calificación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en atención a criterios exclusivamente médicos, la escasa efectividad de los procedimientos de imposición de medidas de prevención de riesgos laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas, o la exigencia de responsabilidades en los grupos de empresas. También son muchos los aspectos críticos que pueden imputarse a la actividad de la ITSS en el área de prevención de riesgos laborales, unos derivados de su funcionamiento interno y de los sistemas de rendimiento, y otros de las insuficiencias de su marco normativo, pero al menos, en lo que a este último se refiere, la nueva ordenación legal del Sistema de ITSS, ha pretendido racionalizar y mejorar su organización y la especialización en el ejercicio de las competencias de vigilancia, control y asistencia técnica, de tal forma que las funciones de nivel técnico superior sean realizadas exclusivamente por los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, lo que permitirá que las actuaciones inspectoras ganen en profundidad y extensión. Por otra parte, la Ley no ha querido acotar el ejercicio de las competencias de los nuevos SSSL al control exclusivo de las condiciones materiales de trabajo, sino que ha utilizado una fórmula amplia en la que tendrían cabida otros aspectos normativos, cuya determinación debe hacerse a la luz de los principios ordenadores que inspiran la LOSITSS, especialmente de los principios de eficacia y calidad en la prestación del servicio *público*, y organización y desarrollo de la actividad conforme a los principios de trabajo programado y en equipo, lo que con acierto ha resuelto el RD 1078/2017, al incluir como competencias instrumentales de los SSSL el control de los aspectos relativos al cumplimiento de las obligaciones de formación e información, planes de prevención, evaluaciones de riesgos, planes de seguridad y salud y coordinación de acti-

vidades empresariales, siempre que afecten directamente a las condiciones materiales de trabajo cuya comprobación tienen encomendada.

En consonancia con la nueva regulación legal del Sistema de ITSS, podría afirmarse que las competencias reconocidas por la LOSITSS a uno y otro Cuerpo de funcionarios, son en realidad competencias del organismo ITSS, por lo que debe ser en el seno de los equipos de inspección donde puedan desarrollarse la totalidad de los cometidos que la Ley atribuye a Inspectores y Subinspectores. Además, a diferencia de la regulación anterior, la LOSITSS distingue entre las funciones de inspección de los SSSL (de vigilancia y control y de información y asistencia técnica, de nuevo reconocimiento) y las de apoyo, colaboración y gestión con los Inspectores de Trabajo, lo que dota a los equipos de inspección que se constituyan de una gran flexibilidad a la hora de organizar el trabajo, evitando de esta forma la parcialización y segmentación de los asuntos, lo que también debería favorecer la programación de actuaciones integrales, especialmente en las grandes y medianas empresas, incluidas sus cadenas de valor.

El despliegue territorial de esta nueva Escala además debería servir para sentar las bases del trabajo programado, en equipo y bajo criterios comunes de actuación, lo que exigirá la instauración de nuevos procedimientos operativos de inspección, basados en guías y listas de comprobación que unifiquen las actuaciones, a la par que propician inspecciones de mayor calidad y rigor técnico.

En un contexto de incremento de la siniestralidad laboral, la garantía de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y personal se erigen en uno de los objetivos prioritarios a que deben dirigirse los programas y las campañas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y ello debe hacerse atendiendo a criterios de eficacia, con indicadores de actividad y resultados, y primando la subsanación por las empresas de los incumpli-

mientos detectados sobre cualquier otro tipo de actuación. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, las Administraciones Públicas competentes y los Interlocutores Sociales, son los instrumentos con los que cuenta nuestro Estado social y democrático de Derecho para garantizar la primacía de la Ley y la dignidad de nuestro mercado de trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- Las infracciones laborales y la Inspección de Trabajo. Fernando PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ. Editorial Montecorvo. 1977.
- Las Sanciones administrativas en el Orden Social. Ángel BLASCO PELLICER. Tirant Monografías. 1998.
- La Inspección de Trabajo y el Control de la Aplicación de la Norma Laboral. Eduardo GONZÁLEZ BIEDMA. Aranzadi. 1999.
- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Doctrina y Jurisprudencia. María Amparo GARCÍA RUBIO. Tirant lo Blanch 1999.
- Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Javier MINONDO SANZ. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Colección Informes y Estudios. Año 2000.
- Actas, Informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo. Juan Miguel DÍAZ RODRÍGUEZ. Editorial Lex Nova. 2004.
- AA. VV.: «Publicación Conmemorativa del Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social». Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2006.
- Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección de trabajo en el Mundo. Tendencias y retos. Un enfoque Comparado. María Luz VEGA RUÍZ. Publicaciones OIT 2013.
- La Inspección de Trabajo: Regulación española y perspectiva internacional. Aranzadi 2016. AA. VV. Director: Joaquín GARCÍA MURCIA.

**RESUMEN**

La Constitución Española de 1978 atribuye a los poderes públicos del Estado la función de velar por la prevención de riesgos laborales, mediante la elaboración y ejecución de una política nacional de seguridad y salud en el trabajo. Esta política nacional deberá contemplar programas que marquen objetivos, prioridades y medios que permitan mejorar las condiciones de trabajo en España, y estar participada por los Agentes Sociales, como representantes de las empresas y los trabajadores. Uno de los instrumentos más importantes con que cuentan los poderes públicos para ejecutar la política nacional de seguridad y salud en el trabajo es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social española es un servicio público al que la normativa le atribuye funciones de vigilancia, control y exigencia de responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, así como de información, asistencia técnica y composición de conflictos también en esta materia. Estas funciones las realiza actuando sus dos vertientes tradicionales: la represiva o disuasoria, que normalmente se pondrá en marcha como consecuencia de una denuncia pública ante un incumplimiento de la normativa, y la proactiva o preventiva que se iniciará como consecuencia de la actividad planificada. Ambas formas de actuación deben estar dirigidas a conseguir la mejora de las condiciones de trabajo y a prevenir la siniestralidad laboral en las empresas, y deberán poder realizarse de una forma equilibrada.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social española desarrolla sus funciones en materia de prevención de riesgos laborales de acuerdo con las directrices y orientaciones emanadas de los órganos de la Unión Europea y de las Autoridades Nacionales. Dichas directrices y orientaciones vienen estableciendo la necesidad de que las inspecciones de Trabajo se orienten hacia la búsqueda de soluciones concretas, dando prioridad a la actividad planificada centrada en riesgos específicos. También quieren estas autoridades, que las inspecciones desplieguen no solo las funciones coercitivas sino también las de asesoramiento y apoyo, lo que dependerá, en buena medida, de la experiencia y formación del Inspector. Los Inspectores de Trabajo deben poder ser vistos por las empresas y trabajadores como factores que facilitan el cumplimiento de la legislación y no como obstáculos a la actividad empresarial. Estas orientaciones, tanto las provenientes de las autoridades comunitarias como de las nacionales, se incorporan al Plan Anual de Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España, favoreciendo con ello el funcionamiento cohesionado del Sistema español de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y su aproximación al resto de los Sistemas europeos de Inspección de Trabajo. Este Plan de Actuaciones inspectoras agrupa los distintos programas y campañas, de alcance general y territorial, siendo los primeros los que exigen una actuación homogénea de la Inspección de Trabajo en todo el Estado o en el ámbito de la Unión Europea, y los segundos los que atienden a problemáticas específicas de ámbito territorial o local. Además, el Plan Anual contempla la realización de inspecciones en otras materias distintas a la prevención de riesgos laborales, como ocurre con las actuaciones de relaciones laborales, empleo irregular, trabajo de extranjeros y Seguridad Social, lo que dota a las comprobaciones de un mayor alcance y eficacia. De esta forma, el Plan Anual de Actuaciones se configura como un instrumento que además de ordenar y guiar la actuación inspectora en todas sus materias, cumpliría con una función informativa y de promoción dirigida a empresas y trabajadores, que además debería ampliarse al conjunto de la sociedad mediante la publicación de sus principales directrices en el Boletín Oficial de Estado.

La actividad de la Inspección en la última década revela que, a pesar de la disminución en el número de denuncias registradas en materia de prevención de riesgos laborales, sin embargo, el número de inspecciones se han mantenido e incrementado como consecuencia

de la mejora de los procesos de planificación, lo que ha reforzado su función preventiva. La información estadística de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española revela que un alto porcentaje de la actividad que realiza en materia de prevención de riesgos laborales tiene su origen en una previa planificación (algo más de un 70 por 100 de la actividad realizada en 2016 tuvo un origen planificado), y que además la misma se somete a un continuo proceso de evaluación y adaptación, lo que favorece la eficacia de las inspecciones y su adaptación a las demandas sociales. También se observa en las estadísticas, que los Inspectores de Trabajo han sabido conjugar de una forma equilibrada las actuaciones coercitivas con las de asesoramiento e información, primando numéricamente las segundas sobre las primeras, lo que podría revelar un alto grado de cumplimiento empresarial tras las inspecciones realizadas. No obstante, para poder valorar el grado de eficacia de las inspecciones, además resultaría necesario que por las autoridades nacionales de la Inspección de Trabajo española se pudiese analizar la incidencia que han tenido las inspecciones en la disminución de la siniestralidad en las empresas inspeccionadas, no existiendo, por el momento, estudios al respecto.

Por otra parte, la nueva ordenación legal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española ha venido a renovar tanto la organización como la especialización funcional de la Inspección de Trabajo en materia de prevención de riesgos laborales. La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha previsto la incorporación de nuevos funcionarios subinspectores especializados en seguridad y salud laboral, a los que se les exige estar en posesión de formación universitaria de grado en distintas ramas técnicas como la ingeniería, la arquitectura y las ciencias de la salud, lo que ha reforzado tanto las funciones de vigilancia y control como las de información y asistencia técnica a empresas y trabajadores. La actividad a realizar por estos nuevos funcionarios estará dirigida preferentemente a verificar el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud referida a condiciones materiales de trabajo, especialmente las relativas a lugares de trabajo, equipo, productos, presencia en el medio ambiente de trabajo de agentes físicos, químicos y biológicos y procedimientos para su utilización, pudiendo también colaborar con los Inspectores de Trabajo en la investigación de la siniestralidad laboral. Su trabajo deberá estar planificado, correspondiendo su supervisión al Inspector de Trabajo, que deberá integrarlo con la actividad inspectora realizada en otras materias. La nueva organización permitirá contar con especialistas en distintas materias que estarán integrados en unidades de alta especialización, y en equipos de trabajo en los que primará la planificación y el trabajo programado. De esta forma, aunando la mejora de los procesos de planificación y programación de las inspecciones de Trabajo con la nueva organización y especialización funcional de inspectores y subinspectores, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española se configura como uno de los instrumentos esenciales para garantizar la eficacia de las políticas nacionales y europeas dirigidas a reducir los actuales índices de siniestralidad laboral.

**Palabras clave:** Inspección de Trabajo; planes y programas de inspección; función inspectora; vigilancia y control; información y asistencia técnica; composición de conflictos; especialización funcional; trabajo programado y en equipo.

**ABSTRACT** The Spanish 1978 Constitution attributes Public powers of the State the function of overseeing the Occupational Health and Safety, by the means of elaborating and carrying out a national policy on Occupational Health and Safety. This national policy ought to include programmes that set targets, priorities and means that allow the improvement of working conditions in Spain, and must be participated by the Social Partners, as mandatories of enterprises and workers. One of the most important instruments available to Public powers for executing this national policy on Occupational Health and Safety is the Labour and Social Security Inspectorate.

The Spanish Labour and Social Security Inspectorate is a public service to whom the legal framework attributes the: monitoring, control, enforcement and demand of the responsibilities in the scope of Occupational Health and Safety, and the information, technical assistance and settlements of disputes in this area. These functions are carried out acting on its two traditional sides: repressive or deterrent one – that commonly starts out as consequence of a public complaint after a breach in the legal framework, and the proactive or preventive that starts out as a consequence of the programmed activity-. Both ways of acting must be oriented to the improvement of working conditions and prevention of work related accidents in working sites, and should be carried out in a balanced manner.

The Spanish Labour and Social Security Inspectorate carries out its functions in the Occupational Health and Safety field in agreement with the guidelines and orientations from the European Union and the National competent Authorities. These guidelines and orientations establishes the need that Labour Inspectorates are oriented towards the search of specific solutions, prioritising the programmed planned activity focused on specific risks. These authorities also want that Inspectorates deploy not only their coercitive functions but also the ones of consultancy and support, which would depend on a great amount on the experience and training of the labour inspector. Labour inspectors should be considered, by both employers and employees, as key elements that facilitate the compliance with the law and not as obstacles to enterprises commercial activity. These orientations, as much as coming from the European or National Authorities, are put into the Yearly Action Plan of the Labour and Social Security Inspectorate of Spain, leading to a cohesive work of the Spanish Labour and Social Security Inspectorate system and to a closeness to the rest of the European Labour Inspection Systems. The Yearly Action Plan of inspections sums up all the different programmes and campaigns, with a general and territorial scope, being the firsts ones those who demand an homogeneous action of the Labour Inspectorate within the whole territory of the Kingdom of Spain or at European Union level and the second ones those devoted to specific issues of their own local territory. Furthermore the Yearly Action Plan includes inspections in other different matters apart from Occupational Health and Safety, such as: labour relations, undeclared work, foreigners work and Social Security, that lead inspection activities to a bigger scope and efficacy. As a result, the Yearly Action Plan is set out as an instrument that in addition to order and guide the inspection activity in all of its areas of competence, has an informative and promotion function addressed to enterprises and employees, that furthermore should be enlarged to the whole of the society by the publication of its main directives in the Official Gazette (BOE).

In the last decade inspection activity, shows that despite of the diminishing of the number of complaints in the Occupational Health and Safety Area, the number of inspection activities have been kept or increased as a consequence of the improving of the planification processes, which have reinforced its preventive function. Statistical information of the Labour and Social Security Inspectorate of Spain shows that a great percentage of the activity carried out in the Occupational Health and Safety area has its origin in a previous planification (more than 70% of its 2016 activity has a planned origin), and that its activity is under a continuous process of evaluation and adaptation, which means the efficacy of its inspections and its adaptation to the social needs. From

the statistics can be also observed that, Labour Inspectors have mixed up in a balanced way coercitive activities with those of counselling and information, being statistically bigger these last ones, which could show a great deal of employers compliance after the inspection activities. Nevertheless, in order to value the degree of efficacy of the inspection activities it would be necessary that National authorities of the Spanish Labour and Social Security Inspectorate could analyse the effect that the inspection activities has had in the diminishing of work related accidents in the enterprises inspected, not having at this moment studies on these issue.

On the other hand, the new legal framework of the Labour and Social Security Inspectorate of Spain, has renewed both, the organization and the functional specialization of the Labour and Social Security of Spain in the Occupational Health and Safety Area. The 23/2015, 21st July, Act on the Ordering of the System of Labour and Social Security Inspectorate has foreseen the addition of new civil servants, subinspectors specialised on Occupational Health and Safety, that must be in possession of a university degree in different technical areas of knowledge such as: engineering, architecture and health sciences, which has reinforced both the functions of monitoring and control and information and technical assistance to employers and employees. The activity to be carried out by this new civil servants will be preferably oriented to verify the compliance with the Occupational health and Safety legal framework of working conditions, specially those devoted to work places, working sites, equipments, products, presence in the working environment of physical, chemical, and biologic agents, and procedures for its utilisation, being also able to cooperate with Labour Inspectors in the investigation of work related accidents. Their activity must be planified, being supervised by the Labour Inspector, that should integrate with the inspective activity carried out in other areas. The new organisation will enable to count whit specialists in different areas that will be integrated in high specialised units, and working teams in which planification and programmed work will prevail. Thus, summing up the upgrading of planning processes and the programming of the labour inspection activities with the new organisation and functional specialisation of inspectors and subinspectors, the Spanish Labour and Social Security Inspectorate is configured as one of the essential instruments of the Public Powers to guarantee the efficacy of the European and National Policies with a view to diminishing the current rates of work related accidents.

**Keywords:** Labour Inspection; inspection plans and programmes; inspection function; monitoring, control and enforcement; information and technical assistance; settlement of disputes; functional specialisation; programmed and team work.

# La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo

## Criminal responsibility on health and safety at work

JUAN GIL PLANA\*

### 1. INTRODUCCIÓN

La protección de la vida y salud de los trabajadores se hace desde la óptica preventiva, se trata de evitar que se generen riesgos, no de repararlos. Sin embargo, la realidad evidencia que los riesgos se actualizan y producen daños que afectan a los trabajadores debido a varios factores, como por ejemplo, la existencia de riesgos en determinadas actividades que no se pueden eliminar, o el intento de ahorro de costes por parte de las empresas mediante el incumplimiento de las normas preventivas.

Cuando el riesgo se actualiza, el ordenamiento debe poder responder a la demanda de los afectados de cara a su reparación o resarcimiento. En materia de seguridad y salud se contempla todo un sistema de mecanismos que permiten exigir la responsabilidad por los daños causados, que se caracteriza por la confluencia de varias posibilidades que se ofrecen a los afectados. Debe advertirse que estos mecanismos de exigencia de responsabilidad que actúan *ex post* a la actualización del riesgo, también llevan implícita una vocación preventiva, en la medida en que los obligados a

cumplir la normativa de seguridad y salud en el trabajo son concededores de que se desplegará sobre ellos todo un elenco de instrumentos encaminados a depurar sus responsabilidades ante los daños causados; convirtiéndose en instrumentos desincentivadores de conductas infractoras.

Uno de esos mecanismos de depuración y exigencia de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo se encuentra establecido en el ordenamiento penal, al que hace referencia la propia LPRL cuando, al hablar en el artículo 42 de la responsabilidad administrativa, menciona expresamente que el incumplimiento de la normativa preventiva puede generar una responsabilidad de naturaleza penal.

La responsabilidad penal responde al principio de intervención mínima y de prioridad aplicativa en relación a la responsabilidad administrativa. Aunque la confrontación de ambos principios parece exponernos a una contradicción, una correcta exposición del principio de intervención mínima debe desterrar la idea de quedar circunscrito a su aplicación, no pudiendo identificarse con el postulado de que debe aplicarse como último remedio ante la existencia de otros mecanismos de responsabilidad; centrándose, en consecuencia, en la órbita de la configuración de los tipos penales,

\* Doctor en Derecho. Profesor Contratado Doctor (Acreditado a Profesor Titular) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense Madrid.

suponiendo dicho principio que la actuación del legislador penal debe desarrollarse sobre las conductas más graves, sujetándose la acción legislativa a una mínima intervención, pero no la de los órganos judiciales. Debe recordarse aquí el posicionamiento de nuestro Tribunal Supremo cuando nos recuerda que «reducir la intervención del derecho penal, como última ‘ratio’, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal»<sup>1</sup>.

Esta concepción del principio de intervención mínima encaja con la preferencia de la responsabilidad penal sobre la administrativa cuando se establece que si las infracciones puedan subsumirse en algún tipo penal se dará traslado a los órganos de la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal y se suspenderá el procedimiento administrativo hasta que no haya resolución judicial o el Ministerio Fiscal comunique que no es procedente continuar con el procedimiento (art. 3.2 TRLISOS).

La posible responsabilidad penal asociada a la infracción de normas de seguridad y salud laboral se ha venido articulando a través de los delitos genéricos de homicidio y lesiones y del delito especial de omisión de medidas de seguridad e higiene. No obstante, hay una tercera vía de imputación penal a través de determinados delitos de riesgos catastróficos.

## 2. DELITO CONTRA LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

Dentro del Título XV del Libro II, dedicado a los delitos contra los derechos de los traba-

jadores, los artículos 316 y 317 del Código Penal (en adelante CP) tipifican como conducta punible, mediando dolo o imprudencia, la de quien con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando obligados legalmente a ello, no facilita los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física.

### 2.1. Bien jurídico protegido

Una primera cuestión interesante que debe abordarse en relación a este delito se centra en determinar el bien jurídico protegido en los artículos 316 y 317 del CP. No estamos ante una mera disquisición dogmática sino que su averiguación tiene una importante trascendencia práctica, en cuestiones como los efectos del consentimiento del trabajador en la apreciación del ilícito penal.

En cuanto a la concreción material del bien jurídico que resulta protegido es importante destacar que en la doctrina se alzan varias posibles opciones interpretativas. De un lado, se ha afirmado que el bien que se trata de proteger es la seguridad e higiene en el trabajo<sup>2</sup>, partiendo de concebir ésta como «la ausencia de riesgo para la vida y la salud del trabajador dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo»<sup>3</sup>, de suerte que para esta opción interpretativa el tipo penal contenido en el artículo 316 CP no viene a exigir al empresario que controle su actividad para que no se produzca ninguna lesión a la vida o integridad de los trabajadores sino que vigile el cumplimiento de las medidas de seguridad que conlleven la facilitación de medios preventivos<sup>4</sup>. Se considera que las referencias

<sup>2</sup> ARROYO ZAPATERO, L. (1981): pp. 115-116; MORILLAS CUEVA, L. (2005): p. 27; ORTUBAY FUENTES, M. (2000): p. 207; BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 238.; HORTAL IBARRA, J.C. (2005b): p. 56-57.

<sup>3</sup> ARROYO ZAPATERO, L. (1981): p. 115-116.

<sup>4</sup> En este sentido, ESCAJEADO SAN EPIFANIO (2000): p. 838.

<sup>1</sup> Por todas, SSTS (Sala Penal) de 19 y 30 de enero de 2002 (RJ 2002, 1315 y 3065).

contenidas en dicho precepto penal a la vida y salud de los trabajadores sólo tiene una funcionalidad instrumental en tanto que aquéllas están destinadas a establecer el perfil y el grado de intensidad requerida en la conducta que se enjuicia para que el bien jurídico resulte protegido desde la óptica penal, permitiendo su diferenciación con la protección otorgada desde la esfera administrativa<sup>5</sup>.

Otra opción interpretativa identifica el bien jurídico protegido no en la seguridad sino en la vida y salud de los trabajadores. Se afirma que la conducta que se tipifica es la creación de un peligro en la vida o salud de los trabajadores debido a la lesión de una situación instrumental que se identifica con la omisión de medidas de seguridad, de suerte que la omisión de éstas redundaría en las condiciones de seguridad, resultando punible solo cuando de forma objetiva resulta afectada la vida y la salud de los trabajadores, descartándose el tipo penal si la omisión de medidas de seguridad no genera un peligro para éstas, lo que viene a revelar que el bien jurídico protegido no es la seguridad en el trabajo sino la vida y salud de los trabajadores<sup>6</sup>.

Una tercera opción interpretativa es la que apunta a la presencia de un bien jurídico doble en el artículo 316 CP, afirmándose que se protege penalmente la vida y salud de los trabajadores y sus derechos, entre los que se encontraría el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, afirmándose que el primero constituiría un bien mediato y el segundo un bien inmediato a proteger<sup>7</sup>.

Aunque algún pronunciamiento judicial ha venido a expresar que la «protección penal, diseñada en los artículos 316 y 317 del CP se extiende a la vida y salud de la totalidad de los trabajadores que desempeñan su actividad en un marco estructural y prestacional gene-

rador de riesgos específicos para estos bienes jurídicos»<sup>8</sup>, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene sosteniendo, en sentido contrario, que «se trata de un tipo penal de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo»<sup>9</sup>.

No obstante, desde una lectura no formalista de los artículos 316 y 317 CP, parece evidente que la seguridad en el trabajo no es el bien jurídico protegido por cuanto la afectación a la misma, mediante la omisión de normas de prevención, por sí solo no convierte en punible penalmente una conducta, siendo necesario que se acredite la puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores, de suerte que, siendo necesaria la generación de un peligro, parece evidente que el bien jurídico que se protege es la vida y salud. No parece que pueda acogerse, tampoco, la interpretación de la existencia de un doble bien jurídico a proteger, porque en el tipo delictivo, tal y como está configurado, la seguridad en el trabajo no es determinante por sí sola, adquiriendo relevancia penal cuando se refiere a la vida y la salud de los trabajadores que es puesta en peligro<sup>10</sup>.

Una segunda cuestión problemática que se suscita en torno al bien jurídico la encontramos en la determinación de su dimensión individual o colectiva. La duda que se suscita es si en los artículos 316 y 317 CP se está protegiendo la vida y salud de los trabajadores individualmente o en su condición de colectivo. Aunque se ha sostenido que la protección penal alcanza a la dimensión individual, al trabajador individualmente considerado, al afirmarse que se está «ante bienes de carácter personal en los que la persona

<sup>5</sup> MORILLAS CUEVA (2005): pp. 27; ORTUBAY FUENTES, M. (2000): p. 207.

<sup>6</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 49; RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 74-76.

<sup>7</sup> BARBANCHO TÓVILLAS, F, RIVAS VALLEJO, P. y PURCALLA BONILLA, M.A. (1999): p. 27.

<sup>8</sup> SAP Guipúzcoa (Sec. 1ª) de 3 de junio de 2005 (JUR 2005, 209722).

<sup>9</sup> STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826). En términos similares, STS (Sala Penal) de 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 7920).

<sup>10</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 49.

es a la vez titular del bien jurídico y objeto material del delito»<sup>11</sup>, el posicionamiento mayoritario, incluso por quien sostiene que el bien protegido es la seguridad en el trabajo<sup>12</sup>, aboga por entender que lo realmente protegido son los trabajadores como colectivo<sup>13</sup>, en línea con lo postulado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando afirma que «el tipo penal que se comenta está incluido en el Título XV ‘De los Delitos contra los derechos de los Trabajadores’, [...] que supone el reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal, como sujeto de derechos»<sup>14</sup>.

Además, como ha advertido acertadamente la doctrina<sup>15</sup>, la configuración individual de los bienes jurídicos, vida y salud, en los artículos 316 y 317 CP presenta objeciones insalvables. En primer lugar, si se afirmase la dimensión individual de estos bienes jurídicos habría una superposición en la protección de los mismos con la tipificación del homicidio y las lesiones, no existiendo entonces razones de política penal para justificar dicha duplicidad. En segundo lugar, se daría la paradoja que la sanción penal prevista para los delitos contra la seguridad de los trabajadores sería mayor que la prevista para algunos supuestos de delitos de lesiones; castigándose con mayor pena la puesta en peligro que la consumación del mismo. Y en tercer lugar, el consentimiento del sujeto pasivo si se estuviera ante la protección de la vida y salud individualmente considerada tendría relevancia a la hora de apreciar la existencia o no de responsabilidad penal, y, sin embargo, carece de ella por cuanto las normas en materia de seguridad y salud se configuran como normas de derecho necesario mínimo indisponible (art. 2.2 LPRL), de

suerte que en ningún caso el consentimiento del trabajador para no cumplir la normativa de prevención podrá exonerar al empresario de su responsabilidad.

## 2.2. Conducta tipificada

El delito contra la seguridad en el trabajo de los artículos 316 y 317 CP presenta una estructura compleja en la que confluyen tres parámetros o elementos. En primer lugar, un parámetro normativo al requerirse una «infracción de las normas de prevención de riesgos laborales». En segundo lugar, un elemento descriptivo al exigirse que «no [se] faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas», y, finalmente, un elemento valorativo por cuanto debe ponerse «en peligro grave su vida, salud o integridad física».

Estamos, por tanto, en presencia de un delito cuya estructura conduce a calificarlo como delito de riesgo, a diferencia de lo que acontece con el homicidio o las lesiones, caracterizados como delitos de resultado. Esta estructura compleja y su configuración como delito de peligro pueden explicar el hecho constatado de la escasa aplicabilidad del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores frente al delito de homicidio o lesiones a la hora de depurar responsabilidades por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales. Es evidente, por un lado, que resulta más fácil acreditar la existencia de un homicidio o una lesión que la existencia de un peligro, que además, debe ser grave; por otro lado, el delito contra la seguridad en el trabajo se puede apreciar por la omisión, no de cualquier norma preventiva, sino sólo por aquellas que establecen medios para prevenir los riesgos laborales, mientras que en el delito de homicidio o lesiones cualquier inobservancia de la normativa preventiva que diera lugar a la muerte o lesión de un trabajador podría encajar en el tipo delictivo.

<sup>11</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 82.

<sup>12</sup> BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 238.

<sup>13</sup> Por todos, GALLARDO GARCÍA, R.M.<sup>a</sup>. (2016): pp. 108 y 115; MORILLAS CUEVA, L. (2005): pp. 26; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 50.

<sup>14</sup> STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826).

<sup>15</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 49-50.

### 2.2.1. *Infracciones de las normas de prevención de riesgos laborales*

La configuración del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores no se agota en los artículos 316 y 317 CP, por cuanto estos constituyen lo que se conoce como normas penales en blanco<sup>16</sup>, al remitirse a normas extra penales para completar el tipo punible. En este caso, la remisión se realiza a «las normas de prevención de riesgos laborales»; planteándose la necesidad de aclarar qué normas pueden ser calificadas como tales, lo que nos obliga a acudir a la normativa laboral, concretamente al artículo 1 de la LPRL que acota el conjunto de normas que integran el marco regulador de la prevención de riesgos laborales mediante un criterio finalista, descartando una concreción meramente formal<sup>17</sup>. En efecto, el marco jurídico preventivo viene conformado por la LPRL, sus disposiciones de desarrollo o complementarias, así como por cualquier otra norma, legal o convencional, que contenga prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito.

La referencia concreta a la normas de prevención de riesgos laborales contenida en el artículo 316 CP, debe conducirnos a afirmar, en coherencia, que si el riesgo grave es producido por la omisión de una medida de seguridad que no está prevista en dicha normativa, tal y como la hemos configurado, entonces sólo puede ser calificado como atípico a efecto de su posible punibilidad<sup>18</sup>.

Si desde el plano estrictamente laboral, la delimitación del marco jurídico preventivo puede plantear dudas por su parquedad y

vaguedad<sup>19</sup> y por sus olvidos<sup>20</sup>, su utilización como elemento configurador del delito contra la seguridad de los trabajadores hace aflorar algunas objeciones a la forma en que el legislador penal ha procedido a efectuar la remisión.

En primer lugar, se ha criticado que la remisión incluya a las normas reglamentarias de desarrollo de la legislación en materia de prevención, por cuanto puede suponer una afectación del principio de legalidad exigido en la tipificación de los ilícitos penales, al tiempo que puede suponer dejar en manos de la Administración la configuración de la conducta penal, pudiendo dar lugar a una configuración expansiva del tipo punible poco acorde con el principio de intervención mínima que preside el ordenamiento penal. No obstante, si partimos de la circunstancia de que el desarrollo reglamentario no puede sino concretar las previsiones legales, de suerte que están prohibidos tanto los reglamentos *contra legem* como los reglamentos *extra legem*, puede afirmarse que es imposible que el principio de legalidad se vea afectado. Es más, el artículo 1 de la LPRL hace referencia expresa a los reglamentos de «desarrollo o complementarios» de la norma legal, de suerte que la propia delimitación del marco preventivo está indicando que la norma reglamentaria debe tener como base lo establecido en la norma legal a la que desarrollará o complementará, nunca regulará *ex novo* o contra la disposición legal.

Mayor objeción plantea la habilitación a la autonomía colectiva para configurar el tipo penal del artículo 316 CP. Se ha afirmado que la referencia al convenio colectivo puede suponer no sólo una quiebra del principio de legalidad y del principio de intervención mínima, sino que puede entrañar reconocer a poderes privados la configuración de una potestad eminentemente pública, como es el *ius puniendi*

<sup>16</sup> Configuración avalada por el Tribunal Constitucional, por todas, SSTC 3/1988, de 21 de enero (RTC 1998, 3), 127/1990, de 5 de julio (RTC 1990, 127), 24/1996, de 13 de febrero (RTC 1996, 24).

<sup>17</sup> THIBAUT ARANDA, J. (2008): p.50.

<sup>18</sup> GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): p. 251.

<sup>19</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2004): pp. 21-23.

<sup>20</sup> THIBAUT ARANDA, J. (2008): pp.50-55.

penal; remarcando, incluso, que la pretendida ventaja que ofrece el convenio como instrumento de consenso puede no ser tan evidente ante la desigual posición de una de las partes. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la autonomía colectiva, en aplicación del principio de jerarquía previsto en el artículo 3.3 del ET, debe respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, y configurándose la LPRL como norma de derecho necesario indisponible, es claro que ésta última actúa como límite de la actuación de la autonomía colectiva<sup>21</sup>, siendo imposible que se pueda apreciar una deslegalización en la tipificación penal derivada de la remisión de la norma penal al convenio colectivo<sup>22</sup>; descartándose por la misma razón que se otorgue el *ius puniendi* a poderes privados, puesto que los negociadores se encontrarán sometidos a lo dispuesto en las normas legales en materia preventiva.

Reconocido por la doctrina<sup>23</sup> el papel de la autonomía colectiva en la posible configuración del tipo penal del artículo 316 CP, se plantea el interrogante de si cualquier manifestación de la misma es admisible o, por el contrario, sólo alguna de ellas. Estamos ante una cuestión de no fácil discernimiento como lo demuestra las distintas opciones interpretativas que van desde la admisión únicamente de los convenios de eficacia general y ámbito estatal<sup>24</sup>, hasta la admisión incluso de los convenios extraestatutarios<sup>25</sup>, pasando por la admisión de los convenios de eficacia general cualquiera que sea su ámbito territorial<sup>26</sup>.

Partiendo de la premisa de no ser entendible un tratamiento penal diferenciado, sólo

debería admitirse los convenios de eficacia general y de ámbito estatal, para garantizar que todo el conjunto de trabajadores va a ver protegida penalmente su vida y salud frente a riesgos laborales ante una eventual omisión de una medida establecida convencionalmente. Más discutible es admitir los convenios de eficacia general y ámbito inferior al estatal porque supondría admitir que, por ejemplo, un convenio provincial estableciese una concreta obligación de facilitar una medida preventiva, resultando que los trabajadores adscritos a dicho convenio gozasen de una protección penal de la que carecerían otros trabajadores adscritos a otro convenio provincial que no la contempla. Efecto que es menos justificable si admitimos el convenio extraestatutario que supondría, por ejemplo, que dentro de una misma empresa sólo los trabajadores afiliados a los sindicatos firmantes quedarían protegidos penalmente por la omisión de la medida preventiva establecida en el convenio, quedando fuera de dicha protección penal el resto de trabajadores que, sin embargo, también pueden estar expuestos al mismo riesgo que dicha obligación convencional quiere evitar.

No obstante lo anterior, debe de advertirse que, a pesar de haberse destacado que la autonomía colectiva es un instrumento adecuado e idóneo para adaptar las previsiones legales en materia de prevención a las singularidades que presentan las empresas y los sectores de actividad<sup>27</sup>, la realidad que nos ha ofrecido y ofrece la negociación colectiva se caracteriza por acoger referencias mínimas en materia de seguridad y salud en el trabajo o por la total ausencia de ellas<sup>28</sup>, lo que es debido, en parte, al limitado espacio que la autonomía colectiva tiene en esta materia, concretado en una función de complementar, mejorando y desarrollando, la normativa legal<sup>29</sup>, y, en parte, «más

<sup>21</sup> Sobre el límite que supone el principio de jerarquía véase MELÉNDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L. (2004): p. 29.

<sup>22</sup> GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): pp. 132-133.

<sup>23</sup> GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 119; PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 12; BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 252; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 83-84, LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 364.

<sup>24</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 441

<sup>25</sup> GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 119; BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 255.

<sup>26</sup> PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 12.

<sup>27</sup> MELÉNDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L. (2004): p. 23; HORTAL IBARRA (2005b): p. 117.

<sup>28</sup> MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I. (2009): p. 75.

<sup>29</sup> HORTAL IBARRA (2005b): pp. 118-119; MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I. (2009): p. 74.

allá de la pura inercia de los negociadores [... por] el volumen, el tecnicismo y la concreción de las normas estatales»<sup>30</sup>. No es frecuente, más bien todo lo contrario, encontrar cláusulas en los convenios que establezcan obligaciones de facilitar medidas preventivas que no estén ya previstas en la normativa legal o reglamentaria.

Menor dificultad encontramos en la admisión de normas no específicamente laborales como marco de referencia para la configuración del tipo penal. La cuestión es si normas en materia, por ejemplo, de industria, medio ambiente o salud pública, en tanto que contienen previsiones relativas a la seguridad y salud de los trabajadores, pueden utilizarse para la concreción del ilícito contenido en el artículo 316 CP. Partiendo de la configuración funcional, no formal, que del ordenamiento jurídico preventivo se efectúa en el artículo 1 de la LPRL, al integrarse en éste cualquier norma «que contenga prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral», debe admitirse tal posibilidad<sup>31</sup>, ahora bien, debe acogerse una interpretación estricta de lo que se ha de entender por efectos producidos con motivo u ocasión del trabajo para evitar aplicaciones extensivas del tipo penal<sup>32</sup>.

En la concreción de este elemento del tipo penal descrito en el artículo 316 CP cabe preguntarse si cualquier incumplimiento de la normativa de prevención que establezca una obligación encajaría en él o por el contrario se circunscribe a determinadas obligaciones. Teniendo en cuenta que en la configuración de este delito se insertan un elemento descriptivo, basado en la «no facilitación de los medios necesarios y adecuados», y un elemento valorativo, la generación de un peligro grave,

debe afirmarse que no toda previsión legal o convencional que establezca una obligación será apta para ser subsumida en el tipo penal.

Un sector doctrinal ha sostenido, sin embargo, que la expresión «medios necesarios», identificada con su antecedente «no procurar las condiciones», debe entenderse referida a cualquier obligación de seguridad e higiene<sup>33</sup>. Interpretación extensiva que no me parece admisible, por un lado, porque del tenor literal del precepto se desprende que sólo el incumplimiento de aquellas normas que establezcan medidas cuya finalidad directa sea evitar la generación de un riesgo estaría sujeto a responsabilidad penal<sup>34</sup>. Como acertadamente se ha señalado, no es suficiente que se establezca una obligación en materia preventiva sino que es necesario que se trate de una «obligación de proporcionar a los trabajadores los medios de protección adecuados»<sup>35</sup>. De otro lado, parece evidente que no toda medida preventiva, incluida dentro del deber de protección, tendría capacidad para crear un peligro grave para la seguridad y salud de los trabajadores, como sería el caso de los reconocimientos médicos<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 197.

<sup>34</sup> Siguiendo esta lógica para PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 13-20, estarían incluidas las normas relativas a evaluación inicial y sucesiva de los riesgos laborales así como su planificación, acondicionamiento de los lugares de trabajo, el control de la seguridad de los equipos de trabajo y establecimiento de medidas de protección colectivas e individuales, establecimiento de medidas de emergencia y medidas dirigidas a evitar daños en caso de riesgo grave e inminente, control periódico de la salud de los trabajadores, información y formación en torno a los riesgos inherentes a la actividad desempeñada, los lugares y los puestos de trabajo, las relativas al control y seguimiento de la seguridad y salud de trabajadores expuestos a riesgos específicos, como los agentes biológicos, cancerígenos o químicos, las relativas a la comprobación de la peligrosidad o el buen estado de los artefactos, máquinas, utensilios, sustancias o agentes utilizados en el trabajo o las relativas a la coordinación de actividades. Por el contrario, estarían excluidas las obligaciones meramente documentales y las de información a la Administración.

<sup>35</sup> GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 116. En idéntico sentido, TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 86.

<sup>36</sup> GALLARDO GARCÍA, R.M<sup>a</sup>. (2016): p. 142.

<sup>30</sup> MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I. (2009): p. 75.

<sup>31</sup> En este sentido, GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 119; PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 12 de versión online; HORTAL IBARRA (2005b): pp. 120.

<sup>32</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. y BOZA MARTÍNEZ, D. (2017): p. 129.

En relación al elemento valorativo, como expondré más adelante, se establece la necesidad de que la omisión de la norma preventiva genere un peligro grave. La gravedad, por tanto, no se refiere a la infracción de la norma sino al peligro. Se plantea así la duda de si una infracción leve de la normativa preventiva puede subsumirse en el tipo penal del artículo 316 CP o si éste solo es operativo ante infracciones graves. La actual redacción del precepto penal, a diferencia de su antecedente que refería erróneamente la gravedad a la infracción, puede avalar la aplicación del mismo ante una infracción leve que genera un peligro grave para la seguridad y salud<sup>37</sup>; no obstante, dicha opción interpretativa debe descartarse por tres razones. La primera, parece poco ajustado a la realidad pensar que la infracción leve de las normas de prevención puedan dar lugar a un riesgo grave para la vida o salud de los trabajadores<sup>38</sup>. La segunda, no debe olvidarse que la configuración de los delitos penales responde al principio de intervención mínima, reservándose la potestad penal para sancionar las conductas más graves, dejando la sanción de las menos graves a la potestad sancionadora administrativa; no siendo muy coherente, por tanto, admitir la aplicación de la potestad penal para sancionar infracciones leves<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> En este sentido AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 214.

<sup>38</sup> BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1997): p. 121.

<sup>39</sup> En este sentido la STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826) afirma que «no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque esta exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en 'peligro grave su vida, salud o integridad física' la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo»; y recalca que «otra concepción en la línea de bastar para la integración del tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica», para concluir que «la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro. Se está en consecuencia ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor

### 2.2.2. *No facilitar los medios necesarios y adecuados*

Al requerir el delito contra la seguridad de los trabajadores del artículo 316 CP la «no facilitación de los medios necesarios y adecuados» se está configurando un delito de omisión que suscita varios interrogantes. En primer lugar, cabe preguntarse, si una conducta activa podría dar lugar a la aplicación de este tipo delictivo, a primera vista, la respuesta debería ser negativa, lo que se tipifica es la omisión de la norma preventiva. Ahora bien, un sector de la doctrina ha admitido, pese a la configuración omisiva del tipo delictivo, que puedan encajar en él conductas activas<sup>40</sup>, lo que es perfectamente admisible si tenemos en cuenta que lo que el tipo penal exige es la omisión de una norma preventiva, luego puede suceder que dicha norma consista en un hacer o un no hacer; de suerte que la configuración del tipo delictivo se basa en la omisión de la norma y no de la conducta en sí misma considerada<sup>41</sup>, siendo determinante la omisión de la acción esperada<sup>42</sup>, sea positiva o negativa.

Una segunda cuestión que se plantea es si la omisión de la facilitación de los medios debe ser total para que surja la responsabilidad penal o, por el contrario, basta una omisión parcial para incurrir en ella. Partiendo de la propia dicción del artículo 316 CP que exige que las medidas sean las «necesarias y adecuadas» para evitar la generación de un peligro grave, la facilitación parcial –bien porque se adoptan algunas medidas, pero no todas las debidas, bien porque no se suministra formación e información sobre las mismas o bien porque no se vigila su puesta en práctica o su uso– no cumple con los parámetros de suficiencia y adecuación previstos en el artículo

lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores.

<sup>40</sup> LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 312, BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 237.

<sup>41</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): p. 90.

<sup>42</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 86.

316 CP para no apreciar responsabilidad penal; de manera que la omisión parcial de medidas debe equipararse a la omisión total a efectos de su punibilidad<sup>43</sup>.

La actual redacción de la conducta omisiva abre también el debate, por un lado, relativo a qué debe entenderse por «facilitar» medidas; y, por otro lado, qué debe entenderse por medidas «necesarias y adecuadas».

En lo atinente a la «facilitación» de las medidas, se plantea si la simple entrega de medios o la puesta en práctica de la medida permiten sostener la exoneración de responsabilidad penal o, por el contrario, se exige algo más para que opere ésta. Un sector doctrinal ha entendido, al comparar la redacción actual con la precedente —que utilizaba las expresiones «no exigir» y «no procurar las condiciones de seguridad»—, que sería suficiente la sola facilitación de las medidas «sin que sea exigible penalmente al menos, una activa actuación tendente a garantizar su utilización»<sup>44</sup>. Interpretación descartada por otro sector doctrinal que entiende que la redacción actual no implica diferencias en la tipificación de la conducta<sup>45</sup>. Lo cierto es que la expresión «facilitar» no sólo implica la puesta a disposición de los medios preventivos o la puesta en práctica de las medidas sino que también exige una conducta de vigilancia, por un lado, respecto al uso de los medios y su correcto funcionamiento y, por otro lado, en relación a la eficacia de la puesta en práctica de la medida. En efecto, no cabe otra conclusión a la vista, por un lado, de que el artículo 14.2 LPRL concibe el cumplimiento del deber de protección desde una perspectiva dinámica, como una actuación que no se agota en un solo acto<sup>46</sup>; y, por otro lado, de la con-

figuración del contenido de la acción preventiva prevista en el artículo 15 LPRL<sup>47</sup>, en la que debe integrarse, incluso, las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador para que las medidas puedan ser calificadas de efectivas<sup>48</sup>.

Está es, por otra parte, la interpretación acogida por la jurisprudencia al afirmar que la facilitación de los medidas exige no solo poner a disposición los medios o la puesta en práctica de las medidas sino además «hacer cumplir las normas de seguridad e instruir a los trabajadores de los riesgos inherentes a cada tarea»<sup>49</sup>. En definitiva, la expresión «facilitar» debe entenderse como una actuación en virtud de la cual no solo se ponen a disposición los medios, sino que, además, se vigila su utilización, evitando poner obstáculos que limiten su uso o promover incentivos que lo desincentiven; descartándose que deba exigirse el seguimiento detallado de la utilización de los medios<sup>50</sup>.

La determinación de lo que ha de entenderse por medidas «necesarias y adecuadas», o lo que es lo mismo, a qué medios se está refiriendo el artículo 316 CP, se enfrenta a varias posibles opciones e interpretaciones. Un sector de la doctrina, en una visión formalista y descartada por la jurisprudencia<sup>51</sup>, entien-

gos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes, disponiendo lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención a las modificaciones que puedan experimentarse en el desarrollo del trabajo.

<sup>47</sup> Dentro de la acción preventiva se integra: evitar los riesgos, evaluar los que no se puedan evitar, combatir los riesgos en origen, adaptar el trabajo a las personas, tener en cuenta la evolución de la técnica, sustituir lo peligroso, planificar la prevención, adopción de medidas que antepongan la protección colectiva a la individual, dar las debidas instrucciones al trabajador.

<sup>48</sup> En este sentido, GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): p. 119.

<sup>49</sup> STS (Sala Penal) de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 7764).

<sup>50</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. y BOZA MARTÍNEZ, D. (2017): p. 128.

<sup>51</sup> La STS (Sala Penal) de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 7764) afirma de forma clara que además «cumplir las obligaciones establecidas en las normas de prevención de riesgos», se han «de dar las debidas instrucciones a los trabaja-

<sup>43</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): p. 89.

<sup>44</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 595

<sup>45</sup> RIVERO LAMAS, J. (1996): p. 708; AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 197.

<sup>46</sup> El citado precepto establece que el deber de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo implica desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los ries-

de que dicha expresión debe vincularse a los medios materiales por entender que la información, vigilancia y formación no se pueden considerar como medios sino como instrumentos para lograr un uso correcto de aquellos<sup>52</sup>. Otro sector de la doctrina, en una interpretación material, considera que la expresión medidas «necesarias y adecuadas», abarca tanto a las de carácter material como a todas las que conforman e integran el deber genérico de prevención<sup>53</sup>.

Es evidente que la admisibilidad únicamente de los medios materiales supone una limitación en la configuración del ilícito penal que resulta inadmisibles por cuanto supone una minoración de la capacidad de prevención y protección de la seguridad y salud de los trabajadores<sup>54</sup>, al tiempo que es difícilmente compatible con la configuración del contenido del deber de prevención prevista en el artículo 14.2 LPRL, que abarca no solo la adopción de medidas materiales sino otro tipo de obligaciones, como son las de información y formación a los trabajadores. Como también es evidente que no todas las obligaciones incluidas en el deber genérico de prevención pueden ser reputadas como medios tendentes a evitar la generación de un peligro para la seguridad y salud de los trabajadores, ya que, ni siquiera, como se ha evidenciado, toda obligación de información puede ser calificada como medio<sup>55</sup>. En consecuencia, desde una perspectiva funcional-finalista, debe entenderse por «medida» necesaria y adecuada todo medio, material o de otra índole, que permita evitar la producción de un peligro grave para la seguridad y salud del trabajador, lo que permite incluir dentro de dicho término no toda obligación

dores», así como establecer «las medidas adecuadas para que aquéllos reciban las informaciones necesarias en relación con los riesgos para la seguridad y salud que existan tanto en la empresa en su conjunto como en cada puesto de trabajo o función».

<sup>52</sup> NAVARRO CARDOSO, F. y LOSADA QUINTAS, J. (2001) p. 86.

<sup>53</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): p. 89.

<sup>54</sup> GALLARDO GARCÍA, R.M<sup>a</sup>. (2016): p. 150.

<sup>55</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 87.

integrada en el deber genérico de prevención sino solo aquellas que están destinadas a evitar dicho peligro<sup>56</sup>.

### 2.2.3. *Generación de un peligro grave para la vida o la salud*

La configuración del tipo penal contenido en el artículo 316 CP se cierra con la exigencia de que a consecuencia de la omisión de las medidas, que suponen una infracción de la normativa preventiva, surja un peligro grave para la vida o la salud de los trabajadores, de suerte que la concreción del peligro forma parte del ilícito penal. El delito contra la seguridad y salud de los trabajadores trata de establecer la responsabilidad penal en un momento anterior a la realización de un daño, cuando se origina la probabilidad e idoneidad de que éste se pueda producir.

La configuración del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores como un delito de peligro conlleva, por un lado, que no es necesario para su apreciación que se haya producido un daño en la vida o en la salud de los trabajadores, y, por otro lado, que no cabe apreciarlo cuando acreditada una omisión de medidas no se verifica un riesgo o peligro. Como tampoco se estaría en el tipo penal descrito por el artículo 316 CP cuando el peligro generado no trae su causa de la omisión de las medidas preventivas, dado que la apreciación de este delito exige la verificación de una relación de causalidad entre la omisión y el peligro creado, de suerte que este último sea consecuencia de la primera.

Debe advertirse, no obstante, que no cualquier peligro resulta válido para desencadenar la aplicación del delito tipificado en el artículo 316 CP, puesto que se ha configurado como un peligro concreto y un peligro que ha de ser grave.

<sup>56</sup> BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 255; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 88.

Dentro de las múltiples clasificaciones que desde el derecho penal se hace del peligro, encontramos la que distingue entre peligro concreto y peligro abstracto, cuyo parámetro diferenciador radica en el hecho de si el peligro se refiere, respectivamente, a objetos o bienes concretos referenciados en el tipo penal o se refiere a objetos o bienes indeterminados que no aparecen recogidos en la norma, de suerte que la conducta descrita como peligrosa es la que se configura como delito. Es claro que estamos ante un delito de peligro concreto por cuanto el artículo 316 CP refiere el peligro respecto a dos bienes determinados como son la vida y la salud de los trabajadores. Será, por tanto, necesario que el peligro afecte a los bienes, vida y salud; de manera que si se genera un peligro por la omisión de medidas preventivas pero dicho peligro no afecta a la vida y salud de los trabajadores estaríamos ante una situación carente de imputabilidad.

Además, no cualquier peligro contra la vida o salud de los trabajadores es subsumible en el tipo penal puesto que la norma exige que sea un peligro «grave». De forma clara la jurisprudencia ha sostenido que uno de los elementos configuradores «del delito del art. 316 CP, es que el peligro concreto que se crea por el comportamiento del sujeto sea grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores»<sup>57</sup>. En consecuencia, debe efectuarse una operación valorativa encaminada a establecer la gravedad del peligro originado, de modo que si ésta no existe o no se puede acreditar, la omisión de medidas preventivas, aun generando un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, no podría subsumirse en el tipo penal.

En ningún caso debe identificarse la gravedad exigida en el tipo penal con la gravedad de las infracciones administrativas laborales, de suerte que pudiera sostenerse que la comisión de una falta administrativa tipificada como grave o muy grave permitiera, mediante una traslación automática, apreciar la gravedad

del peligro exigido en el tipo penal. En primer lugar, la actual configuración del ilícito penal, a diferencia de su antecedente que refería la gravedad a la infracción normativa, la conecta al riesgo que origina la omisión de medidas preventivas. En segundo lugar, determinadas conductas tipificadas como infracciones graves o muy graves difícilmente podrían subsumirse en el tipo penal del artículo 316 CP<sup>58</sup>. En tercer lugar, la gravedad del ilícito penal está referida a dos bienes concretos, como son la vida y la salud de los trabajadores; conexión que no se da en la gravedad de algunas de las infracciones administrativas laborales.

Tampoco nos encontramos ante un peligro subsumible en el artículo 316 del CP cuando éste pueda ser calificado como riesgo secundario o riesgo permitido. Un riesgo secundario es aquel que se provoca indirectamente por la inicial omisión de medidas preventivas pero cuya generación no se puede imputar directamente a dicha omisión. Un riesgo permitido es aquél, que pudiendo dar lugar a un resultado lesivo, no conlleva necesariamente responsabilidad penal en relación al posible resultado que pudiera originar y ello debido a la constatación, aceptación y normalización de la evidencia de que determinadas actividades

<sup>58</sup> En este sentido, PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 3, afirma que no encajarían en el tipo penal, del artículo 12 del TRLISOS, los apartados 4 (registro y archivo de datos), 19 (información y documentación a los trabajadores designados para tareas de prevención o al servicio de prevención), 20 (auditoría), 21 y 22 (pues recogen obligaciones de los servicios de prevención externos), 25 (obligaciones de las entidades auditoras) y 26 (obligaciones de las entidades de formación preventiva), y del artículo 13 TRLISOS, los apartados 5 (deber de confidencialidad sobre datos médicos), 11 (servicios de prevención externos, entidades auditoras y entidades formativas que actúen sin autorización administrativa previa), 12 (incumplimiento de la incompatibilidad sobre vínculos comerciales y financieros entre servicios de prevención externos y auditorías con las empresas concertadas o auditadas), 13 (alteración y/o falseamiento de informes auditores) y 14 (pactos fraudulentos de elusión de responsabilidades). Más restrictiva se muestra GALLARDO GARCÍA, R.M<sup>a</sup>. (2016): pp. 220-221, quien considera que las infracciones administrativamente tipificadas como graves o muy graves que suponen una tipificación de la creación de un riesgo grave serían las contenidas en los apartados 8, 9, 16 y 17 del artículo 12 TRLISOS y los apartados 4, 6 y 10 del artículo 13 de la TRLISOS.

<sup>57</sup> STS (Sala Penal) de 4 de junio de 2002 (RJ 2002, 6921).

humanas, como el trabajo, generan una serie de riesgos inherentes a las mismas que son socialmente aceptados. Aceptación de este tipo de riesgos, a efectos de falta de tipicidad, que viene avalada por la jurisprudencia cuando afirma claramente que «la creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea»<sup>59</sup>. En consecuencia, en relación al tipo penal del artículo 316 CP, de forma práctica puede afirmarse que si producido un riesgo, el obligado a facilitar la medida preventiva cumple con la normativa de prevención de riesgos laborales no puede ser imputado puesto que nos encontraríamos ante un riesgo permitido.

#### 2.2.4. *Relación de causalidad entre la omisión de medidas y el peligro generado*

Ya hemos indicado al perfilar qué tipo de peligro se configura en el artículo 316 CP que es necesario que éste sea consecuencia de la omisión de medidas preventivas; exigencia que se deriva de la simple lectura del precepto cuando establece como conducta punible la de quienes estando obligados «no faciliten los medios necesarios [...] de forma que pongan así en peligro grave [...] la vida, salud o integridad física de los trabajadores». Relación de causalidad que ha sido resaltada por la jurisprudencia al afirmarse que el tipo penal «exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en 'peligro grave su vida, salud o integridad física' la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo»<sup>60</sup>.

Sucede que en los delitos de estructura omisiva no es posible apreciar una relación de causalidad en el sentido de que ésta siempre requiere una acción positiva de la que se

deriva una consecuencia. De ahí que se hable de causalidad hipotética entendida como la probabilidad de que el peligro se genere por la omisión de la medida preventiva por parte del sujeto obligado, de suerte que la no facilitación de las medidas preventivas debe ser idónea para producir el riesgo en la vida o salud de los trabajadores<sup>61</sup>.

Afirmada la necesidad de que se aprecie una relación de causalidad hipotética entre la omisión y el peligro producido, cabe preguntarse si la misma puede verse matizada o excluida por el consentimiento o la culpa del trabajador –sujeto pasivo–; o dicho de otra manera, si es posible que se produzca la minoración o exoneración de la responsabilidad penal del obligado a facilitar las medidas preventivas derivadas de la posible matización o eliminación de la relación de causalidad a consecuencia del consentimiento o la culpa del trabajador.

En relación al consentimiento del trabajador, debe afirmarse que en ningún supuesto podrá servir como elemento de minoración o exoneración de la responsabilidad penal ex artículo 316 CP atendiendo, por un lado, al bien jurídico protegido en este tipo penal, y, por otro lado, a la caracterización del marco jurídico preventivo. Desde la perspectiva del bien jurídico protegido, el consentimiento puede producir efectos cuando aquél tiene naturaleza individual, como sucede, por ejemplo, en el delito de lesiones, pero carece de eficacia cuando el bien jurídico protegido es de carácter colectivo, como acontece en el tipo penal del artículo 316 CP, que como ya hemos afirmado es la vida y salud de los trabajadores considerados como colectivo, de suerte que el consentimiento prestado por un trabajador que afecta a su estricta esfera individual no puede exonerar de responsabilidad respecto a un tipo penal que protege un bien jurídico del que no es el único titular dado que son los trabajadores como colectivo los titulares del mismo. Desde la configuración de la nor-

<sup>59</sup> STS (Sala Penal) de 19 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9263).

<sup>60</sup> STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826).

<sup>61</sup> GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): pp. 176 y 180.

ma preventiva, debe recordarse que ésta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de la LPRL, es siempre una norma de derecho necesario mínimo e indisponible, de modo que se excluye la posibilidad de que el consentimiento del trabajador pueda tener relevancia en la hipotética omisión de las medidas preventivas y, por ende, en la exoneración o matización de la relación de causalidad.

Mayor problemática plantea la admisión o rechazo de la concurrencia de culpas, también denominada autopuesta en peligro por parte del trabajador. Aunque un sector de la doctrina científica admite la posibilidad de que la responsabilidad penal del obligado a facilitar las medidas preventivas pueda ser minorada o excluida por la conducta del propio trabajador<sup>62</sup>, mientras que otro sector doctrinal niega tal posibilidad<sup>63</sup>; no parece aceptable la admisión de la concurrencia de culpas, sin matización alguna, por cuanto supone desconocer, por un lado, que el obligado tiene la capacidad, emanada de su poder de dirección, de obligar a la observancia de las medidas preventivas y, en su caso, sancionar al trabajador conforme prescribe el artículo 29.3 de la LPRL; y de otro lado, que la acción preventiva para que sea eficaz, tal y como señala el artículo 15.4 de la LRPR, debe contemplar las distracciones o imprudencias no temerarias en las que pudiera incurrir el trabajador. Pero tampoco parece admisible una negación absoluta de la operatividad de la concurrencia de culpas puesto que la norma laboral solo limita la acción preventiva a la imprudencia no temeraria, pareciendo razonable la operatividad de la concurrencia de culpas ante una conducta dolosa o de imprudencia temeraria del trabajador, siempre que se de forma restrictiva, pues como advierte la doctrina debe limitarse a supuestos muy concretos para evitar que la protección penal de las omisiones de la normativa preventiva sea meramente simbólica<sup>64</sup>.

Debe advertirse que nuestro Tribunal Supremo parece admitirla de forma muy limitada y restrictiva cuando nos recuerda que «la pretendida concurrencia de culpas, cuando existe, tiene su incidencia en el orden civil de la responsabilidad, pero rara vez en el orden penal, ya que cada uno de los culpables concurrentes han de ser juzgados por separado según su participación en el hecho y su nivel de responsabilidad»; al tiempo que nos ofrece una serie de parámetros que se deben tener presentes a la hora de valorar la posible concurrencias de culpas, advirtiéndonos que «no se aprecia de modo alguno [...] existencia de culpa de la víctima, ni, por consecuencia, [...] disminución de responsabilidad del acusado, ya que no se puede hacer depender, ni en todo ni en parte, su evidente falta de cuidado de la posible solicitud [de medidas] que podría haber hecho el obrero para evitar el accidente, pues el cuidado debido le venía impuesto ‘ope legis’ a él sólo por las propias normas de protección laboral», debiendo excluirse también como «argumento válido el que la víctima pudo negarse a realizar su trabajo»<sup>65</sup>.

### 2.3. Sujeto activo

La concreción del sujeto o sujetos que pueden incurrir en responsabilidad penal ex artículo 316 CP presenta cierta dificultad atendiendo a dos factores, por un lado, la fórmula contenida en el precepto penal; por otro lado, por la propia configuración de las empresas.

La imputación de responsabilidad penal se dirige contra quienes «estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para los trabajadores». De la anterior fórmula podemos afirmar, primero, que se produce un reenvío a la normativa de seguridad y salud en el trabajo para poder establecer quien puede ser imputado al amparo del tipo penal previsto en el artículo 316 CP; reenvío que tendrá que tener en cuenta lo previsto en los artículos

<sup>62</sup> COBO DEL ROSAL, M. y SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2004): pp. 10-14; Puppe, I (2001): pp. 39-40.

<sup>63</sup> SÁEZ VALCARCEL, R. (2006): p. 20.

<sup>64</sup> GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): p. 199.

<sup>65</sup> STS (Sala Penal) de 17 de abril de 2002 (RJ 2002, 1200).

11<sup>66</sup>, 31<sup>67</sup>, 31 bis.<sup>168</sup> y 318<sup>69</sup> CP. En segundo lugar, se deduce que los sujetos activos pueden ser varios, descartando la imputabilidad de una única categoría de sujetos<sup>70</sup>, ya que como acertadamente advierte la doctrina la conducta punible del artículo 316 CP no consiste en no facilitar los medios «a los trabajadores» sino en no facilitar lo necesario «para que los trabajadores desempeñen su actividad con las

<sup>66</sup> Establece dicho precepto que «los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

<sup>67</sup> En relación a las personas jurídicas prevé que «el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

<sup>68</sup> Dicho precepto establece que «en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

<sup>69</sup> De acuerdo a dicho precepto «cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

<sup>70</sup> En este sentido la STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826) afirma que «resulta incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos».

condiciones de seguridad e higiene adecuada»<sup>71</sup> No exigiéndose, por tanto, la existencia de una relación jurídica entre quien está obligado a facilitar la medida preventiva y el trabajador acreedor de la protección preventiva para que despliegue su operatividad el tipo penal del artículo 316 CP.

Las estructuras empresariales son cada vez más complejas y en ellas la división del trabajo hace necesaria la intervención de una pléyade de individuos organizados jerárquica y horizontalmente, asumiendo distintas atribuciones y roles con mayor o menor autonomía a la hora de adoptar decisiones. De ahí que la atribución de responsabilidad penal al amparo del artículo 316 CP debe tener presente la estructura organizativa de la empresa, y más concretamente, quien tiene verdadera capacidad de decidir a la hora de facilitar u omitir las medidas preventivas.

Es por ello que la determinación de los posibles sujetos activos comprendidos en el tipo penal del artículo 316 CP debe estar guiada por los dos siguientes parámetros: de un lado, la existencia de una obligación –ya sea legal, reglamentaria o convencional– de facilitar las medidas, de otro lado, que se tenga verdadera capacidad de decisión en lo relativo a dicha facilitación, lo que implica, como ya se ha expuesto, no sólo la puesta a disposición de los medios, sino también la vigilancia de su utilización así como la formación e información necesaria sobre los mismos.

### 2.3.1. *El empresario*

Acudiendo a la normativa preventiva el primer posible sujeto activo es el empresario por cuanto es a quien se impone, en el artículo 14.1 LPRL, el deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales; del cual, a su vez, se derivan una serie de obligaciones entre las que se encuentra, en el artículo 14.2 LPRL, la de facilitar las medidas necesarias

<sup>71</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 72.

para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Identificación del empresario como obligado principal que se corrobora cuando al establecerse la posible exigencia de, entre otras, la responsabilidad penal en el artículo 42.1 LPRL se hace referencia al empresario que incumple sus obligaciones preventivas. Además, es quien posee la facultad de organización y el poder de dirección, al amparo de lo previsto en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, que le permite tener plena capacidad para decidir facilitar las medidas preventivas a los trabajadores, así como obligarles a su utilización, incluso con la admonición del ejercicio del poder disciplinario.

#### a. Empresario persona jurídica

Teniendo en cuenta que la mayoría de los empleadores revisten la forma de persona jurídica, se plantea la cuestión de si ésta puede ser imputada penalmente. La exigencia de responsabilidad penal por un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores a la persona jurídica se encuentra muy limitada; de manera que puede ser calificada como deficiente a la vista de la regulación contenida en el Código Penal.

Es verdad que el Código Penal contempla, en su artículo 31 bis<sup>72</sup>, la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas, no obstante, la aplicación de dicho precepto se sujeta literalmente a «los supuestos previstos en este Código», entre los que no se encuentran los delitos contra la seguridad de los trabajadores<sup>73</sup>; de manera que como al regular los delitos contra los trabajadores no se hace referencia alguna al artículo 31 bis CP, éste deviene inaplicable para los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores.

<sup>72</sup> Se trata de una novedad introducida por el apartado 4º del artículo único de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de mayo.

<sup>73</sup> Como ya afirmaba TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 71, se limita la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas solo a ciertos delitos seleccionados por la norma penal.

Con carácter general el artículo 31 CP imputa la responsabilidad de la persona jurídica a quien actúe como administrador de hecho o de derecho o como representante legal o voluntario, «aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». Esta regla se ve desplazada por la regla específica prevista para los delitos contra los derechos de los trabajadores en el artículo 318 CP, según el cual responderá penalmente «los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello», contemplándose, además, la posibilidad de que el órgano judicial pueda decretar «alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129» del CP<sup>74</sup>.

Es verdad que el artículo 318 CP establece, aparentemente, una singular regla para la imputación de responsabilidad penal respecto a la previsión contenida en el artículo 31 CP; sin embargo estamos ante una previsión especial que poco aporta a la general<sup>75</sup>, salvo la de imputar la responsabilidad al encargado de servicio y la imposición de penas accesorias, pero cuya aplicación real es muy limitada.

<sup>74</sup> Las medidas accesorias que, de conformidad con lo previsto en el artículo 129.1 en relación con el artículo 33.7, letras c a g, del CP, pueden ser impuestas por el órgano judicial son: suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años, clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años, prohibición, temporal o definitiva, de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años o la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque ésta fuera lícita.

<sup>75</sup> De reiterativa la califica AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 289.

A primera vista el artículo 318 CP habla en términos generales de administradores y amplía su imputación subjetiva no solo a los encargados de servicio sino también a «quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello». Por un lado, en coherencia con el artículo 31 CP, la referencia a los administradores debe incluir tanto a los que sean de derecho como a los de hecho. Por otro lado, la supuesta ampliación subjetiva no es tal, porque el artículo 318 CP debe ser interpretado, tratándose del delito de seguridad y salud contra los trabajadores, de acuerdo a los términos del tipo penal que se configura en el 316 CP, en el que solo resulta exigible la responsabilidad penal a quien está legalmente obligado a facilitar las medidas de seguridad; de manera que para poder aplicar el artículo 318 CP el sujeto debe estar incluido entre quienes ostentan una posición de garante en materia de seguridad y salud laboral<sup>76</sup>, descartándose a quien simplemente lo pudo conocer y remediar, porque, además de no respetar la configuración del artículo 316 CP, convirtiéndolo en un delito común, no se ajustaría a la regla general de imputación en los delitos de comisión por omisión prevista en el artículo 11 CP que exige que exista una «específica obligación legal o contractual de actuar».

Pero, sin duda alguna, la gran deficiencia de la imputación de la persona jurídica por un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores prevista en el artículo 318 CP es su escasa operatividad debido a que las conductas tipificadas en el artículo 316 CP se atribuyen, en la mayoría de las ocasiones, a personas físicas y no a personas jurídicas, por ser aquellas las que suelen resultar obligadas por la normativa laboral a facilitar los medios, mientras que el artículo 318 CP requiere para su aplicación que los hechos previstos en los tipos penales que configuran los delitos contra los trabajadores se atribuyan a las personas

jurídicas<sup>77</sup>; además, los sujetos mencionados en el artículo 318 CP –al igual que sucede con el artículo 31 CP–, serán directamente responsables por aplicación del artículo 316 CP, siendo excluida la aplicación del artículo 318 CP<sup>78</sup>.

La escasa operatividad del artículo 318 CP supone, además, que pocas veces se podrán imponer las penas accesorias previstas en él: Penas que sí apuntan directamente al empleador persona jurídica y pueden constituir una medida de política criminal efectiva para que la sanción penal pudiera actuar como elemento disuasorio ante las conductas omisivas en materia de seguridad y salud laboral; de ahí que se haya afirmado, acertadamente, la necesidad de suprimir el artículo 318 CP, salvo la posibilidad de imponer penas accesorias cuando se acredite la comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores<sup>79</sup>.

#### b. Pluralidad de empresarios

El análisis de la figura del empresario como sujeto activo del ilícito penal nos obliga a analizar la prestación laboral desarrollada a través de empresas de trabajo temporal, así como el fenómeno de la descentralización productiva a través de la contratación y subcontratación de actividades.

En relación al fenómeno del trabajo a través de empresas de trabajo temporal, el artículo 28.5 LPRL viene a establecer que la empresa usuaria es la responsable de la ejecución del contrato en todo lo relativo a la prevención de riesgos laborales del trabajador puesto a disposición, asumiendo además una serie de obligaciones en materia informativa; mientras que la empresa de trabajo temporal asume obligaciones formativas y de vigilancia de la salud. A la vista de la distribución de

<sup>77</sup> Deficiencia advertida, entre otros, por TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 70.

<sup>78</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 292.

<sup>79</sup> Propuesta formulada ya por TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 70.

<sup>76</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp. 291-292; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 78-79.

obligaciones anteriormente expuesta puede afirmarse que la empresa usuaria será normalmente el sujeto de imputación penal ex artículo 316 CP, pero tampoco puede descartarse la imputación de la empresa de trabajo temporal en la medida en que el incumplimiento de sus obligaciones formativas y de vigilancia de la salud pudieran generar un peligro grave para la vida y salud de los trabajadores puestos a disposición de la empresa usuaria<sup>80</sup>.

Ante el fenómeno de la descentralización productiva, operada mediante la contratación o subcontratación de actividades de la empresa, la pauta para obtener una posible identificación de los sujetos activos nos la da el artículo 24 LPRL siempre que se verifique la presencia de varios deudores de seguridad procedentes de varias empresas; pudiendo afirmarse la existencia de distintas posiciones empresariales atendiendo al elenco de obligaciones que se imponen a cada una de ellas, partiendo de la premisa que todos ellos asumen la obligación de cooperar en la aplicación de la normativa preventiva y articular los medios de coordinación necesarios e informar de ellos a sus trabajadores (art. 24.1 LPRL). En efecto, si existe un empresario principal que es titular del centro de trabajo, debe, por un lado, informar e instruir adecuadamente sobre los riesgos y las medidas preventivas y de emergencia del centro de trabajo (art. 24.2 LPRL), por otro lado, vigilar el cumplimiento de la normativa preventiva por parte de los contratistas y subcontratistas (art. 24.3 LPRL). Si se tiene solo la condición de empresario titular sólo debe cumplir las obligaciones de información e instrucción sobre riesgos y medidas adoptadas en el centro de trabajo. Si no se tiene la condición de empresario titular pero se contrata o subcontrata parte de la

actividad, debe vigilar el cumplimiento de la normativa preventiva. Finalmente, si se trata de un empresario que desarrolla su actividad en un centro sin ser el titular del mismo y sin proceder a contratar o subcontratar parte de su actividad, sólo asume el deber general de cooperación y de coordinación ya expuesto.

En cualquiera de las distintas posiciones empresariales descritas en la medida en que el incumplimiento de sus obligaciones pueda dar lugar a una omisión de medidas preventivas que generen un riesgo para la vida y salud de los trabajadores, se puede apreciar la imputabilidad penal, aun cuando el trabajador o trabajadores afectados por el riesgo no lo sean del empresario concurrente en el centro de trabajo que ha omitido la medida<sup>81</sup>. Por ejemplo, si el incumplimiento del deber de cooperación o del de coordinación por parte de un empresario concurrente provoca que otro de los empresarios no facilite la medida preventiva necesaria y adecuada, generándose un riesgo, me parece viable la imputación del primero y la exoneración del segundo empresario.

### 2.3.2. *Trasferencia de responsabilidad*

Siendo el empresario el principal obligado a facilitar los medios preventivos pero no el único por cuanto la configuración del tipo penal se produce en términos de pluralidad —«los obligados legalmente»— y ante la realidad empresarial que nos muestra la complejidad y jerarquización de las estructuras organizativas en las que se produce una distribución de las tareas productivas con atribución de distintos grados de autonomía y capacidad de decisión, se plantea si el empresario puede ser exonerado de responsabilidad penal ex artículo 316 CP e imputarse a otros sujetos en base a la

<sup>80</sup> LÓPEZ BALAGUER, M. (2016): p. 487, RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 255. También parece asumir la posibilidad de imputación penal, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 579-580; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 65-66. En contra, HORTAL IBARRA, J. (2005a): pp. 27-28; RIVERO LAMAS, J. (1996): p. 697, para quienes la empresa usuaria sería la única responsable penalmente.

<sup>81</sup> Posibilidad admitida, entre otros, por TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 68, quien habla de la configuración de una gradación de obligaciones legalmente impuestas derivada de la diferente posición empresarial establecida en el artículo 24 LPRL.

delegación de facultades de dirección y de atribución de competencias.

Al establecerse en el artículo 14.4 LPRL que la acción del empresario se podrá complementar por la atribución de funciones en materia de prevención a los trabajadores o a servicios de prevención, internos o externos, «sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber» en materia de seguridad y salud en el trabajo, ha llevado a un sector doctrinal a cuestionar la admisión de la transferencia de responsabilidad penal a través de la delegación<sup>82</sup>. No obstante, el citado precepto no niega la admisión de la transferencia de responsabilidad sino únicamente señala que es posible la existencia de responsabilidad, en este caso penal, del empresario aun cuando haya habido una delegación de funciones a otros sujetos incardinados en la estructura empresarial. No parece realista negar la admisibilidad de la transferencia de responsabilidades puesto que sería desconocer que en muchas empresas el empleador no tiene conocimiento directo de la actuación preventiva que se encuentra delegada en algunos o varios de sus trabajadores, de manera que se imputaría penalmente a quien de hecho no ha omitido la facilitación de las medidas preventivas.

A favor de la admisión de la delegación se ha pronunciado una parte de la doctrina<sup>83</sup>, y el propio Tribunal Supremo, quien partiendo de dos premisas como son que «todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o mando en una empresa y, por tanto, sean éstas superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y hacer cumplir las normas destinadas a que el trabajo se realice con las prescripciones elementales de seguridad»<sup>84</sup> y que «no es humanamente posible que quienes deben ejercer

una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, pueda realizar personalmente todas las obligaciones para el cumplimiento del deber»<sup>85</sup>, sostiene de forma clara que «el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar»<sup>86</sup>.

Ahora bien para que la delegación de funciones produzca una transferencia, o incluso la exoneración, de responsabilidad debe producirse atendiendo a determinados parámetros. En primer lugar, la delegación debe venir amparada en una norma legal, reglamentaria o convencional; no debiendo admitirse la delegación de hecho<sup>87</sup>. En segundo lugar, debe ser libre y voluntariamente aceptada por el delegado, no tendría eficacia, por tanto, la delegación impuesta por el empresario sin el consentimiento del trabajador<sup>88</sup>. En tercer lugar, la delegación debe realizarse en personas con capacidad e idoneidad para desarrollar la actividad preventiva; la delegación a quien no reúne la necesaria competencia para implantar la normativa preventiva y controlar su aplicación nos situaría ante un supuesto de culpa *in eligendo* que no permitirá un desplazamiento de la responsabilidad penal<sup>89</sup>. En cuarto lugar, la delegación debe ser general respecto de una determinada obligación preventiva que implique la facilitación de medidas, de manera que la delegación parcial o la asunción de la obligación de forma compartida por el empre-

<sup>85</sup> STS de 26 de marzo de 1994.

<sup>86</sup> STS de 26 de marzo de 1994.

<sup>87</sup> GALLARDO GARCÍA, R.M<sup>a</sup>. (2016): p. 178. No obstante la STS de 16 de julio de 1992 señala que también cuando la delegación de funciones se haga de facto cabe exigir a quien las desarrolla el cumplimiento de la normativa preventiva, con lo que parece estar admitiendo la validez de la transferencia de responsabilidad ante un supuesto de delegación por vía de hecho.

<sup>88</sup> GALLARDO GARCÍA, R.M<sup>a</sup>. (2016): p. 178.

<sup>89</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 272; RODRÍGUEZ MESA, J. (2005): p. 134.

<sup>82</sup> CAMAS RODAS, F. (2006): p. 122.

<sup>83</sup> Por todos, TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 62-65; GALLARDO GARCÍA, R.M<sup>a</sup>. (2016): pp. 162-165 y 178.

<sup>84</sup> STS de 16 de julio de 1992. En idéntico sentido, ya se había pronunciado, la STS de 10 de mayo de 1980.

sario y el delegado no darán lugar a la exoneración de la responsabilidad del empresario<sup>90</sup>. En quinto lugar, el sujeto delegado debe tener pleno conocimiento y comprensión de los términos en que se produce la delegación; puesto que faltando el conocimiento de alguno de los extremos de la misma ésta carece de virtualidad exoneradora<sup>91</sup>. En sexto lugar, el sujeto delegado tiene que tener plena capacidad de decisión en lo relativo a la facilitación de las medidas preventivas para que la delegación despliegue la transferencia de responsabilidades<sup>92</sup>; capacidad de decisión que no sólo debe referirse a la capacidad material de adopción de medidas sino también a la capacidad económica que pudiera necesitar su implementación material. Finalmente, el órgano delegante debe desplegar de forma continuada una actividad de vigilancia sobre la actuación del órgano delegado, de no producirse aquélla se incurriría en un supuesto de culpa in vigilando del empresario que conduce a no apreciar la exoneración de su responsabilidad penal<sup>93</sup>.

### 2.3.3. *Servicios de prevención y recursos preventivos*

Una de las posibles modalidades de organización de la actividad preventiva es recurrir a un servicio de prevención, bien sea interno o externo a la empresa. Afirmar la posible imputabilidad penal de los servicios de prevención requiere partir de la observación de las funciones que la ley les atribuye, concretadas en el asesoramiento y apoyo a la empresa en lo referente al plan de prevención, evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva y determinación de prioridades en la adopción de medidas preventivas, así como la vigilancia de su eficacia, la información y formación de los trabajadores y la vigilancia de la salud (art. 31.3 LPRL).

Podría sostenerse que las facultades reconocidas a los servicios de prevención, en la medida que se circunscriben al asesoramiento y al apoyo al empresario, no revelan una capacidad de toma de decisiones en el cumplimiento de la normativa preventiva por cuanto será en última instancia el empresario el que deba adoptar las medidas adecuadas<sup>94</sup>.

No obstante dicha interpretación sería excesivamente formalista y estaría desconectada de la realidad empresarial, por lo que debe afirmarse la posibilidad de exigir responsabilidad penal a los servicios de prevención, por cuanto se les atribuye una serie de obligaciones que pueden implicar la facilitación de medidas de seguridad y salud laboral<sup>95</sup>. Es formalista porque realmente esa labor de apoyo y asesoramiento versa sobre cuestiones nucleares de una eficaz acción preventiva, aludiéndose incluso a la adopción de medidas, de manera que sólo pueden concebirse como una labor de diseño y ejecución de los aspectos preventivos enumerados en el precepto legal; idea que se refuerza si tenemos en cuenta que al configurarlos el artículo 31.1 LPRL como «conjunto de medios [...] necesarios para realizar las actividades preventivas», se sitúan en la óptica de la realización de la actividad preventiva y no en la de simple apoyo y asesoramiento. Más que una labor de asesoramiento lo que se produce es una delegación parcial<sup>96</sup> del deber preventivo empresarial, como lo revela, por otra parte, el artículo 19.2 del Reglamento de los Servicios de Prevención<sup>97</sup> al establecer que dichas «entidades asumirán directamente el desarrollo de aquellas funciones señaladas en el artículo 31.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que hubieran concertado». Por otro lado no es realista, porque desde el plano dogmático, cuando un empresario recurre a un servicio de preven-

<sup>90</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 64.

<sup>91</sup> GALLARDO GARCÍA, R.M.<sup>a</sup>. (2016): p. 165.

<sup>92</sup> RODRÍGUEZ MESA, J (2005): p. 131; APARICIO TOVAR, J. (2006): p. 34.

<sup>93</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 64.

<sup>94</sup> Postura mantenida por AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 330, quien, además, fundamenta su postura en el hecho de que la admisión de la imputabilidad del servicio de prevención sólo se produciría si la empresa concertada fuera una persona jurídica.

<sup>95</sup> Entre otros, RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): p. 273; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 76.

<sup>96</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 76.

<sup>97</sup> Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.

ción lo que pretende no es el simple asesoramiento y apoyo sino que aquél asuma parte de la actividad preventiva.

La figura del recurso preventivo hace alusión no a medios materiales sino a medios humanos que deberán estar presentes en los centros de trabajo cuando se dan alguna de las circunstancias previstas en el artículo 32 bis.1 LPRL<sup>98</sup>, teniendo encomendada la vigilancia del cumplimiento de las actividades preventivas de la empresa (art. 32 bis.3 LPRL), que incluirá 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 bis.4 RSP); debiendo disponer de la capacidad suficiente y los medios necesarios para desarrollar dicha vigilancia (art. 32 bis.3 LPRL).

Comparto la opinión expresada por la doctrina de que los recursos preventivos son un medio preventivo en sí mismo considerados, de suerte que su omisión por parte del empresario supone que éste pueda incurrir en responsabilidad penal ex artículo 316 CP<sup>99</sup>. Sin embargo no comparto la idea de que quien es recurso preventivo no pueda incurrir en el tipo penal del artículo 316 CP, aduciendo que sus funciones son de control e información, careciendo de obligaciones consistentes en facilitar medidas preventivas<sup>100</sup>. Partiendo de la admisión de la delegación y de la concepción

funcional de lo que se ha de entender por el término «medidas» contenido en el artículo 316 CP, que nos ha llevado a incluir no solo la puesta a disposición de medios materiales sino también, entre otras, las obligaciones informativas y de vigilancia, es factible que el recurso preventivo pueda ser sujeto activo del delito de seguridad y salud de los trabajadores.

#### 2.3.4. Órganos de consulta y participación en materia preventiva

Dos son las figuras previstas en la LPRL para dar expresión a la consulta y participación de los trabajadores en materia preventiva. Se contempla la figura del delegado de prevención como «representante de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales» (art. 35.1 LPRL); mientras que el Comité de Seguridad y Salud emerge como el «órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos» (art. 38.1 LPRL).

Las competencias atribuidas a ambas figuras por la LPRL permiten descartar su impunidad ex artículo 316 CP. Ninguna de las competencias y facultades previstas para los Delegados de Prevención y para el Comité de Seguridad y Salud suponen la atribución de obligación alguna consistente en facilitar las medidas de protección adecuadas<sup>101</sup>.

Al Delegado de Prevención se le reconoce competencia para «colaborar» con la empresa, «promover y fomentar la cooperación de los trabajadores» en la ejecución de la normas preventivas, ser «consultados» por el empresario y «vigilar» el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo (art. 36.1 LPRL), para lo cual se le reconocen determinadas facultades como son el acce-

<sup>98</sup> Los supuestos son cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo, cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales o cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas.

<sup>99</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 89-90.

<sup>100</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 89.

<sup>101</sup> Por todos, niegan tal posibilidad, RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 267 y 270, AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 331-332.

so a información y documentación sobre las condiciones de trabajo, ser informados sobre los daños producidos en la salud, visitar los lugares de trabajo, proponer al empresario la adopción de medidas y formular propuestas a éste y al Comité de Seguridad y Salud o proponer la adopción del acuerdo de paralización de actividades (art. 36.2 LPRL). La mera contemplación de las competencias y facultades descritas descartan la idoneidad para que la actuación del Delegado de Prevención pueda ser objeto de imputación penal ex artículo 316 CP, que debe recordarse tipifica como punible a quienes están obligados, que es distinto y no debe confundirse con quien está facultado nada más.

El mismo razonamiento nos lleva a descartar también la imputabilidad del Comité de Seguridad y Salud, por cuanto a éste se le reconoce competencia en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas preventivos de la empresa, pero mediante facultades, nunca obligaciones, que, además, no se concretan en facilitar medidas preventivas sino en permitirle tomar conocimiento de diversos aspectos, como son los riesgos y su prevención, documentos e informes sobre las condiciones de trabajo, daños producidos en la salud e integridad física de los trabajadores, memoria y programación anual de los servicios de prevención (art. 39 LPRL).

### 2.3.5. *Fabricantes, importadores y suministradores*

A los fabricantes, importadores y suministradores se refiere la LPRL para hacer recaer sobre ellos una serie de obligaciones que se consideran necesarias para una correcta acción preventiva en la empresa. Así se establece que deben asegurar que los objetos que fabrican, importan o suministran no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, y tratándose de equipos de protección deberán asegurar también su efectividad; obligación que tiene plena virtualidad siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, for-

ma y para los fines recomendados por aquellos (art. 41.1 LPRL). Tratándose de productos químicos esa obligación conlleva, además, proceder al envasado y etiquetado de forma que permita su conservación y manipulación en condiciones seguras, identificándose claramente su contenido, riesgos para la seguridad o salud que se derivan de su almacenamiento y utilización (art. 41.1 LPRL). La no observancia de las prescripciones de instalación y uso y del contenido del etiquetado, haría decaer la obligación y, en consecuencia, la posible imputabilidad de los fabricantes, importadores y suministradores.

Además, sobre estos sujetos pesa la obligación de informar sobre la correcta utilización de dichos objetos, las medidas preventivas adicionales a adoptar y los riesgos derivados tanto de su uso normal como inadecuado, con la finalidad de que su utilización se lleve a cabo sin riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores y para que el empresario pueda cumplir sus obligaciones informativas respecto a los trabajadores (art. 41 LPRL).

Como se puede apreciar se les atribuye fundamentalmente una obligación de seguridad de los objetos, productos y equipos, así como una obligación informativa. Algún autor ha descartado tácitamente su imputabilidad al amparo del artículo 316 CP al considerar que sólo podrían ser sujetos activos del delito previsto en el artículo 348 CP<sup>102</sup>, y otros de forma explícita han sostenido que no pueden resultar imputados porque la obligación que se les atribuye es de carácter meramente informativa en relación a los peligros que pudieran ocasionar los objetos o productos, de suerte que no pueden ser garantes de la evitación del peligro para la seguridad y salud de los trabajadores<sup>103</sup>, añadiéndose, además, que estos sujetos no resultan obligados por las normas de seguridad e higiene sino por las normas de seguridad industrial o seguridad en el produc-

<sup>102</sup> PURCALLA BONILLA, M.A. (2012): pp. 1808-1809.

<sup>103</sup> LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 291. Acoge este argumento también AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp.325-327.

to y que la obligación de facilitar los medios requiere una relación directa entre el sujeto activo y el trabajador que no se da entre éste último y los fabricantes, importadores y suministradores<sup>104</sup>.

Frente a la negativa a la admisión de su imputabilidad ex artículo 316 CP se ha sostenido que sólo resultarían sujetos activos en relación a este tipo penal cuando el empresario les hubiera delegado obligaciones preventivas que entrañasen la facilitación de medidas a los trabajadores<sup>105</sup>.

Sin embargo, parece posible que pudieran incurrir en un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, sin necesidad de apreciar una previa delegación, por la inobservancia de las obligaciones que la propia LPRL les asigna<sup>106</sup>, atendiendo a los siguientes argumentos.

En primer lugar, los fabricantes, importadores y suministradores sí resultan obligados, además de la normativa de industria, por la normativa preventiva, en concreto, por lo previsto en el artículo 41 de la LPRL, en consecuencia, es difícilmente aceptable la premisa de que aquellos no se encuentran sujetos a la norma de seguridad y salud laboral.

En segundo lugar, la configuración del tipo penal del artículo 316 CP no parece exigir una relación directa entre el sujeto activo y el trabajador, puesto que lo que se tipifica es no facilitar las medidas «para que» los trabajadores –no «a» los trabajadores– desarrollen su actividad en condiciones de seguridad y salud.

En tercer lugar, en el citado precepto se les atribuyen una serie de obligaciones que deben considerarse como idóneas para ser calificadas como «medidas necesarias» para la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores; incluida la obligación in-

formativa que también puede dar lugar a una conducta punible de estos sujetos. No es descartable, por ejemplo, que la incorrecta información suministrada por un fabricante pueda producir un riesgo grave para la salud de los trabajadores, y en tanto que la información se concibe como medida necesaria para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, poder subsumirla en el tipo penal previsto en el artículo 316 CP.

### 2.3.6. *Audidores y evaluadores externos*

El empresario que decide no externalizar su actividad preventiva en un Servicio de Prevención ajeno a la propia estructura empresarial viene obligado a someter dicha actividad al control de una entidad externa (art. 30.5 LPRL) que proceda a establecer, mediante un análisis sistemático, documentado y objetivo, una imagen real del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, valorando su eficacia y detectando las deficiencias que puedan dar lugar a incumplimientos de la normativa preventiva, permitiendo así la adopción de las decisiones necesarias para la mejora y perfeccionamiento (art. 30 RSP).

Aunque un sector de la doctrina ha señalado que su posible responsabilidad penal ex artículo 316 CP sólo cabría ante situaciones de cooperación con el empresario cuando en connivencia con éste formulase informes falsos o que oculten la inexistencia o inadecuación de las medidas<sup>107</sup>, resulta difícil admitir que puedan ser imputados penalmente al amparo del artículo 316 CP por cuanto la norma no les reconoce ninguna obligación o deber vinculado directamente a preservar la seguridad y salud de los trabajadores, como se ha dicho de forma expresiva «no están obligadas a facilitar medios»<sup>108</sup>. Además esta pretendida responsabilidad penal de los auditores y evaluadores externos podría afirmarse de otros sujetos analizados siempre que los mismos

<sup>104</sup> Véase AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp.325-327.

<sup>105</sup> SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, J.R. (2002): p. 105.

<sup>106</sup> En este sentido y con mayor detenimiento, RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 261-265.

<sup>107</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): p. 82

<sup>108</sup> NAVARRO CARDOSO F. y LOSADA QUINTAS, J. (2001): p. 986.

desarrollasen sus funciones en connivencia con el empresario para ocultar la inexistencia o insuficiencia de las medidas preventivas.

### 2.3.7. *El coordinador de seguridad en la construcción*

La actividad del sector de la construcción se caracteriza por ser una de las actividades potencialmente generadora de riesgos laborales, lo que se explica atendiendo a varios factores como son la mutabilidad del centro de trabajo –la obra–, que supone una variabilidad de los riesgos, y la concurrencia de varias actividades y/o de varios empresarios en el mismo centro de trabajo, que generan una diversidad de riesgos.

La efectividad de la seguridad y salud laboral en el sector de la construcción ha llevado al legislador a contemplar las figuras de coordinador de seguridad durante la elaboración del proyecto, que es el técnico competente designado por el promotor para coordinar durante la fase del proyecto de obra, la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 15 de la LPRL a la hora de concebir, estudiar y elaborar el proyecto de obra [art. 2.1 e), en relación con el art. 8 RD 1627/1997], y la de coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra, que es el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo una serie de competencias en materia de seguridad y salud en la ejecución de la obra [art. 2.1 f) RD 1627/1997]. Además, este último está facultado para paralizar, total o parcialmente, la obra ante la existencia de riesgo grave e inminente derivado del incumplimiento de las medidas de seguridad y salud (art. 14 RD 1627/1997).

Debe advertirse que en ambos casos se identifica el coordinador con la expresión «técnico competente», sin que se aclare a quién debe considerarse como tal. Dicho silencio no puede interpretarse en el sentido de que cualquier persona pueda ser designado coordinador de seguridad, dado que la Disposición Adi-

cional 4ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, reguladora de la Ordenación de la Edificación, si procede a indicárnoslo al establecer que «las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades».

Entre las funciones que se le atribuye al coordinador de seguridad durante la elaboración del proyecto, se encuentra la de coordinar la actividad de los proyectistas que intervienen para que tengan en cuenta la seguridad y salud (art. 8.3 RD 1627/1997); así como también la elaboración –directamente por él o por terceros bajo su responsabilidad– del estudio de seguridad y salud (art. 5.1 RD 1627/1997).

Al coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra se le asignan labores de coordinación –en relación a la aplicación de los principios generales, de la obra y de las acciones y funciones de control–, de organización de la coordinación, así como de adopción de todas las medidas pertinentes para que solo accedan a las obras las personas autorizadas (art. 9 RD 1627/1997).

Es evidente que el coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra asume importantes y relevantes obligaciones preventivas, cuyo incumplimiento, al poder ser consideradas obligaciones consistentes en facilitar medidas preventivas, piénsese en las facultades de control o en las de adopción de decisiones sobre el acceso a la obra, harían nacer la responsabilidad penal prevista en el artículo 316 CP. Mayor dificultad encontramos a la hora de determinar la imputabilidad penal al coordinador de seguridad en la fase de elaboración del proyecto, aunque puede afirmarse que el incumplimiento de su función de coordinación de los distintos proyectistas y, sobre todo, de la elaboración del estudio de seguridad y salud, pueden considerarse como una omisión de medidas preventivas incardinable

en el tipo penal; dado que, por ejemplo, si en su labor de elaboración del estudio de seguridad y salud se recogiesen las medidas de forma genérica y no con el detalle debido, se estaría incurriendo en una omisión de medidas preventivas de la que puede nacer la responsabilidad penal<sup>109</sup>.

### 2.3.8. Trabajadores

Cabe interrogarse si un trabajador, cuya dimensión colectiva constituye el bien jurídico protegido, que omite una medida de seguridad poniendo con su conducta en peligro la seguridad y salud de otros trabajadores puede incurrir en responsabilidad penal ex artículo 316 CP.

Al trabajador se le atribuye como obligación principal velar por su propia seguridad y salud laboral y por la del resto de personas a las que su actividad pudiera afectar (art. 29.1 LPRL) al tiempo que se le conmina a usar debidamente la maquinaria, productos y equipos de protección y dispositivos de seguridad; contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente; informar de inmediato a su superior jerárquico, a los trabajadores designados para realizar la actividad preventiva o al servicio de prevención de cualquier posible riesgo laboral y cooperar con el empresario para que este pueda desarrollar de forma eficaz su acción preventiva (art. 29.2 LPRL). El análisis de las obligaciones preventivas que debe asumir el trabajador descarta que se pueda atribuir a éste la autoría del tipo penal del artículo 316 CP por cuanto ninguna de ellas puede ser concebida como una obligación de facilitar medidas preventivas. Conclusión que se ve corroborada

<sup>109</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2005): p. 582, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 585; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2012): p. 1763, si bien esta última autora evidencia que no se encuentran sentencias que condenen únicamente al coordinador de seguridad en la fase de elaboración del proyecto, lo que se explica porque normalmente quien es coordinador en la fase de elaboración del proyecto lo es también en la fase de ejecución de la obra.

por cuanto el apartado 2º del artículo 29 LPRL solo concibe el posible incumplimiento de las obligaciones preventivas del trabajador como un incumplimiento laboral a los efectos de ser sancionado disciplinariamente.

#### a. Asunción de obligaciones preventivas por el trabajador. Los técnicos de prevención

La imposibilidad, con carácter general, de exigir responsabilidad ex artículo 316 CP a cualquier trabajador debe ser objeto de matización en varios supuestos. Así, cuando el trabajador asume funciones preventivas mediante la delegación empresarial –ya sea mando directivo, mando intermedio, o un simple trabajador–, y siempre que ésta se ajuste a las condiciones expuestas anteriormente, es indudable que se produce una transferencia de responsabilidad que convierte a este trabajador en posible sujeto activo del tipo penal del artículo 316 CP.

Idéntica solución debe predicarse del trabajador, reúna o no la condición de técnico de prevención<sup>110</sup>, cuando asume la acción preventiva en virtud de lo previsto en el artículo 30 LPRL, siempre y cuando, como previene el apartado 2º de dicho precepto, tenga la capacidad necesaria, disponga del tiempo y medios suficientes y precisos, atendiendo el tamaño de la empresa y los riesgos existentes. En estos supuestos, en la medida en que asumiera una parte de la acción preventiva empresarial en la que se englobase la capacidad para implementar las medidas para garantizar la seguridad y salud del resto de los trabajadores, la omisión de las mismas podría dar lugar a responsabilidad penal ex artículo 316 CP.

Respecto al técnico de prevención de riesgos laborales se ha afirmado su inimputabilidad ex artículo 316 CP porque sus funciones son de asesoramiento y apoyo, con total re-

<sup>110</sup> Sostiene la imputabilidad del técnico de prevención, entre otros, URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. (2013): pp. 204-206; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 580-584; HORTAL IBARRA, J.C. (2005b): p. 252; GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1999): pp. 4-5 de 10.

serva de la capacidad de decisión al empresario<sup>111</sup>, de suerte que las mismas no pueden ser consideradas medios a los efectos de su subsunción en el tipo penal<sup>112</sup>. No compartimos dicha inimputabilidad porque debe recordarse que sus labores no son de mero apoyo por cuanto es posible que el técnico de prevención asuma parte de la acción preventiva de la empresa, entre la que puede estar la de facilitar las medidas necesarias de seguridad y salud a los trabajadores<sup>113</sup>, y que, además, la norma expresamente habla de que tenga capacidad y medios suficientes para desarrollarla, lo que supone reconocer un ámbito de decisión en materia preventiva que va más allá del mero asesoramiento y apoyo al empresario<sup>114</sup>, asumiendo directamente las obligaciones preventivas<sup>115</sup>.

#### b. El coordinador de actividades

En los supuestos de concurrencia de varios empresarios en un mismo centro de trabajo, la necesaria coordinación de los mismos en aras a una eficaz acción preventiva ha llevado al legislador a prever la posible designación de un coordinador de actividades, condición que puede recaer, entre otros sujetos, sobre un trabajador de la empresa titular del centro de trabajo o de las demás empresas concurrentes [letras a), d) y e) del art. 13.3 RD 171/2004].

Sin perjuicio de que el empresario titular pueda atribuirle cualquier función preventiva [art. 14.1 c) RD 171/2004], al coordinador se le atribuye, por un lado, la función de favorecer el cumplimiento de la coordinación de actividades encaminada a una aplicación

coherente de la acción preventiva y de los métodos de trabajo, así como el control de las diversas actividades concurrentes y la adecuación de los riesgos existentes y las medidas preventivas [art. 14.1 a), en relación con el art. 3 RD 171/2004], y, por otro lado, servir de cauce para el intercambio de información entre los empresarios concurrente [art. 14.1 b) RD 171/2004]. Para el cumplimiento de estas funciones se le reconocen una serie de facultades entre las que cabe destacar la de «impartir a las empresas concurrentes las instrucciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones» [art. 14.2 c) RD 171/2004].

Las dos funciones atribuidas expresamente por la norma preventiva permiten afirmar que el coordinador de actividades puede incurrir en el tipo penal del artículo 316 CP porque en la ejecución de las mismas puede asumir obligaciones que se concreten en la facilitación de medidas preventivas. Si su actuación impide la coordinación, por ejemplo, al no impartir las instrucciones debidas o no facilitar la información a un empresario transmitida por los otros empresarios, y se genera un riesgo grave para la vida y la salud de los trabajadores, se podrá estar incurriendo en el tipo penal, pudiendo ser considerado sujeto activo del mismo<sup>116</sup>.

#### 2.4. Sujeto pasivo

La identificación del sujeto pasivo –partiendo del bien jurídico protegido en el delito tipificado en el artículo 316 CP, así como de a quien se reconoce el derecho a una eficaz protección en materia preventiva en el artículo 14.1 LPRL– no ofrece problema alguno, son los trabajadores respecto de los que haya una obligación de seguridad y salud consistente en facilitarles los medios preventivos. A sensu contrario, si se genera un riesgo que pone en peligro la seguridad y salud de quien no es

<sup>111</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F. (2003): p. 83.

<sup>112</sup> NAVARRO CARDOSO F. y LOSADA QUINTAS, J. (2001): p. 978.

<sup>113</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 582 señala que los técnicos de prevención asumen un conjunto de obligaciones que pueden ser incardinadas en el elemento «medidas» exigido por el tipo penal.

<sup>114</sup> De gran autonomía y de asunción de funciones ejecutivas atribuidas por la ley habla GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1999): pp. 4-5 de 10, para afirmar que los técnicos de prevención pueden ser sujetos activos en el tipo penal de artículo 316 CP.

<sup>115</sup> HORTAL IBARRA, J.C. (2005b): p. 252.

<sup>116</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 591.

trabajador del obligado legalmente a facilitar los medios –salvo lo previsto en materia de empresas de trabajo temporal, subcontratación, coordinación de actividades o en ciertos supuestos los trabajadores autónomos– estaremos ante una situación de inimputabilidad desde el prisma del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores; sin perjuicio de que pueda ser objeto de imputación penal por delito de homicidio o lesiones o por un delito de riesgos catastróficos<sup>117</sup>.

El concepto de trabajador a efectos del ilícito penal del artículo 316 CP no debe identificarse únicamente con el trabajador por cuenta ajena al que se refiere el artículo 1 del ET, por cuanto el artículo 3 de la LPRL dirige su ámbito de aplicación también al personal con una relación administrativa o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas y a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en una prestación de trabajo personal. Debiendo incluirse tanto los trabajadores por cuenta ajena con una relación directa con el obligado como aquellos que prestan sus servicios en virtud de un contrato de puesta a disposición, de contratas o subcontratas de actividades o se hallen prestando sus servicios en un centro de trabajo aun siendo trabajadores de otra empresa<sup>118</sup>.

En la configuración amplia del concepto de trabajador quedan englobados todos aquellos que desarrollen funciones públicas de policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, por cuanto la exclusión de la aplicabilidad de la normativa preventiva prevista en el artículo 3.2 LPRL no se formula en atención a los sujetos que desarrollan dichas prestaciones sino en atención a determinadas actividades<sup>119</sup>; en consecuen-

cia también éstos colectivos de trabajadores deben ver garantizada su seguridad y salud laboral mediante la puesta a disposición de los medidas adecuadas y necesarias<sup>120</sup>.

Al delimitar quien puede ser sujeto pasivo se plantea la duda de si considerar como tal o no al trabajador autónomo, dado que su posible caracterización como sujeto activo, en cuanto tenga trabajadores a su cargo, no presenta objeción alguna. Qué duda cabe que estamos ante un dilema de no fácil resolución en la confrontación de la ordenación jurídica y la realidad. La realidad evidencia que el trabajador autónomo que ocupa una posición intermedia entre la del trabajador dependiente y la del empresario, viene a tener una posición singular en la que puede asumir obligaciones propias del empresario y deberes y derechos atribuidos a los trabajadores en materia preventiva. Realidad que se complica cuando estamos ante un trabajador autónomo económicamente dependiente, quien se asemeja más al trabajador por cuenta ajena, en lo que se refiere a la nota de dependencia, que debería tener su trascendencia en la esfera preventiva.

Una primera aproximación debería conducirnos a afirmar que el trabajador autónomo no puede ser sujeto pasivo en un delito contra la seguridad y salud laboral por cuanto no resulta incluido en la LPRL, y, en consecuencia, no es acreedor de una deuda de seguridad y

---

tiva 89/931, plasmada en el artículo 3.2 LPRL, que «el criterio utilizado por el legislador comunitario para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 no está fundado en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividades contemplados en el artículo 2, apartado 2, párrafo primero, de dicha Directiva, considerados globalmente, como las fuerzas armadas, la policía y el servicio de protección civil, sino exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores, que justifica una excepción a las normas dictadas por la citada Directiva, en razón de la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad». Solución adelantada por el ATJUE de 14 de julio de 2005 (TJCE 2005, 249) que, además, concluía que «las actividades ejercidas en condiciones normales [...] se hallan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 89/391».

<sup>120</sup> Como señala RAMOS MORAGUES, F. (2016): p. 225 se les aplica la LPRL como al resto de empleados públicos.

<sup>117</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 594.

<sup>118</sup> Ver AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp. 335-338; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 591-594.

<sup>119</sup> En este sentido cabe recordar que la STJUE de 12 de enero de 2006 (TJCE 2006, 12), afirmó, precisamente respecto a posibilidad de efectuar la exclusión contemplada en la Direc-

salud laboral. Cuando en el artículo 3.1 LPRL se afirma que se podrán establecer derechos y obligaciones en materia de seguridad y salud laboral para los trabajadores autónomos, se nos está diciendo que el trabajador autónomo no está incluido en su ámbito de aplicación, lo que supone que no es una figura a la que dicha norma, *prima facie*, atribuya derechos y deberes en materia de seguridad y salud laboral.

No obstante, la propia LPRL contiene dos previsiones dirigidas a los autónomos, una carece de interés a los efectos de determinar la posibilidad de que el autónomo sea sujeto pasivo en el delito del artículo 316 CP dado que consiste en admitir el aseguramiento de los daños que pudiera generar su actividad (art. 15.5 LPRL). La segunda previsión, por el contrario, si alcanza relevancia, porque al establecerse en el artículo 24.5 LPRL, en los supuestos de concurrencia de empresarios, que los deberes de cooperación, de información y de instrucción establecidos para dicho supuesto se aplicarán también respecto a los trabajadores autónomos, se están contemplando «obligaciones que se imponen a los empresarios, no ya respecto a sus trabajadores o en relación a otros empresarios, sino en relación a trabajadores autónomos»<sup>121</sup>. Y no cabe ninguna duda de que el incumplimiento de alguna de esas obligaciones, como la de información o la de dar instrucciones, constituyen una omisión de medidas preventivas a las que se refiere el tipo penal del artículo 316 CP, de suerte que en la medida en que dicho incumplimiento pueda generar un peligro grave en la seguridad y salud del trabajador autónomo, convierte a éste en sujeto pasivo.

La promulgación del Estatuto del Trabajador Autónomo<sup>122</sup> ha supuesto en materia preventiva un acercamiento de la figura del autónomo a la del trabajador por cuenta ajena<sup>123</sup>, al reconocérsele un «derecho» a la pro-

tección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo [art. 4.3 e) LETA]. Debe llamarse la atención de que no se habla de un deber de seguridad, lo que no significa que cuando contrate a trabajadores no pese sobre él dicho deber, se habla de un derecho, concibiéndose al trabajador autónomo como acreedor y no como deudor.

Desde esta nueva óptica se establece, por un lado, que las empresas que contraten con trabajadores autónomos una actividad prestacional que se desarrolle en sus centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento de la normativa preventiva por parte de estos trabajadores (art. 8.4 LETA) y, por otro lado, cuando el trabajador autónomo deba utilizar maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realicen esa actividad en el centro de trabajo de tal empresa, ésta deberá facilitarle la información necesaria para dicha utilización (art. 8.5 LETA, en relación con art. 41.1 LPRL). Estamos en presencia de la asignación a la empresa, respecto del trabajador autónomo, de dos obligaciones –de vigilancia y de información– que pueden calificarse como medidas preventivas a efectos del tipo penal ex artículo 316 CP; convirtiéndose en estos supuestos el trabajador autónomo en posible sujeto pasivo.

Otra posibilidad para configurar al trabajador autónomo como sujeto pasivo la encontramos en la ordenación jurídica de la prevención en el sector de la construcción, cuando se prevé que aquel tiene entre sus obligaciones «atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra o, en su caso, de la dirección facultativa» [art. 12.1 g) RD 1627/1997], lo que implica, a sensu contrario, que el coordinador de seguridad tiene atribuido un deber para con el trabajador autónomo, cuya omisión podría subsumirse en el tipo penal teniendo como sujeto pasivo a éste último.

<sup>121</sup> APARICIO TOVAR, J. (2006): p.36. Asume esta interpretación TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 68.

<sup>122</sup> Ley 20/2007, de 11 de julio.

<sup>123</sup> PÉREZ CAMPOS, A.I. (2012): p. 644.

## 2.5. Formas de comisión

El delito contra la seguridad y salud de los trabajadores admite la culpabilidad tanto en su forma dolosa como en su forma imprudente, respectivamente, en los artículos 316 y 317 CP, siendo el único de los delitos contra los derechos de los trabajadores que penaliza la imprudencia por cuanto el artículo 317 CP se refiere exclusivamente al ilícito penal recogido en el artículo 316 CP.

La admisión de ambos grados de culpabilidad nos lleva a una primera cuestión como es la de su diferenciación, cuestión que a veces no es fácil y a la que ha dedicado su atención nuestra jurisprudencia al afirmar que «el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, y precisamente por ello una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo: conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber del cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores»<sup>124</sup>, de suerte que faltando esa conciencia y voluntad del sujeto activo estaríamos ante el tipo imprudente<sup>125</sup>.

### 2.5.1. Forma dolosa

La imputación dolosa en el delito contra la seguridad y salud en el trabajo se produce cuando el sujeto activo busca, consciente y voluntariamente, atentar contra el bien jurí-

dico protegido. Ahora bien, la configuración del tipo doloso requiere preguntarnos sobre qué elementos del tipo penal debe verificarse dicha voluntad del sujeto activo. Hay consenso doctrinal en torno a dicho interrogante, de manera que el dolo debe abarcar tanto a la infracción de la norma preventiva como a la puesta en peligro grave de la vida o salud de los trabajadores. El sujeto actuará de forma dolosa cuando, por un lado, sea consciente de que infringe la norma de seguridad y salud laboral, lo que necesariamente implica que tiene un previo conocimiento de ella o un deber de conocerla; y, por otro lado, sea consciente de la creación de un riesgo grave y, aun así, decide no evitarlo<sup>126</sup>. La voluntad consciente del sujeto activo tiene que verificarse en ambos elementos, puesto que si falta en alguno de ellos no cabe admitir la imputación dolosa. Además debe advertirse que no se exige en la forma dolosa, en cambio, la conciencia de causar un daño, puesto que estamos ante un delito de riesgo y no de resultado.

En principio, en el tipo penal del artículo 316 CP se podría dar tanto el dolo directo, de primer o segundo grado, como el dolo eventual. En el dolo directo de primer grado el sujeto activo es consciente del peligro o riesgo grave que se deriva de la infracción de la norma preventiva y persigue directamente poner en peligro al trabajador; mientras que en el dolo directo de segundo grado no se persigue directamente la puesta en peligro del trabajador aunque se acepta. En el dolo eventual no hay voluntad de infringir una norma preventiva ni de crear el riesgo o peligro grave sino solo una representación de la posibilidad de la existencia de la norma y del peligro; representación que es aceptada por el sujeto activo<sup>127</sup>.

Si bien en el plano teórico cabe la posibilidad de admitir las tres modalidades de dolo, no ocurre así en el plano práctico puesto que

<sup>124</sup> STS de 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 7920).

<sup>125</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 638.

<sup>126</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 383; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 631.

<sup>127</sup> Con mayor detenimiento véase, AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp. 392-396.

normalmente el obligado a facilitar las medidas al infringir las normas preventivas y crear un peligro grave no lo hace con finalidad, exclusiva o concurrente con otras, de afectar a la vida y salud de los trabajadores sino que son otras intenciones las que motivan dicha omisión, como por ejemplo, la reducción de costes empresariales, al omitir la medida preventiva no se busca como fin o como un fin necesario poner en peligro la vida y salud de los trabajadores<sup>128</sup>.

### 2.5.2. *Forma imprudente*

La comisión imprudente del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores viene establecida en el artículo 317 CP. Ahora bien, no se tipifica cualquier infracción de la norma de cuidado sino sólo aquella que es calificada como «grave», de suerte que la imprudencia leve queda fuera del ámbito de la responsabilidad penal<sup>129</sup>, pudiendo ser considerada en la esfera de la responsabilidad administrativa<sup>130</sup>. No sería suficiente, por tanto, la simple inobservancia de la norma de seguridad y salud laboral sino que dicha infracción tiene que alcanzar una determinada intensidad.

Esa intensidad se identifica con lo que se ha venido llamando tradicionalmente imprudencia temeraria, que en palabras del nuestro máximo interprete supone la infracción de los «deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone 'un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado'», concluyendo que «estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas, y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la

adopción de las necesarias medidas de cuidado y control»<sup>131</sup>.

Tratándose del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, estaremos ante un supuesto de imprudencia grave cuando el obligado legalmente a facilitar las medidas preventivas no observe la más elemental de las diligencias ante supuestos de evidente peligro para la vida o salud de los trabajadores. Como advierte la doctrina, la imprudencia grave no debe identificarse con la ausencia de todas las precauciones o la ausencia total de medidas de seguridad, pues siendo cierto que en dichos supuestos se debe apreciar la gravedad de la imprudencia, dicha gravedad también puede apreciarse en supuestos en los que se han tomado precauciones o se han previsto medidas que resultan insuficientes<sup>132</sup>.

Como la apreciación del tipo doloso requiere que se verifique éste tanto en la conducta como en la generación del peligro, la apreciación del dolo solo en la infracción de la norma y la imprudencia en la generación del peligro, daría lugar a su tratamiento como imprudente, tratamiento que también se da cuando la imprudencia se verifica en la infracción y en la generación del riesgo<sup>133</sup>.

A diferencia de lo que sucede en los delitos de homicidio y lesiones, en el delito contra la seguridad y salud no se contempla la imprudencia profesional<sup>134</sup> —entendida como la falta

<sup>131</sup> STS de 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 6547).

<sup>132</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 109.

<sup>133</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp. 383 y 398; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 643.

<sup>134</sup> Debe advertirse que la jurisprudencia, por todas la STS (Sala Penal) de 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 6547), distingue la «agravada 'culpa profesional' de la 'culpa del profesional' ya que la agravada impericia profesional se caracteriza por la trasgresión de deberes de la técnica propia por evidente ineptitud, lo que constituye un subtipo agravado caracterizado por un 'plus' de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto»; imprudencia agravada que «engloba de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo, pese a ostentar un título o desempeñar determinadas funciones profesionales que en principio suponen el reconocimiento de su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta

<sup>128</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 383.

<sup>129</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 639.

<sup>130</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 399.

de capacidad técnica exigible a un sujeto de acuerdo a su capacitación profesional— como forma agravada de la imprudencia grave; en consecuencia verificada la imprudencia profesional en un supuesto subsumible en el tipo penal del artículo 316 CP se castigaría con la pena prevista para la imprudencia grave en el artículo 317 CP.

Es verdad que el tipo imprudente resulta más fácil de acreditar que el doloso por cuanto que éste exige la prueba de un elemento subjetivo en el obligado legalmente a facilitar las medidas preventivas como es la voluntad y conocimiento de generar un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores<sup>135</sup>. Sin perjuicio, como nos advierte la doctrina<sup>136</sup>, de que la mayoría de los pronunciamientos judiciales aplican el tipo imprudente, siendo muy escasos los fallos judiciales en los que se acoge el dolo eventual; debe tenerse presente que en muchas ocasiones no cabrá apreciar el tipo imprudente porque, acreditado el conocimiento por parte del sujeto activo de la omisión de las medidas, estaríamos ante un supuesto de dolo eventual<sup>137</sup>.

### 3. DELITO DE HOMICIDIO Y LESIONES

Una segunda vía de exigencia de responsabilidad penal se abre cuando la omisión de la normativa de seguridad y salud laboral produce un fallecimiento o lesiones. No se trata, precisamente, de una vía secundaria, más

competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya porque una inactualización inexcusable le conduzca a una situación de ineptitud manifiesta. También queda subsumida en aquella denominación la negligencia profesional, como tramo más acentuado de la imprudencia temeraria, en la que se detecta una especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen, estén o no reflejados en el estatuto que rige su actividad, inatenciones que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosas e incompatibles con el ejercicio de aquélla profesión por dejación inexcusable de los presupuestos de la 'lex artis' que le son propios».

<sup>135</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 402.

<sup>136</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 402.

<sup>137</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 638.

bien se erige en la principal fuente de imputación penal a tenor de la práctica que arrojan nuestros tribunales, de tal forma que cuando se produce una condena por un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, es en muchas ocasiones, en concurrencia con un delito de homicidio o lesiones.

Tanto la configuración del delito de homicidios como el de lesiones contemplan su comisión por omisión<sup>138</sup> cuando el sujeto activo tenga una obligación legal o contractual y haya generado una situación de riesgo para la vida e integridad física del bien jurídico protegido. Es posible, por tanto, subsumir en el delito de homicidio o lesiones, la muerte o las lesiones de un trabajador derivadas de la infracción de la normativa preventiva.

No obstante lo anterior, y a diferencia del delito de seguridad y salud en el trabajo, el sujeto activo en el delito de homicidio o en el de lesiones no tiene que ocupar una posición de garante respecto del sujeto activo; de suerte que no tiene porqué venir obligado a facilitar una medida preventiva, siendo suficiente verificar que a él se debe el resultado de lesión o muerte al omitir la norma preventiva. Se produce una ampliación de los posibles sujetos activos que incluiría, por ejemplo, al trabajador que infringe una norma de seguridad o salud laboral y causa la muerte o lesiones a otro trabajador. Un trabajador no podrá ser imputado penalmente por un delito contra la seguridad y salud ex artículo 316 CP pero sí lo podrá ser por un delito de homicidio o lesiones.

La ampliación del ámbito subjetivo en estos delitos también se da respecto a los posibles sujetos pasivos, pudiendo serlo aquellos que dudosamente lo serían en el tipo penal del artículo 316 CP, como, por ejemplo, un trabajador autónomo.

Otra diferencia se puede encontrar en la norma omitida, puesto que si en el artículo 316 CP sólo la norma preventiva que establez-

<sup>138</sup> MUÑOZ CONDE, F. (2017): pp. 30 y 94

ca obligaciones de facilitar medidas es la relevante a efectos de verificar dicho tipo penal, en los delitos de homicidio o lesiones cualquier norma de seguridad y salud laboral cuya omisión ha dado lugar al resultado de muerte o de lesiones sería apta para su subsunción en el tipo penal.

El artículo 138.1 CP establece la forma dolosa del homicidio —el que matare a otro—, mientras que el artículo 142 CP habla del tipo imprudente —el que por imprudencia grave o menos grave causare la muerte—. Ambas formas, dolosa e imprudente, también se admiten en el delito de lesiones; así el artículo 147.1 CP establece «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental»; mientras que el apartado 1º del artículo 152 CP habla de «el que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones» y su apartado 2º se refiere a «el que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones». No obstante, se ha de indicar que es muy difícil la apreciación de la forma dolosa porque normalmente no hay una intención directa o eventual de producir la muerte o de lesionar a un trabajador siendo otras las intenciones que han llevado a la omisión de las medidas de seguridad y salud laboral, de ahí que la forma de culpabilidad que suele apreciarse es la imprudencia como lo demuestra la práctica forense de nuestros tribunales<sup>139</sup>.

Mientras que en el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores solo resulta punible la imprudencia grave, en los delitos de homicidio y lesiones resulta punible tanto la imprudencia grave como la menos grave. El legislador no aporta ninguna pauta que permita delimitar ambos tipos de gravedad, de suerte que nos movemos ante conceptos jurídicos indeterminados que deben ser interpretados atendiendo las circunstancias concurrentes, el peligro de la acción u omisión, la capacidad del sujeto para ejecutarla y el contexto en que se

verifica<sup>140</sup>. En cualquier caso la imprudencia grave se ha identificado con la imprudencia temeraria y la imprudencia profesional, de suerte que será grave cuando se vulnera de forma palmaria la norma de cuidado; reservándose la imprudencia menos grave para los supuestos en los que la norma de cuidado que se vulnera conlleva un plus de diligencia por parte del sujeto activo<sup>141</sup>.

Además en estos delitos se contempla la imprudencia profesional como un tipo agravado al llevar aparejada la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo. Se plantea la cuestión de si la imprudencia profesional es siempre grave o cabe la imprudencia profesional menos grave. Atendiendo a la estructura de los artículos 142 y 152 CP, la imprudencia profesional sólo se contempla en los apartados dedicados a la imprudencia grave, omitiéndose en los apartados dedicados a la imprudencia menos grave. Cabe afirmar que la imprudencia profesional no grave se encuentra despenalizada, lo que es lo mismo que afirmar que toda imprudencia profesional punible es grave<sup>142</sup>.

Otra peculiaridad diferencial con el delito contra la seguridad y salud laboral del artículo 316 CP, la encontramos en el delito de lesiones al contemplarse que el consentimiento supondrá una minoración de la pena a imponer en uno o dos grados (art. 155 CP). Esta previsión que no exonera de pena sino que solo la atenúa<sup>143</sup>, plantea su aplicabilidad cuando la lesión es fruto de la inobservancia de una norma de seguridad y salud laboral, o dicho de otra manera, podría el consentimiento del trabajador minorar la responsabilidad penal de quien ocupa la posición de garante por estar obligado a otorgar una eficaz acción preventiva. La respuesta debe ser, en mi opi-

<sup>140</sup> MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 33.

<sup>141</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2015): p. 52.

<sup>142</sup> De forma matizada MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 34, señala que no puede afirmarse que toda imprudencia sea grave sino que solo cuando es grave y profesional cabe la pena de inhabilitación.

<sup>143</sup> MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 107.

<sup>139</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 101.

nión, negativa, atendiendo, por un lado, a que las normas en materia de seguridad y salud se configuran como normas de derecho necesario mínimo indisponible (art. 2.2 LPRL), de suerte que en ningún caso el consentimiento del trabajador para no cumplir la normativa de prevención podrá exonerar al empresario de su responsabilidad; y, por otro lado, cuando se verifica la puesta en peligro por parte de un tercero –por ejemplo, un empresario– con consentimiento del trabajador para que aquel incumpla la normativa de prevención lo que se concreta realmente es la responsabilidad del tercero por la producción de unas lesiones a título de imprudencia<sup>144</sup>, no se verifica realmente la existencia del consentimiento para que se produzcan las lesiones.

#### 4. DELITO DE RIESGOS CATASTRÓFICOS

Una tercera posibilidad de exigir responsabilidad penal por infracción de normas de seguridad y salud en el trabajo, apuntada por la doctrina<sup>145</sup>, viene constituida por la tipificación de lo que se denomina riesgos catastróficos en los artículos 341 a 350 del CP, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva.

Se establecen como ilícitos penales la emisión al exterior de energía nuclear o elementos radiactivos<sup>146</sup>, las perturbaciones o alteraciones de las instalaciones nucleares<sup>147</sup>, la exposición de personas a radiaciones ionizan-

tes<sup>148</sup>, el apoderamiento de materiales nucleares o elementos radiactivos<sup>149</sup>, los estragos<sup>150</sup> y la manipulación de materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos<sup>151</sup>, la manipulación de organismos<sup>152</sup> y las excavaciones

diez años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años»

<sup>148</sup> El artículo 343.1 del CP tipifica como ilícito la puesta en peligro de la vida, integridad física, la salud o bienes de una o varias personas por quien «mediante el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, o la exposición por cualquier otro medio a dichas radiaciones».

<sup>149</sup> El artículo 345 del CP señala «el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, adquiera, posea, trafique, facilite, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, multa de seis a dieciocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años».

<sup>150</sup> El artículo 346.1 del CP establece que «los que provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, daño a oleoductos, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad, hidrocarburos u otro recurso natural fundamental incurrirán en la pena de prisión de diez a veinte años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas».

<sup>151</sup> Así el artículo 348.1 CP contempla que «los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años. Las mismas penas se impondrán a quien, de forma ilegal, produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono».

<sup>152</sup> El artículo 349 del CP prevé que «los que en la manipulación, transporte o tenencia de organismos contravinieren

<sup>144</sup> MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 109.

<sup>145</sup> GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 115; SALA FRANCO, T. (2007): p. 283

<sup>146</sup> De acuerdo con el artículo 341 del CP «el que libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años».

<sup>147</sup> El artículo 342 del CP señala que el que «perturbe el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o altere el desarrollo de actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes, creando una situación de grave peligro para la vida o la salud de las personas, será sancionado con la pena de prisión de cuatro a

y construcciones con infracción de las normas de seguridad<sup>153</sup>.

Aunque un sector doctrinal mantiene que el bien jurídico tutelado es la vida y la salud de las personas, así como sus bienes<sup>154</sup>, lo cierto que el sector mayoritario aboga por identificarlo con la seguridad colectiva y solo indirectamente a bienes jurídicos individuales<sup>155</sup>; de suerte que se trata de figuras punitivas que buscan la protección general de todos los ciudadanos.

Estamos ante un conjunto de delitos de peligro en los que el sujeto activo, a diferencia de lo que acontece en el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, no tiene que estar obligado legalmente a facilitar medidas de seguridad, lo que amplía potencialmente los posibles sujetos imputables. En cuanto al sujeto pasivo, aunque como ya se ha dicho son los ciudadanos en su dimensión colectiva; sin embargo, esta identificación no excluye la protección de los trabajadores cuando se les haya puesto en peligro o causado un daño por infracción de normas de seguridad y salud laboral<sup>156</sup>.

Si el tipo penal de artículo 316 CP hace referencia a la infracción, no de cualquier norma preventiva, sino solo de aquellas que contengan obligaciones de facilitar medidas de seguridad y salud, en estos delitos de riesgo se puede subsumir la puesta en peligro de la vida o la salud derivada de cualquier norma de pre-

---

las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años».

<sup>153</sup> Artículo 350 CP.

<sup>154</sup> ORTS BERENGUER, E. (2016): p. 525.

<sup>155</sup> Por todos, MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 533. Para QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2015): pp. 935-936, el bien jurídico siendo amplio y difuso se centraría en la calidad de la vida y la seguridad para el conjunto de los ciudadanos desde la óptica colectiva, no la individual.

<sup>156</sup> RUBIO RUÍZ, A. (2002): p. 617.

vención de riesgos laborales, establezca o no obligaciones de facilitar medidas preventivas.

Además los distintos tipos penales no exigen, a diferencia del delito contra la seguridad y salud laboral, que la puesta en peligro sea grave, de suerte que se tipifica la creación de un peligro, sea o no grave. Otro aspecto diferencial se encuentra en la admisión del tipo de culpabilidad, dado que sólo se contempla la forma dolosa, no siendo posible su comisión imprudente.

Especial mención merece el llamado delito de riesgos catastróficos por realización de obras previsto en el artículo 350 CP, en virtud del cual, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316, incurrirán en las penas previstas en el artículo anterior los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente».

La conducta típica en este delito no solo requiere la puesta en peligro de la vida y la salud sino que además exige que se verifique la posibilidad de que se generen «resultados catastróficos», estableciéndose una doble configuración del peligro para apreciar el tipo penal<sup>157</sup>. Si no se da el peligro para la vida y salud aunque se genere un posible riesgo catastrófico o viceversa no se habrá producido el tipo penal contenido en el artículo 350 CP.

Se ha afirmado que la seguridad a la que se refiere este precepto no es la de los operarios que realizan los trabajos, pues si ésta resultara afectada se aplicaría el artículo 316 CP<sup>158</sup>, lo que parece conducir a excluir su aplicación cuando la omisión de la medida de

---

<sup>157</sup> MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 552.

<sup>158</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2015): p. 958.

seguridad afecta a un trabajador, negando la posibilidad de que el trabajador pueda ser sujeto pasivo. Sin embargo, la afectación de la seguridad de un trabajador sí podría dar lugar a la aplicación del artículo 350 CP, puesto que, por un lado, no se excluye a los trabajadores expresamente, pues se habla de «personas» y, por otro lado, la expresión «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316» no configura de forma excluyente la verificación conjunta del delito por estragos en obras y del delito contra la seguridad y salud de un trabajador, más bien supone reconocer la compatibilidad entre ambos delitos<sup>159</sup>.

Cuestión distinta es si para que se pueda imputar simultáneamente un delito contra la seguridad y salud laboral y un delito de estragos en obras tiene que resultar afectada la vida y salud de un trabajador y de terceras personas o basta solamente con que afecte a quien tiene la condición de trabajador. La primera opción interpretativa ha sido defendida en la doctrina sobre la base de que admitir la concurrencia de los dos tipos penales cuando solo se afecte la vida y salud de un trabajador supondría una vulneración del principio *non bis in ídem* por cuanto se estaría sancionando dos veces lo mismo<sup>160</sup>. No obstante, ni la dicción del precepto exige que tenga que verse afectada la seguridad de personas que no tengan la condición de trabajador para que se produzca su aplicación; ni se sanciona dos veces por lo mismo, dado que el fundamento jurídico es distinto en ambos tipos penales, descartándose la posible vulneración del principio *non bis in ídem*. En consecuencia, podría darse la imputación de ambos delitos cuando resultasen afectados únicamente trabajadores.

## 5. PENAS Y SITUACIONES DE CONCURSO

La pena prevista para el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, en su

forma dolosa, es la privación de libertad de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (art. 316 CP), mientras que en su forma imprudente, al preverse la inferior en grado (art. 317 CP), será la prisión de tres a seis meses (art. 71.2 CP).

Para el delito de homicidio doloso se contempla una pena de prisión de diez a quince años (art. 138 CP), mientras que su comisión por imprudencia grave se castiga con prisión de uno a cuatro años y, apreciada una imprudencia profesional, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años (art. 142.1 CP) y por imprudencia menos grave con una multa de tres a dieciocho meses (art. 142.2 CP).

El delito de lesiones dolosas lleva aparejada una pena de prisión de seis meses a tres años o multa de seis a doce meses (art. 147.1 CP). Si las lesiones se deben a una imprudencia grave, la pena a imponer será de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses para el tipo básico, de prisión de seis meses a dos años para las lesiones con menoscabo no esencial de la integridad corporal ex artículo 150 CP, o de prisión de uno a tres años para las lesiones con menoscabo esencial de la integridad corporal prevista en el artículo 149 CP; añadiendo la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años si la imprudencia fuese profesional (art. 152.1 CP). Si las lesiones son producidas por una imprudencia menos grave, la pena prevista es de multa de tres meses a doce meses (art. 152.2 CP).

De los delitos de riesgos catastróficos, la pena prevista para el peligro generado en obras es penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años (art. 350 CP).

La posibilidad de que la infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo pueda dar lugar a incurrir en varios tipos pena-

<sup>159</sup> Admite la compatibilidad, entre otros, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. (2015): p. 863, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 675-676.

<sup>160</sup> RUBIO Ruíz, A. (2002): p. 620.

les, unos de resultado –homicidio o lesiones– y otros de peligro –contra la vida y salud de los trabajadores o estragos en obras–, plantea la cuestión de la posible concurrencia de alguno de ellos y la pena a imponer en estas situaciones en la que unos mismos hechos pueden subsumirse, al mismo tiempo, en varios de los tipos penales.

Para resolver las situaciones de concurso el Código Penal dispone de varias reglas. Ante un supuesto de concurso real de delitos, cuando se cometen dos o más delitos por la comisión o realización de hechos diferenciados, se establece que se impondrán las penas previstas para cada uno de ellos (art. 73 CP). Ante un concurso ideal de delitos, cuando un solo hecho pueda subsumirse en dos o más tipos delictivos, se impondrá la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, no pudiendo exceder la que resulte de sumar las penas si se impusiere por separado; o si uno de esos delitos es medio necesario para cometer el otro, se impondrá una pena superior a la prevista para la infracción más grave, no pudiendo exceder que la suma de las penas de los delitos si éstas se hubieran impuesto separadamente (art. 77 CP). Cuando la situación de concurso no pueda ser calificada como concurso, real o ideal, de delitos estaremos ante un concurso aparente de normas (art. 8 CP).

El supuesto de concurso que se aprecia más habitualmente en la práctica forense de nuestros tribunales es que la puesta en peligro de la vida o la salud de los trabajadores por infracción de una norma preventiva que prevé obligaciones de facilitar medidas de seguridad y salud acabe produciendo un resultado de muerte o lesiones. Ante esta situación de concurrencia de la comisión de dos posibles delitos, uno de riesgo y otro de resultado, la imposición de penas se resuelve atendiendo a si el trabajador muerto o lesionado es el único expuesto al peligro o, por el contrario, existen más trabajadores que hayan estado expuestos al riesgo aunque no se haya verificado en ellos ningún resultado de muerte o lesiones.

Si el peligro grave se ha generado solo sobre uno o varios trabajadores y sobre el o ellos se ha verificado un resultado dañoso para su vida o salud debe aplicarse la regla prevista para el concurso aparente de normas procesales en el artículo 8 CP, de suerte que el delito más amplio, en este supuesto el de resultado de muerte o lesiones, absorbe al más restringido, aquí el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores en cuanto penaliza un peligro que antecede al resultado. Si el resultado de lesiones o muerte se ha verificado en uno o varios trabajadores pero se ha expuesto al riesgo grave a otros trabajadores, entonces la pena a imponer sigue las reglas de concurso ideal de delitos ex artículo 77 CP<sup>161</sup>.

Esta solución ha sido la acogida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, al mantener que «cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3º CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; más cuando [...] el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que –como dice el Tribunal de instancia– en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos»<sup>162</sup>. Y aunque algún pronunciamiento posterior sólo se refería a la aplicación del concurso de delitos, sin efectuar distinción acerca de si el peligro grave se agotaba en el sujeto en el que se había materializado el daño o se

<sup>161</sup> Por todos, GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): pp. 203-214; RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 447-452; FERNÁNDEZ COLLADOS, Mª.B. (2014): p. 89.

<sup>162</sup> STS (Sala Penal) de 14 de julio de 1999 (RJ 1999, 6180).

exponía a él a otros sujetos<sup>163</sup>, lo cierto es que pronunciamientos posteriores han confirmado la doble solución expuesta<sup>164</sup>.

La otra gran situación de concurrencia de ilícitos penales se produce cuando la infracción de las normas de prevención además de generar un peligro para la vida y salud de los trabajadores, produce un riesgo catastrófico para dichos bienes jurídicos; es decir, cuando se presenta la posible concurrencia del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores y el delito por riesgos catastróficos en la obras, cuya solución presenta una dispar respuesta en la doctrina.

Hay quienes afirman que la pena a imponer debe resolverse mediante las reglas del concurso ideal de delitos, pues estaríamos ante unos mismos hechos que son subsumibles en dos delitos<sup>165</sup>. Otros autores apuestan por una doble solución en función de si el riesgo grave solo ha afectado a trabajadores o también ha afectado a terceros que no tienen la condición de trabajador; de suerte que, si solo se ha afectado la vida y salud de trabajadores, debe aplicarse la regla del concurso aparente de normas que conlleva la aplicación del artículo 316 CP, quedando desplazado el artículo 350 CP por la especialidad del primero; aplicándose las reglas de concurso de delitos si el riesgo creado afecta no sólo a

trabajadores sino también a terceras personas no trabajadores de la empresa<sup>166</sup>. Ahora bien, dentro de esta segunda opción interpretativa también cabe apreciar disparidad doctrinal, al sostenerse por algunos la existencia de un concurso ideal<sup>167</sup>, mientras que otros apuestan por la aplicación de las reglas del concurso real de delitos el considerar que no hay una total o absoluta identidad entre los tipos contenidos en los artículos 316 y 350 CP, como lo demostraría que el sujeto pasivo no coincide plenamente, siendo, respectivamente, el trabajador y las personas o la comunidad; no pudiendo sostenerse la unidad de hecho<sup>168</sup>. En mi opinión, aceptación la solución diferenciada, cuando el peligro afecte no solo a los trabajadores sino a terceras personas, debería aplicarse el concurso real de delitos, ya que no cabe apreciar unidad de hecho sino pluralidad de hechos al afectar a sujetos pasivos diferenciados –trabajadores y otras personas o el medio ambiente–, verificándose distintos hechos que dan lugar a distintos delitos que no provienen de un solo hecho, ni uno de ellos es medio necesario para la producción de otro, sino que son independientes.

Una última discusión doctrinal se presenta al aclarar la pena cuando el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores ex artículo 316 CP concurre con el delito de imposición a los trabajadores de condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos, como el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (art. 311 CP). No es descartable que al imponer unas condiciones de trabajo que no respeten la normativa preventiva al tiempo que se perjudica, suprime o restringe el derecho del trabajador a la seguridad y salud en el entorno laboral se genere un peligro para su vida o salud. Ante esta situación concursal se ha sostenido tanto la existencia de dos delitos por unos mismos hechos que permiten aplicar las reglas del concurso ideal de delitos a la hora de deter-

<sup>163</sup> En efecto la STS (Sala Penal) de 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 7920) afirmaba que el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores «alcanza su consumación por la existencia del peligro en sí mismo, sin necesidad de resultados lesivos, que de producirse conllevarían el régimen del concurso ideal (artículo 77 CP)».

<sup>164</sup> SSTS (Sala Penal) de 22 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 4433), 4 de junio de 2002 (RJ 2002, 6921) y 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 6547). De forma clara esta última resolución, citando y haciendo suya la STS (Sala Penal) de 14 de julio de 1999, afirma que debe aplicarse el concurso ideal de delitos «ya que la situación de peligro que caracteriza el delito contra la seguridad de los trabajadores ha progresado hasta producir lesiones en los trabajadores cuya protección se pretendía adelantar a través del delito de peligro mencionado, sin embargo, ha existido otros trabajadores cuya situación de grave peligro no se ha concretado en resultado alguno, por lo que no procede apreciar la concurrencia manteniéndose ambas conductas delictivas con autonomía, en concurso ideal».

<sup>165</sup> MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 552.

<sup>166</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 512; RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): p. 464.

<sup>167</sup> BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1997): pp. 125-126.

<sup>168</sup> MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. (2015): p. 863.

minar la pena a imponer, por cuanto estamos ante bienes jurídicos distintos<sup>169</sup>; como la aplicación de las reglas del concurso aparente de normas –aplicándose el artículo 316 CP en detrimento del artículo 311 CP, por ser el primero el más completo–, al considerar, por un lado, que la infracción de la normativa preventiva es el desvalor del resultado en el artículo 311 CP, mientras que en el artículo 316 CP es el medio para producir el desvalor penalizado, de suerte que el desvalor del artículo 311 CP ya está incluido en el artículo 316 CP; por otro lado, porque las conductas previstas en ambos preceptos penales no resultan incompatibles entre sí<sup>170</sup>. A mi juicio, es esta última solución, el concurso aparente de normas, la que debe aplicarse por cuanto la configuración del tipo penal en el artículo 316 CP permite entender incluido el perjuicio jurídico que se protege en el artículo 311 CP en el elemento «infracción de las normas de prevención de riesgos laborales» utilizada por aquél.

## 6. COMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES

La responsabilidad penal no es la única posibilidad que arbitra el ordenamiento jurídico para corregir el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, junto a ella coexisten otros mecanismos incardinados en las esferas administrativas, civiles, laborales y de seguridad social. Se plantea, entonces, la posible compatibilidad de la sanción penal con la depuración de responsabilidades en esos otros ámbitos.

### 6.1. Responsabilidad penal y responsabilidad administrativa

La posible compatibilidad entre la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, viene determinada por la aplicación

del principio *non bis in ídem*, en virtud del cual, de forma sucinta, no se puede imponer una sanción penal y una sanción administrativa a un sujeto por los mismos hechos. La plasmación de dicho principio viene establecida de forma expresa en el artículo 3.1 TRLISOS al sancionar que «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento»; deduciéndose también del artículo 42.3 LPRL, cuando al enumerar los mecanismos de responsabilidad compatibles con la imposición de una sanción administrativa no incluye la responsabilidad penal.

Ahora bien para que rija la regla de incompatibilidad se ha de constatar una triple identidad, a saber: en el elemento fáctico –hechos–, en el elemento subjetivo –sujetos– y en el elemento normativo –fundamento jurídico–. No siendo siempre apreciable dicha identidad no es descartable la posibilidad de una doble sanción, una administrativa y otra penal, por la infracción de normas de seguridad y salud laboral.

En cuanto al elemento subjetivo, tratándose de un empleador persona física la identidad subjetiva sí que es verificable por cuanto es posible que se sea sujeto activo en un ilícito penal –ya sea por atentar contra la seguridad y salud de los trabajadores, ya por homicidio o lesiones ya por provocar un riesgo catastrófico–, al tiempo que es el responsable administrativo en virtud de lo dispuesto en los apartados 1º y 8º del artículo 2 TRLISOS.

Ya hemos expuesto en este ensayo que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas contemplada en el artículo 31 bis CP exige que así se haya previsto expresamente en el Código Penal; y como quiera que ni para el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, ni en los delitos de homicidio o lesiones, ni para los de riesgo catastrófico, se contempla expresamente la aplicación del citado precepto penal, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 31 CP, para los delitos de homicidio y lesiones y los de riesgo catastrófico, y al artículo 318 CP en lo relativo al delito contra la seguridad y

<sup>169</sup> RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): p. 464.

<sup>170</sup> AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 498. También apuesta por el concurso aparente, entre otros, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. (2015): p. 863.

salud laboral, en los que se atribuye la responsabilidad, respectivamente, a los administradores o representantes y a los administradores o encargados del servicio.

Cuando se trata de un empresario que adopta la forma de persona jurídica –la más habitual en el tráfico mercantil– es imposible apreciar dicha identidad porque mientras que en el ámbito administrativo será responsable el empresario con independencia de si es persona física o jurídica, en el ámbito penal en relación a los delitos que pueden verificarse cuando se infringe la normativa de prevención de riesgos laborales, la responsabilidad no se imputará a la persona jurídica si no a personas físicas, de suerte que se produce una doble vía en virtud de la cual, por unos mismos hechos, es sancionada, administrativamente, la empresa persona jurídica y, penalmente, la persona física<sup>171</sup>.

Esta solución es la mantenida en varios pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que mantiene que «la identidad subjetiva supone que el sujeto afectado debe ser el mismo, cualquiera que sea la naturaleza o autoridad judicial o administrativa que le enjuició, y en el supuesto que analizamos falta uno de los elementos concurrentes, pues los sujetos afectados no son los mismos, ya que se impuso a la empresa recurrente una sanción [...] por la comisión de una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, respecto de unos hechos que habían sido objeto de un procedimiento penal [...] en el que fueron condenados el gerente, el responsable de producción, la responsable de medio ambiente, calidad y prevención y el encargado de turno. En consecuencia, en este supuesto, no concurre la identidad de litigantes que estén en la misma situación porque la condena recae en uno y otro orden jurisdiccional sobre sujetos distintos y que no se funden en una sola y común identidad»<sup>172</sup>. No obstante la Sala de

lo Social del Tribunal Supremo<sup>173</sup>, parece admitir la posibilidad de apreciar la identidad subjetiva, y en consecuencia aplicar el principio non bis ídem, cuando en virtud de unos mismos hechos se sanciona penalmente a una persona física y administrativamente a la empresa, tomando como premisa un pronunciamiento del Tribunal Constitucional – STC 177/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 177)– en el que se apreció la identidad subjetiva y, consecuentemente, la aplicación del principio non bis ídem.

Es verdad que la STC 177/1999, de 11 de octubre, partiendo de la premisa de que «la articulación procedimental del ne bis in ídem [...] se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble inculminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos –penal y administrativo sancionador– atribuidos a autoridades de diverso orden», sostiene «que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento»; apreciando la identidad subjetiva a pesar de que la empresa es condenada administrativamente y la persona física penalmente; pero el más cercano pronunciamiento contenido en la STC 70/2012, de 16 de abril (RTC 2012, 70), es más claro y rotundo al afirmar que en estos supuestos «no cabe apreciar la concurrencia de una identidad subjetiva en los procesos administrativo y penal que pudiera dar lugar a la infracción del principio non bis in ídem»<sup>174</sup>.

tencioso-Administrativo) de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014, 912); 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2759); 6 de octubre de 2009 (RJ 20100, 969); 15 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7780).

<sup>173</sup> STS (Sala Social) de 15 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 6625).

<sup>174</sup> Solución ya anticipada en algunos autos del Tribunal Constitucional, como el ATC 454/1986, de 21 de marzo (RTC 1986, 454 AUTO), el ATC 355/1991, de 25 de noviembre (RTC

<sup>171</sup> En relación con la doble vía, por todos, GALLARDO GARCÍA, R.M.<sup>e</sup>. (2016): pp. 217-220.

<sup>172</sup> STS (Sala Contencioso-Administrativo) de 12 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1485). En idéntico sentido, SSTS (Sala Con-

La actual articulación de la responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral ex artículo 318 CP, a pesar del pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, consagra una doble vía que hace inaplicable el principio *non bis in ídem*, y que contrasta con la potencial aplicabilidad del mismo cuando se trata de un empresario persona física. No siendo deseable y careciendo de justificación alguna esta solución diferenciada, sería deseable una reforma de la norma penal que permitiese un tratamiento y una posibilidad unitaria de aplicación o inaplicación del principio *non bis in ídem*.

En lo atinente a la identidad fáctica debe tenerse presente que no todas las infracciones tipificadas en el TRLISOS serían susceptibles de subsumirse en un ilícito penal. Desde luego debe descartarse que las infracciones leves puedan generar un riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores, ni un riesgo catastrófico o puedan producir lesiones o la muerte. Pero tampoco muchas de las conductas tipificadas administrativamente como infracciones graves o muy graves serían susceptibles, por ejemplo, de crear un riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores que permitiera apreciar la existencia de responsabilidad penal<sup>175</sup>. Es por ello que muchos de las infraccio-

nes a la normativa preventiva que se presenten en la realidad no permitirán la aplicación del principio *non bis in ídem* porque siendo susceptibles de ser sancionados administrativamente no encajarán en el tipo penal. La requerida identidad de hechos limitará la operatividad de la prohibición de la doble sanción por la simple circunstancia de que no se verificará la potencial existencia de dos sanciones a imponer, una administrativa y otra penal.

La tercera identidad para que sea operativo el principio *non bis in ídem* hace referencia a la necesidad de que el fundamento de la sanción sea idéntico. Se apreciará esta identidad cuando el tipo penal y el ilícito administrativo traten de proteger idéntico bien jurídico. Se trata de una cuestión no pacífica<sup>176</sup> en la que la toma de postura requiere partir de la averiguación de los bienes jurídicos que se protegen. En la esfera sancionadora administrativa, solo algunos de los ilícitos tienen su razón de ser en la salvaguarda de la vida y salud de los trabajadores; razón de ser que es el bien jurídico protegido en el delito contra la seguridad y salud contra los trabajadores en el artículo 316 CP y que de forma más genérica cabe apreciar también en los delitos de muerte y lesiones en los que sería la vida y salud de los ciudadanos, entre los que cabe incluir a los trabajadores<sup>177</sup>. Esta coincidencia hará posible una limitada operatividad del principio de *non bis in ídem* por falta de identidad del fundamento. Y aun menor operatividad tiene la prohibición de la doble imposición de sanciones cuando se ve afectado el delito de riesgo

1991, 355 AUTO) o el ATC 357/2003, de 10 de noviembre (RTC 2003, 357 AUTO).

<sup>175</sup> La identificación de las infracciones administrativas que pudieran a su vez ser constitutivas del tipo penal ex artículo 316 CP es una labor sometida a disparidad doctrinal, así para PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 3, no encajarían en el tipo penal del artículo 316 CP, del artículo 12 del TRLISOS, los apartados 4 (registro y archivo de datos), 19 (información y documentación a los trabajadores designados para tareas de prevención o al servicio de prevención), 20 (auditoría), 21 y 22 (pues recogen obligaciones de los servicios de prevención externos), 25 (obligaciones de las entidades auditoras) y 26 (obligaciones de las entidades de formación preventiva), y del artículo 13 TRLISOS, los apartados 5 (deber de confidencialidad sobre datos médicos), 11 (servicios de prevención externos, entidades auditoras y entidades formativas que actúen sin autorización administrativa previa), 12 (incumplimiento de la incompatibilidad sobre vínculos comerciales y financieros entre servicios de prevención externos y auditorías con las empresas concertadas o auditadas), 13 (alteración y/o falseamiento de informes auditores) y 14 (pactos fraudulentos de elusión de

responsabilidades). Más restrictiva se muestra GALLARDO GARCÍA, R.M. (2016): pp. 220-221, quien considera que las infracciones administrativamente tipificadas como graves o muy graves que suponen una tipificación de la creación de un riesgo grave serían las contenidas en los apartados 8, 9, 16 y 17 del artículo 12 TRLISOS y los apartados 4, 6 y 10 del artículo 13 de la TRLISOS.

<sup>176</sup> Como nos advierte GALLARDO GARCÍA, R.M. (2016): p. 222, parte de la doctrina considera que no se protege el mismo bien jurídico, lo que supondría un mayor campo de acción para la doble imposición de sanciones penal y administrativa.

<sup>177</sup> No aprecia identidad de fundamento entre una sanción administrativa y una sanción penal por homicidio o lesiones, por todos, ALFONSO MELLADO, C. (2006): p. 51.

catastrófico en el que el bien jurídico protegido es la seguridad colectiva.

## 6.2. Responsabilidad penal y responsabilidad civil

La compatibilidad entre la imposición de una sanción penal y el resarcimiento civil viene afirmada en el artículo 109 CP al establecerse que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados»; comprendiéndose tanto la restitución y la reparación del daño como la indemnización de los perjuicios materiales y morales que se hubieran causado (art. 110 CP).

Aceptada expresamente la compatibilidad de ambos tipos de responsabilidades, se establece que quien es responsable penal de un delito lo es también a título civil si hubieran derivado de los hechos daños o perjuicios (art. 116 CP), así como las personas naturales o jurídicas<sup>178</sup>, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción (art. 120.3º CP).

Como la premisa para el nacimiento de responsabilidad civil es la generación de un daño y perjuicio, la doctrina ha advertido que no cabe apreciarla en los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores ex artículo 316 CP por tratarse de un delito de peligro –igual solución cabría sostener, entonces, en relación a los delitos de riesgos catastróficos–; y, por el contrario, si podría surgir cuando el

incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales produjese la muerte o lesiones<sup>179</sup>. No obstante, cabe preguntarse si no sería posible el nacimiento de responsabilidad civil en los delitos ex artículo 316 CP, en la medida en que el peligro grave pueda generar un daño, fundamentalmente moral, sin afectar a su salud mental –pues entonces estaríamos ante la producción de unos hechos subsumibles en tipo penal de lesiones–, dado que la responsabilidad civil derivada de delito abarca la indemnización de este tipo de daños.

Siendo compatible la exigencia de responsabilidad penal y civil, corresponderá al juez penal determinar la cuantía de esta última, salvo que se haya efectuado reserva expresa de la acción de responsabilidad civil para su reclamación en la jurisdicción competente (art. 119 CP); competencia que viene actualmente reconocida expresamente a la jurisdicción social al tener atribuido ésta el conocimiento de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente [art. 2 b) LRJS]<sup>180</sup>.

## 6.3. Responsabilidad penal y responsabilidad laboral y de seguridad social

En la mayoría de los supuestos en los que se produzca una infracción de las normas de seguridad y salud laboral que se pueda subsumir en

<sup>179</sup> TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 139.

<sup>180</sup> Como acertadamente señala ALEGRE NUNO, M. (2016): pp. 643-644, la LRJS ha acabado con la disputa competencial entre la Sala de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo en relación al conocimiento de la responsabilidad civil derivada del contrato de trabajo.

<sup>178</sup> Como advierte GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 124 se trata, a pesar de la redacción del precepto que parece sugerir una responsabilidad subsidiaria, de una responsabilidad directa de la empresa.

alguno de los tipos penales expuestos en este ensayo, en la medida en que el sujeto activo sea el empresario, no es posible el nacimiento de una responsabilidad laboral, que se identifica con la responsabilidad disciplinaria. Solo cuando el ilícito penal sea cometido por un trabajador al que se ha delegado las obligaciones empresariales en materia preventiva, podrá surgir –y ser compatible– una responsabilidad disciplinaria.

Más clara aparece la compatibilidad de la responsabilidad penal con la responsabilidad que en materia de seguridad social se pueda exigir por incumplimientos de la normativa preventiva, puesto que mientras que la primera trata de reparar el riesgo o resultado generado, la segunda trata de proteger la situación de necesidad o a sancionar indirectamente a la empresa incumplidora<sup>181</sup>. Pero es que, además, respecto, al recargo de prestaciones la propia normativa declara su compatibilidad con la posible sanción penal (art. 164.3 TRLGSS).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, S. (2002): «El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 318 del Código Penal», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALEGRE NUNO, M. (2016): «La contribución de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la tutela judicial del Derecho a la Seguridad y Salud en el trabajo», en TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUNO, M.: «Análisis práctico de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», ed. Lex Nova-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- ALFONSO MELLADO, C. (2006): «Manifestaciones de la responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en PUMAR BELTRÁN, N. (coord.): «La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral», ed. Bomarzo, Albacete.
- APARICIO TOVAR, J. (2006): «Los sujetos obligados a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable, especial referencia a la cooperación entre empresarios», en TERRADILLOS BASOCO, J.M. y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): «Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral: (I Jornadas Universitarias Jurídicas)», ed. Consejería Empleo Junta Andalucía.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1981): «La protección penal de la Seguridad en el Trabajo», ed. Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Madrid.
- BARBANCHO TOVILLAS, F, RIVAS VALLEJO, P. y PURCALLA BONILLA, M.A. (1999): «La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores», en *Tribuna Social*, nº 99.
- BARTOMEUS PLANA, D. (1998): «El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo», en ROJO TORRECILLA, E (coord.): «Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social», ed. Bosch, Barcelona.
- BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1997): «Derecho penal del trabajo», ed. Trotta, Madrid.
- CAMAS RODAS, F. (2006): «Responsabilidad empresarial por siniestralidad laboral», en PUMAR BELTRÁN, N. (coord.): «La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral», ed. Bomarzo, Albacete.
- COBO DEL ROSAL, M. y SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2004): «Responsabilidad penal por accidentes laborales», en *Cuadernos de política criminal*, nº 82.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): «Seguridad en el trabajo y Derecho Penal», ed. Bosch, Barcelona.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): «Los delitos contra los derechos de los trabajadores», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ESCAJEADO SAN EPIFANIO (2000): «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o salud de las personas», en *Actualidad Penal*, nº 38.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M<sup>a</sup>.B. (2014): «La responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo», ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- GALLARDO GARCÍA, R.M<sup>a</sup>. (2016): «Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores. Derecho penal. Derecho administrativo sancionador», ed. Comares, Granada.
- GARCÍA MURCIA, J. (2003): «Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo», ed. Aranzadi-Thomson, Cizur Menor.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1999): «Las responsabilidades de los técnicos de prevención», en *Revista Seguridad y Salud en el Trabajo*, nº 3. (Consultado el 20 de abril de 2018 en <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnnextoid=-973f94a0b1787110VgnVCM100000b80ca8c0RCRD&vgnnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>)
- HORTAL IBARRA, J. (2005a): «Responsabilidades penales de las subcontratas en materia de prevención de riesgos laborales», en *Tribuna Social*, nº 175.

<sup>181</sup> Por todos, GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 125.

- HORTAL IBARRA, J.C. (2005b): «Protección penal de la seguridad en el trabajo», ed. Atelier, Barcelona.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (1994): «La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo», ed. Civitas, Madrid.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2005): «La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas», en AA.VV.: «Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal», ed. Dykinson, Madrid.
- LÓPEZ BALAGUER, M. (2016): «Prevención de riesgos laborales y ETT», en TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUNO, M.: «Análisis práctico de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», ed. Lex Nova-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2003): «Las responsabilidades de los técnicos de prevención», en *Revista de Derecho Social*, nº 22.
- MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. (2015): «Derecho penal económico y de la empresa», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L. (2004): «La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva», ed. Aranzadi-Thomson, Cizur Menor.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2004): «Comentario al artículo 1 LPRL», en MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios», ed. Comares, Granada.
- MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I. (2009): «Curso de Seguridad y Salud en el trabajo», ed. Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid.
- MORILLAS CUEVA, L. (2005): «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral», en LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.M.: «Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios», ed. Consejo General Poder Judicial, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. (2017): «Derecho Penal. Parte Especial», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- NAVARRO CARDOSO F. y LOSADA QUINTAS, J. (2001): «La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Actualidad Penal*, nº 40.
- ORTS BERENGUER, E. (2016): «Delitos contra la seguridad colectiva: riesgos catastróficos. Incendios», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Derecho Penal. Parte Especial», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ORTUBAY FUENTES, M. (2000): «Tutela de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal», ed. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao.
- PÉREZ CAMPOS, A.I. (2012): «Ámbito aplicativo subjetivo de la legislación de prevención de riesgos laborales. Colectivos incluidos y excluidos», en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup>.P.: «Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales», ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- PUPPE, I. (2001): «La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales», ed. Comares, Granada.
- PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): «Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 CP», en *Aranzadi Social*, nº 22 (También en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es), ref. BIB 2005/2741).
- PURCALLA BONILLA, M.A. (2012): «Los fabricantes, distribuidores y suministradores de equipos de trabajo», en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup>.P.: «Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales», ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2015): «Derecho Penal. Parte Especial», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): «El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal», ed. Iustel, Madrid.
- RAMOS MORAGUES, F. (2016): «La prevención de riesgos laborales en la Administración Pública: ámbito público y especialidades», en TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUNO, M.: «Análisis práctico de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», ed. Lex Nova-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- RIVERO LAMAS, J. (1996): «Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales», en *Actualidad Laboral*, nº 36.
- RUBIO RUÍZ, A. (2002): «Manual de derechos, obligaciones y responsabilidades en la prevención de riesgos laborales», ed. Fundación Confemetal, Madrid.
- SÁEZ VALCÁRCCEL, R. (2006): «¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa en cierta práctica judicial», en *Revista de Derecho Social*, nº 33.
- SALA FRANCO, T. (2007): «Derecho de la prevención de riesgos laborales», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2012): «Responsabilidad de los coordinadores de seguridad en las obras de construcción: ¿en busca de una cabeza de turco?», en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup>.P.: «Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales», ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R. (2002): «La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Revista Penal*, nº 10.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): «La siniestralidad laboral como delito», ed. Bomarzo, Albacete.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. y BOZA MARTÍNEZ, D. (2017): «El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones», ed. Bomarzo, Albacete.
- THIBAUT ARANDA, J. (2008): «Comentario al artículo 1 LPRL», en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Ley de Prevención de Riesgos Laborales», ed. La Ley, Madrid.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. (2013): «Las distintas responsabilidades de los técnicos en PRL en el ejercicio de su profesión», en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 28.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**RESUMEN**

La protección de la vida y salud de los trabajadores se hace desde la óptica preventiva, se trata de evitar que se generen riesgos no de repararlos. Sin embargo, la realidad evidencia que los riesgos se actualizan y producen daños que afectan a los trabajadores debido a varios factores, como por ejemplo, la existencia de riesgos en determinadas actividades que no se pueden eliminar, o el intento de ahorro de costes por parte de las empresas mediante el incumplimiento de las normas preventivas.

Cuando el riesgo se actualiza, el ordenamiento debe poder responder a la demanda de los afectados de cara a su reparación o resarcimiento. En materia de seguridad y salud se contempla todo un sistema de mecanismos que permiten exigir la responsabilidad por los daños causados, que se caracteriza por la confluencia de varias posibilidades que se ofrecen a los afectados. Debe advertirse que estos mecanismos de exigencia de responsabilidad que actúan ex post a la actualización del riesgo, también llevan implícita una vocación preventiva, en la medida en que los obligados a cumplir la normativa de seguridad y salud en el trabajo son conocedores de que se desplegará sobre ellos todo un elenco de instrumentos encaminados a depurar sus responsabilidades ante los daños causados; convirtiéndose en instrumentos desincentivadores de conductas infractoras.

Uno esos mecanismos de depuración y exigencia de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo se encuentra establecido en el ordenamiento penal, al que hace referencia la propia LPRL cuando, al hablar en el artículo 42 de la responsabilidad administrativa, menciona expresamente que el incumplimiento de la normativa preventiva puede generar una responsabilidad de naturaleza penal.

En el presente trabajo se ha tratado de indagar en las opiniones doctrinales y en los criterios judiciales para determinar una visión de la responsabilidad penal ante incumplimientos de las normas de prevención de riesgos laborales. Sobre estas premisas se ha analizado con detenimiento los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores previstos en los artículos 316 y 317 CP que tipifican como conducta punible, mediando dolo o imprudencia, la de quien con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando obligados legalmente a ello, no facilita los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física.

Se procede a exponer las cuestiones más controvertidas en relación a los elementos que configuran la conducta penal tipificada en los artículos 316 y 317 CP, a saber: un elemento normativo, como es la infracción de las normas de prevención; un elemento fáctico, como es la omisión de medidas necesarias y adecuadas; y un elemento valorativo, como es la generación de un riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores.

A continuación se ofrece un detallado análisis de la dimensión subjetiva en este delito, tanto en lo relativo a los posibles sujetos activos y pasivos, como en lo concerniente a la forma de comisión, dolosa o imprudente. Se procede a analizar los posibles sujetos activos partiendo de la premisa establecida en el artículo 316 CP en la expresión «los obligados legalmente»; así como los sujetos pasivos, con una especial atención al trabajador autónomo. Como estamos ante un delito que admite la culpabilidad tanto en su forma dolosa como en su forma imprudente, siendo el único de los delitos contra los derechos de los trabajadores que penaliza la imprudencia, procediendo a exponerse las principales notas características de cada una de ellas.

De forma más sucinta se exponen las otras dos vías penales –los delitos de homicidio y lesiones y los delitos catastróficos– para reparar los incumplimientos de la normativa de seguridad y salud laboral, efectuando un contraste con el delito configurado en el artículo 316 CP.

La posibilidad de que un incumplimiento de la norma preventiva pueda desencadenar la aplicación de varios tipos delictivos plantea la necesidad de abordar las situaciones concursales, para determinar qué reglas se han de aplicar –curso aparente de normas o concurso de delitos– para imponer las penas.

Se cierra el ensayo con una exposición de la posible compatibilidad de la sanción penal con las exigencias de responsabilidades de otras índoles, con especial atención a la compatibilidad con la sanción administrativa y la aplicabilidad del principio *non bis in idem*.

A pesar de esta diversidad de vías para exigir posibles responsabilidades penales derivadas de la infracción de la normativa penal, se ha de evidenciar que la realidad judicial –tanto en el pasado como en el presente– nos permite concluir que la exigencia de responsabilidad penal se encauza a través de los delitos genéricos de homicidio o lesiones, siendo excepcional que la misma se solicite al amparo exclusivo del delito especial de omisión de medidas de seguridad e higiene. Dicho de otra manera, la dimensión penal de la exigencias de responsabilidad parece que viene caracterizada por el hecho de que sólo cuando se produce la muerte o se generan lesiones es cuando se pone en marcha.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal; prevención riesgos laborales.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

**ABSTRACT** The protection of the life and health of workers is done from the preventive point of view, it is about avoiding that risks are generated, not about repairing them. However, reality shows that the risks are updated and produce damages that affect workers due to several factors, such as the existence of risks in certain activities that can not be eliminated, or the attempt to save costs by of companies through non-compliance with preventive regulations.

When the risk is updated, the order must be able to respond to the demand of those affected for reparation or compensation. In terms of safety and health, a whole system of mechanisms is contemplated that allows for liability for damage caused, which is characterized by the confluence of several possibilities offered to those affected. It should be noted that these liability mechanisms that act *ex post* to update the risk, also imply a preventive vocation, to the extent that those required to comply with occupational safety and health regulations are aware that it will be deployed on them a whole list of instruments aimed at purifying their responsibilities in the face of the damage caused; becoming instruments to discourage offenders behavior.

One of these mechanisms for debugging and demanding responsibilities in matters of occupational safety and health is established in the criminal law, to which the LPRL itself refers when, in article 42 of the administrative responsibility, it expressly mentions that the Failure to comply with the preventive regulations may lead to a criminal liability.

In this doctrinal study we have tried to investigate doctrinal opinions and judicial criteria to determine a view of criminal responsibility for breaches of the rules of prevention of occupational hazards. On these premises has been analyzed carefully the crimes against the safety and health of workers provided in articles 316 and 317 CP that typify as punishable conduct, through intent or recklessness, the one who violates the rules of prevention of occupational risks and being legally obliged to do so, does not provide the necessary means for workers to carry out their activity with the appropriate safety and hygiene measures, in such a way that they put their life, health or physical integrity in serious danger.

We proceed to present the most controversial issues in relation to the elements that make up the criminal behavior typified in Articles 316 and 317 PC, namely: a normative element, such as the violation of the rules of prevention; a factual element, such as the omission of necessary and adequate measures; and an evaluative element, such as the generation of a serious risk to the life and health of workers.

Below is a detailed analysis of the subjective dimension in this crime, both in terms of possible active and passive subjects, and in regard to the form of commission, intentional or reckless. We proceed to analyze the possible active subjects starting from the premise established in article 316 CP in the expression «those legally bound»; as well as the passive subjects, with a special attention to the autonomous worker. Since we are dealing with a crime that admits guilt, both in its fraudulent way and in its reckless form, being the only one of the crimes against the rights of workers that penalizes imprudence, proceeding to expose the main characteristics of each of them.

More succinctly, the other two criminal procedures – the crimes of homicide and injury and catastrophic crimes – are exposed to redress the breaches of occupational health and safety regulations, making a contrast with the offense set forth in article 316 of the Criminal Code.

The possibility that a breach of the preventive rule may trigger the application of various types of crime raises the need to address the situations of bankruptcy, to determine which rules are to be applied – apparent competition of rules or contest of crimes – to impose penalties.

The essay is closed with an explanation of the possible compatibility of the criminal sanction with the requirements of other types of responsibilities, with special attention to

the compatibility with the administrative sanction and the applicability of the principle of non bis in idem.

Despite this diversity of avenues to demand possible criminal liability derived from the infraction of criminal law, it must be shown that the judicial reality – both in the past and in the present – allows us to conclude that the requirement of criminal responsibility is channeled through the generic crimes of homicide or injury, being exceptional that it is requested under the exclusive protection of the special offense of omission of safety and hygiene measures. In other words, the criminal dimension of liability demands seems to be characterized by the fact that only when death occurs or injuries are generated is it set in motion.

**Keywords:** Penal responsibility; labor risk prevention.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL



# El recargo de prestaciones y su compleja convivencia procesal con las responsabilidades penales y administrativas derivadas de accidente de trabajo\*

# The benefit surcharge and its complex procedural coexistence with the criminal and administrative responsibilities derived from work accidents

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN\*\*

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA A EXAMINAR

Cuando un trabajador por cuenta ajena sufre un accidente de trabajo, de ordinario, se implementan una serie de mecanismos, con propósitos y alcances muy diversos, cuya gestión procesal provoca frecuentes desencuentros. Del sinfín de desajustes que pueden producirse, no cabe duda de que los generados en el entorno judicial del recargo de prestaciones son especialmente ostensibles. Y ello porque la reclamación del incremento de prestaciones en el orden social

discurre paralela a las decisiones judiciales sobre responsabilidades de otro género derivadas de la materialización del riesgo.

Ciertamente, no siempre es tarea liviana gestionar las implicaciones procesales de una reclamación de recargo en el orden social, cuando en otros órganos judiciales se está conociendo, se ha conocido o se puede conocer de la cuestión desde la perspectiva que le es propia, esto es: sanción administrativa por infracción de medidas de seguridad y salud (cuya competencia se residencia hoy en el orden social); imputación penal en los casos más graves de incumplimiento; prestaciones de Seguridad Social; e indemnización de los daños provocados por el accidente<sup>1</sup>.

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia laboral y social: ámbito funcional, trayectoria y aportaciones más significativas», financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. REF: DER 2016-80327-P. Además, una parte de su contenido constituyó la Ponencia en el curso de formación permanente organizado por el CGPJ y celebrado durante los días 23 a 25 de octubre de 2017 en Madrid.

NOTA AL LECTOR: La STS 25/04/2018, Rec. 711/16 ha sido publicada con posterioridad al cierre de este trabajo, lo que ha obligado a un reajuste de última hora de su contenido.

\*\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo.

<sup>1</sup> Un análisis de los diversos procesos en juego en AA. VV.: «Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios», Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, 2006. Y sobre su compleja conjunción procesal, A. DESDENTADO BONETE: «Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo», Manuales de formación continuada, CGPJ, nº43, 2007, (Ejemplar dedicado a: Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales), págs. 159-229.

Pues bien, el trabajo que a continuación se expone tiene por propósito hacer balance crítico de los pronunciamientos jurisprudenciales que inciden en la gestión judicial de las consecuencias del accidente laboral, en especial, todo lo relativo a la convivencia del recargo de prestaciones con las sanciones administrativas y penales. Huelga señalar, de una parte, que ello supone dejar fuera la tampoco sencilla coexistencia entre el recargo y otros procesos judiciales (prestaciones e indemnización por daños), y, de otra, que este análisis estrictamente procesal obliga a detenerse en cuestiones tales como la prescripción de la acción, el efecto de cosa juzgada, la revisión de sentencias firmes, la incorporación de resoluciones al procedimiento, etc., prescindiendo del tratamiento de otras materias sustantivas no menos interesantes, pero que desbordan el radio de acción de este comentario por su escasa o nula relevancia procesal.

El estudio de las tesis judiciales alcanzará tanto a las formuladas al socaire de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS), como a las emitidas al calor de la vieja LPL (RD-Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral), en lo que puedan seguir siendo de utilidad. Dicho análisis se llevará a cabo aceptando que el proceso laboral viene fuertemente condicionado por principios propios, como el de celeridad o el pro operario, que explican en buena medida las soluciones jurisprudenciales a las que se aludirá en este trabajo; pero también teniendo presente que a la justicia repugna el que un mismo acontecer pueda merecer consideraciones diametralmente opuestas por el mero hecho de que conozcan de su existencia jueces distintos, especialmente si esos jueces pertenecen al mismo orden jurisdiccional, como sucede desde la atribución a nuestra jurisdicción de todos los pleitos derivados del accidente de trabajo, a excepción, como es lógico, de las consecuencias penales del ilícito.

## 2. LA GÉNESIS DEL GALIMATÍAS JUDICIAL: DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS Y PROCESOS A RAÍZ DE UN MISMO HECHO

La Inspección de Trabajo (ITSS, hoy organismo autónomo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) acude a investigar la inmensa mayoría de los accidentes laborales –girando la oportuna visita a fin de verificar si este acontecer responde o no a un incumplimiento de medidas de seguridad–, aunque sólo sea por la obligación empresarial de comunicar a la autoridad laboral cualquier accidente –también las recaídas– que comporte la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo al menos un día<sup>2</sup>. Esta primigenia actuación

<sup>2</sup> Téngase en cuenta que esta comunicación se lleva a efecto en el documento oficial regulado en la Orden TAS/2926/2002, de 19/11, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico. El empresario dispone de 5 días hábiles para cumplimentar y remitir el parte correspondiente, tramitándolo mediante procedimientos electrónicos a través del aplicativo Delt@, que envía automáticamente todos los partes de accidente firmados por el empresario (o trabajador por cuenta propia) a la entidad aseguradora del riesgo (INSS o Mutua, también empresa autoaseguradora para la IT). Cuando la entidad aseguradora recibe el parte de accidente, si lo acepta, dará traslado de él en 10 días hábiles a la autoridad laboral competente, que, a su vez, si no aprecia errores da traslado del mismo a la correspondiente Unidad Provincial de la ITSS. Estas reglas y plazos funcionan sólo para el caso de que no proceda una «comunicación urgente», exigible cuando el accidente ha provocado la muerte de al menos un trabajador; al menos uno de los accidentados presenta lesiones graves o muy graves; o el accidente ocurrido en el centro de trabajo ha afectado a más de 4 trabajadores, pertenezcan o no en su totalidad a la plantilla de la empresa. En estos casos debe enviarse la comunicación a la autoridad laboral en el plazo de 24 horas. La comunicación urgente realizada a través de Delt@ se pone automáticamente a disposición de la Autoridad Laboral correspondiente, que lo comunicará al menor tiempo posible a la ITSS para que proceda a llevar a cabo la investigación pertinente. Cuando el accidente no se acompaña de baja médica y el trabajador se reincorpora al trabajo ese mismo día o al día siguiente, la comunicación no se realiza a través del parte de accidente de trabajo sino a través de la relación de accidentes de trabajo sin baja (RATSB), que es un documento donde se recopilan todos los casos de accidente de trabajo sin baja sufridos por los trabajadores afiliados a una misma cuenta de cotización de la Seguridad Social que hayan sucedido a lo largo de un mes concreto (se debe proceder a la remisión de la

es la puerta de entrada a varios procedimientos de propósito diverso, pero que tienen, necesariamente, este punto de partida común, que en modo alguno puede considerarse baladí<sup>3</sup>.

Así, de una parte, la labor investigadora de la ITSS puede derivar, en atención a las circunstancias concurrentes, en un informe-propuesta de imposición de recargo emitido por el Inspector, con el que se inicia el procedimiento administrativo de reconocimiento correspondiente<sup>4</sup>. En dicho informe-propuesta se recogerán los hechos y circunstancias concurrentes, *las disposiciones infringidas*, la causa concreta de las enumeradas en el art. 164 LGSS que motive la propuesta y el porcentaje que el Inspector considere procedente aplicar.

La decisión final sobre la procedencia o no del recargo corresponde, en vía administrativa, a la Dirección Provincial del INSS<sup>5</sup>, que se

---

RATSB dentro de los 5 primeros días hábiles del mes siguiente al de ocurrencia de los accidentes).

<sup>3</sup> En general sobre las labores investigadoras de la ITSS en materia preventiva pueden consultarse muchísimos trabajos. Sólo por citar alguno: M. GONZÁLEZ LABRADA: «La Inspección de trabajo y la prevención de riesgos laborales», en AA. VV.: «Inspección de Trabajo. Regulación española y perspectiva internacional», Aranzadi, 2016, pág.266-ss; I. BERNARDO JIMÉNEZ: «Inspección de Trabajo y Seguridad Social: Actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales», en AA. VV.: «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social», Aranzadi, Pamplona, 1999: D. TOSCANI GIMÉNEZ: «La práctica de la inspección en prevención de riesgos laborales», Gestión práctica de riesgos laborales: integración y desarrollo de la gestión de prevención, nº31, 2006, págs. 54-59.

<sup>4</sup> Téngase en cuenta que el art. 22.9 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad social, dispone que es una de las funciones de los Inspectores –no así de los Subinspectores–, finalizada la actividad comprobatoria inspectora, «Instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad y salud laboral». Idéntica legitimación les reconoce el art. 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

<sup>5</sup> Un sugerente análisis de la posible ausencia de base legal para la competencia decisoria del INSS en E. DESDENTADO DAROCA: «Procedimiento administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas: recargo de prestaciones y

atiene, en la mayoría de los casos, a las apreciaciones de la ITSS, y que sigue al efecto el procedimiento reglado en el RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre procedimiento administrativo para evaluar la incapacidad permanente, y en la Orden de 18-1-1996 que le da desarrollo (art. 16). En absoluta sincronía con la actuación de la ITSS, la resolución del INSS habrá de motivarse con expresión de las circunstancias concurrentes en el supuesto planteado, la *disposición infringida*, la causa concreta de las enumeradas en el art. 164 LGSS y el porcentaje sobre la cuantía de las prestaciones que se considera procedente<sup>6</sup>.

Pero la valoración de la ITSS no se queda ahí, si considera que ha habido una infracción de medidas de seguridad, iniciará de oficio el pertinente procedimiento administrativo sancionador, mediante el levantamiento del acta de infracción –por el Inspector o por el Subinspector con visado del Inspector que le supervise–, cuya notificación al sujeto o sujetos responsables determina la incoación del expediente (art. 22.5 Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del sistema de ITSS)<sup>7</sup>. La decisión sancionadora, en atención a las reglas cuantitativas del art. 48.1 LISOS<sup>8</sup>, corresponde al

---

declaración de la incapacidad permanente, caducidad y prescripción», Revista de Derecho Social, nº 40, 2007, pág. 33-37.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta, también, que el procedimiento de imposición del recargo camina necesariamente paralelo al de reconocimiento de la prestación que se incrementa (aunque de forma administrativa autónoma), pero ello no significa que la unión sea tan plena que no genere estorbos. Un análisis de algunas de estas dificultades puede encontrarse en E. DESDENTADO DAROCA: «Procedimiento administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas: recargo de prestaciones y declaración ...», *loc. cit.*, págs.37-45; F.A. VALLE MUÑOZ: «La acumulación de pretensiones en la demanda laboral», *RTSS*, nº 187, 1998, pág. 46-53.

<sup>7</sup> Como dispone el art. 13 del RD 928/1998: «El procedimiento sancionador se iniciará de oficio, como resultado de la actividad inspectora previa, por acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se extenderá y tramitará de acuerdo con lo establecido en este Capítulo».

<sup>8</sup> Téngase en cuenta que la DT 2ª Ley 23/2015, dispone que hasta la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que se aprueben en desarrollo de la nueva redacción del art. 48.1 LISOS, continuará siendo de aplicación la regulación en materia de atribución de competencias sancionadoras exis-

órgano de la Administración territorial, que en no pocos casos es, precisamente, la jefatura de la ITSS<sup>9</sup>.

Es de presumir que ambas consecuencias del actuar de la ITSS, aunque diversas, guarden absoluta conexión, en el bien entendido que, por lo general, no se proponga recargo si no se propone (y probablemente impone) sanción, y viceversa. Sin que ello signifique identidad absoluta, en el sentido de que toda infracción de medidas de seguridad que pueda derivar en una sanción administrativa lleve necesariamente aparejada la propuesta de recargo, pues pudiera darse la circunstancia de que la infracción descubierta no guarde la relación precisa con el hecho causante de la prestación sobre la que se construye el recargo, o que no haya llegado a materializarse el daño generador de una prestación a la que anudar este incremento. También puede acontecer lo contrario, esto es: que se proponga recargo y no sanción, por ejemplo, por el particular régimen sancionador que funciona en este ámbito para la Administración Pública<sup>10</sup>. Pero fuera de estos concretos supuestos, la lógica

tentes con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 23/2015.

<sup>9</sup> En particular, en el ámbito de la Administración General del Estado el Jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a propuesta del Inspector que ha llevado a cabo la investigación del accidente, es la autoridad competente en las sanciones hasta 40.985 euros, asumiendo la competencia hasta 123.000 euros, hasta el 8-4-2018, la Dirección General de la Inspección, a la que corresponderá también resolver los recursos de alzada presentados respecto de las resoluciones dictadas por los Jefes de Inspección Provincial; y desde esa fecha al Director del organismo autónomo de la Inspección, que se subroga en las competencias y derechos de la hoy desaparecida Dirección General, según dispone la Disposición Adicional 1ª del RD 192/2018, de 6 de abril (art. 8.3.o del RD). La competencia corresponde luego al Ministro/a de Empleo y Seguridad Social, hasta 409.900 euros, y al Consejo de Ministros, a propuesta del de Empleo y Seguridad Social, hasta 819.780 euros.

<sup>10</sup> Parece que no cabe imponerles sanciones pecuniarias por este tipo de incumplimientos, según se deduce del RD 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado.

hace pensar que la propuesta de recargo y de sanción habrá de ir de la mano, no en vano, el informe emitido para el recargo habrá de incluir, como ya dijimos, una referencia a la normativa infringida<sup>11</sup>.

Es cierto que esta presumible sincronización puede comenzar a diluirse superada esta fase inicial de propuesta de la ITSS, toda vez que la resolución decisoria se adopta por órganos diversos de la Administración, que en principio fallarán de forma autónoma sobre la procedencia de una y otra consecuencia (sanción/recargo). Pero no es menos cierto que, en la medida en que la ITSS, como ya se ha dicho, juega un papel determinante –con frecuencia con poder decisorio– en el procedimiento administrativo sancionador, y que el INSS suele atenerse a su propuesta respecto del recargo, el paralelismo entre la decisión administrativa sancionadora y la propia del incremento de prestaciones quedará en la mayoría de los casos garantizado. No se quiere decir con ello que siempre que haya recargo habrá sanción en vía administrativa y a la inversa, porque ambos procedimientos responden a responsabilidades diversas y, en cierta medida, a principios propios, pudiendo concurrir en el procedimiento administrativo sancionador circunstancias que neutralizan el régimen punitivo por las reglas que le son propias (particularmente las de la órbita de la presunción de inocencia) y que no tengan mayor repercusión en el procedimiento de recargo. Lo único a lo que se quiere aludir en este momento, en cuanto al paralelismo descrito, es al hecho, in-

<sup>11</sup> De hecho, el art. 27 del Real Decreto 928/1998 dispone expresamente al referirse a la actuación de la ITSS en materia de recargo que «si se hubiese practicado acta de infracción y hubiese recaído resolución de la autoridad laboral sobre la misma, dicha resolución se aportará al expediente de iniciación. Si no se hubiere practicado previamente acta de infracción, en el informe-propuesta se justificará razonadamente tal circunstancia». La conexión entre ambas facetas del actuar de la ITSS es obvia, sin perjuicio de que, como la propia norma admite (y por las razones antes expuestas), pueda no haber acta y sí propuesta de recargo, pero esto acontecerá en el menor de los casos, en los que el INSS valorará la existencia o no de una infracción de medidas de seguridad a los únicos efectos de la imposición o no del recargo.

negable, de que la propuesta de sanción y recargo —que, por lo general, recibe continuidad en la vía administrativa— se hace por la misma persona, y por tanto es de presumir que el Inspector actuante habrá de tener la misma apreciación sobre lo acaecido cuando lo examina para una y otra consecuencia.

La potencial disgregación de convicciones, por tanto, se producirá, por lo general, en el conocimiento judicial de las materias. Y es este punto concreto en el que quisiéramos poner la lupa crítica, por las disfunciones que puede provocar el hecho de que, pese a que los procesos discurren paralelos, el juez competente para conocer del recargo, según ha venido entendiendo la jurisprudencia, no quede condicionado por lo dicho en el proceso de impugnación de la sanción, y a la inversa (salvo lo que se verá respecto de la STS 25/04/2018). Disfunción que resulta más incomprensible desde que el orden social ha asumido el conocimiento de ambos procesos. Y es que, aunque era igualmente reprochable desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, durante la vigencia de la LPL parece que se aceptaba con más normalidad la existencia de convencimientos no plenamente coincidentes sobre el recargo y la sanción, en tanto que procedían de órdenes diversos. Pero esta falta de identidad extraña más tras la promulgación de la LRJS, que acoge una reivindicación clásica de la doctrina laboralista de unificación en el orden social del conocimiento de todas las cuestiones «sociales»<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> En efecto, el art. 2.n) LRJS atribuye a nuestra jurisdicción el conocimiento de la «impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas [...] en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional». Lo que parece suficiente para atribuir al orden social el conocimiento, como siempre debió ser, de la impugnación judicial de las sanciones administrativas en materia preventiva. Téngase en cuenta, en todo caso, que, desde el punto de vista estrictamente temporal, el juego de la nueva regla competen-

Muchos esperábamos que esta atribución competencial se tradujese en una garantía de armonía mayor entre los correspondientes pronunciamientos, de modo que lo que el órgano judicial social competente dijese sobre la existencia o no de una infracción de medidas de prevención de riesgos y sobre su repercusión en el accidente, se acogiese con naturalidad por el órgano competente para el conocimiento del recargo. De hecho, el legislador podría haber optado por alguna fórmula, de suerte similar a la litispendencia, que permitiese la suspensión del proceso de recargo a la espera de lo decidido sobre la sanción por in-

cial queda determinado por la DT Cuarta LRJS, que prevé dos reglas diversas, a saber: la nueva competencia del orden social es de aplicación inmediata (esto es: desde la entrada en vigor de la LRJS), pero la impugnación de los actos administrativos dictados con anterioridad a dicha vigencia, continuará atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra estos actos administrativos, con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, continuarán sustanciándose ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conforme a las normas aplicables a dicho orden. Así las cosas, cuando la sanción se ha impuesto con anterioridad a la LRJS conoce de su impugnación el orden contencioso-administrativo, aunque la demanda se interponga vigente ya la nueva norma. Esta regla temporal ha sido interpretada por la Sala Especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo, en el sentido de considerar que la fecha determinante para la atribución competencial es la de la resolución administrativa que «causa estado», es decir, la que pone fin a la vía administrativa y abre la vía a la reclamación judicial. Si en esa fecha estaba en vigor la LRJS, la competencia corresponde al orden social (entre otros muchos, AATS/ SECC 12/06/13 -nº 10/2013, 10/07/13 -nº 7/2013, 10/07/13 -nº 19/2013, 9/10/13 -nº 17/2013, 10/10/13 nº 18/2013, 27/03/14 -nº 1/2014, 24/09/14 -nº 18/2014, 29/09/14 -nº 18/2014, 3/12/14 -nº 23/2014, 10/02/15 -nº 36/2014, 10/02/15 -nº 35/2014). Es decir, las resoluciones sancionadoras posteriores al 11-12-11 serán impugnadas ante el orden social, las anteriores ante el orden contencioso-administrativo. Si bien, respecto de las resoluciones sancionadoras dictadas antes de dicha fecha, contra las que se interpone recurso administrativo de alzada, en tanto que el acto que causa estado y pone fin a la vía administrativa es la resolución que resuelve dicho recurso, será competente para la impugnación judicial de la sanción el orden social si el recurso se resuelve después del 11-12-11. Por el contrario, si una vez agotada la vía administrativa, antes de la entrada en vigor de la LRJS, se interpone el postestativo recurso de reposición, continúa siendo competente la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque la resolución del recurso se dicte después del 11-12-11.

fracción, o incluso por la acumulación de procesos –recargo/sanción–, llevando la impugnación de la resolución de recargo del INSS al nuevo procedimiento especial de los arts. 151 y 152 LRJS<sup>13</sup>, y excluyendo la imposibilidad legal de acumular procesos derivados del mismo accidente cuando traen causa en expedientes administrativos diversos (art. 30.2 LRJS), precisamente para evitar la generación de resoluciones contradictorias<sup>14</sup>.

Pero nada de esto ha sucedido, y esta conveniente coherencia entre resoluciones del mismo orden no ha obtenido respaldo ni legal, ni jurisprudencial unánime –más allá de la solución que pudiera resultar de la regla de art. 45.2 LISOS, al que luego se aludirá–. Así, el art. 86.4 LRJS prevé la suspensión de un proceso laboral hasta la resolución de otro sólo para casos tasados, entre los que no se incluye el que nos ocupa<sup>15</sup>, y la jurisprudencia tampoco ha apreciado ni litispendencia, ni cosa juzgada (con la salvedad de la STS 25-4-

2018, Rec. 711/16), como se verá. En realidad, nuestro TS lejos de apostar por esta unidad de criterio entre sanción y recargo, ha optado, en especial en sus últimas sentencias, por la corriente inversa, disgregando, incomprensiblemente, la consideración del recargo de la suerte judicial de la sanción administrativa –con la excepción dicha–. A la par que afianza la vinculación entre el recargo y la indemnización por daños.

Huelga decir que la génesis del problema está, en buena medida, en la camaleónica naturaleza jurídica del recargo, que tanta tinta ha hecho correr y en la que, por razones obvias, no podemos detenernos ahora<sup>16</sup>. Baste decir, por ahora, que no quiere nuestro TS ni darle naturaleza sancionadora –pues ello obligaría a aplicar principios del procedimiento sancionador como la presunción de inocencia o el *non bis in idem*–, ni tampoco prescindir totalmente de ella, para asignarle estatus puro de prestación –pues ello conllevaría necesariamente el descuento de su importe, como el del resto de prestaciones, de la cuantía final de la indemnización por daños, y probablemente la aceptación del aseguramiento<sup>17</sup>–. Como es

<sup>13</sup> En particular, sobre este procedimiento novedoso, A. BLASCO PELLICER: «El nuevo proceso de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social», en BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M.: «La reforma del proceso laboral», Tirant lo Blanch. Valencia, 2012; R. RON LATAS: «Los procedimientos de oficio y de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social no prestacionales en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 16, 2012, págs. 455-476.

<sup>14</sup> Así lo intentó algún juzgado, pero sin éxito porque la sentencia de instancia fue anulada por TSJ Cataluña 24/03/2014, RS 5349/2013. Sobre esta cuestión, A. OLIVER REUS: «Procedimiento adecuado y reglas de acumulación en los procesos de recargo de prestaciones e impugnación de sanción», *NREDT*, nº 171, 2014, pág. 141-ss. No se olvide el contenido del art. 143.2 LRJS, al que remite el propio art. 151.8: «Al solicitarse la referida remisión de expediente o actuaciones se requerirá igualmente al correspondiente organismo y éste, en su caso, deberá poner de oficio en conocimiento del juzgado o tribunal, informe de si tiene conocimiento de la existencia de otras demandas en las que se deduzcan pretensiones en relación con el mismo acto o actuación, a los efectos de posibilitar, en su caso, la acumulación de oficio o a instancia de parte». Esta previsión pudiera interpretarse en el sentido de permitir la acumulación de ambos procesos derivados del accidente, también con las prestaciones de Seguridad Social.

<sup>15</sup> Cabría, en su caso, la solicitud de suspensión por ambas partes prevista en la parte final del art. 86.4 LRJS.

<sup>16</sup> La jurisprudencia más consolidada sostiene que la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones es dual o mixta, pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora [siquiera no puede calificarse de sanción propiamente dicha], desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio (recientemente, TS Social –Pleno– 23/03/15, Rec. 2057/14; 14/04/15, Rec. 962/14; 05/05/15, Rec. 1075/14; 02/11/15, Rec. 3426/14; 25/02/16, Rec. 846/14; 08/06/16, Rec. 1103/15; 20/04/17, Rec. 1826/15; y 21/06/17, Rec. 2820/15).

<sup>17</sup> TS 20/05/94, Rec.3187/93; 04/03/15, Rec.1307/14. Aunque para una significativa corriente doctrinal, la prohibición de aseguramiento contenida hoy en el art. 164.2 del LGSS está privada de fundamento legal y es nula por ultravires [DESIDENTADO BONETE: «Recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate», *RDS*, nº 21, pág. 19]. Además, en el voto particular de la STS 23/3/15, Rec. 2057/14 se mantiene lo contrario, entendiéndose que no está prohibido el aseguramiento, diciendo «Sobre la prohibición de asegurar el recargo. Un sector doctrinal mantiene que a partir de la vigencia de la Ley 31/1995 ha quedado derogada, tácitamente, la prohibición de aseguramiento del recargo que nos ocupa. Esta doctrina parece correcta habida cuenta que el artículo 15-5 [...]

fácilmente imaginable, este titubeo repercute en múltiples cuestiones, y en las que aquí interesan particularmente.

### 3. PREJUDICIALIDAD PENAL. DEVOLUTIVA EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El primer escoyo que encuentra este anhelo de resoluciones homogéneas es la diferente reacción frente a la existencia de un proceso penal cuando la infracción de medidas de seguridad se produce en condiciones particularmente graves y determina la apertura de las correspondientes diligencias de investigación.

La convivencia entre el proceso administrativo sancionador y el penal no genera dudas de ningún género, porque en ninguno de los contextos se cuestiona el carácter punitivo de ambas decisiones. En tal tesitura, la preferencia del proceso penal es clara (art. 3 LISOS)<sup>18</sup>. El expediente sancionador administrativo se paralizará hasta que se resuelva el penal, siempre, claro está, que concurra una mínima identidad o conexión entre los asuntos conocidos en la vía penal y en la administrativa sancionadora. Así resulta del artículo 3.4 LISOS, según el cual la comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte

de éstos, no afectará a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal. Se trata de examinar cada caso a fin de determinar si la indagación penal posee «conexión directa» con las conductas examinadas en el ámbito administrativo. Si concurre esa conexión directa se suspenderá, en caso de no apreciarse esa mínima identidad se seguirán ambos –el procedimiento administrativo y el proceso penal– de forma paralela y sin vinculación entre ellos<sup>19</sup>.

Por lo que a este estudio interesa, la conexión concurrirá siempre que lo que se discuta sea la incidencia de la infracción de medidas preventivas en el accidente de trabajo. Con lo cual, en principio, en los casos que aquí interesan, el procedimiento sancionador quedará paralizado siempre, rigiendo entre ambos el principio *non bis in idem*: si recae sentencia

<sup>19</sup> En los casos en los que se aprecie esa conexión directa, la relevancia de la identidad objetiva y subjetiva también será relativa, pues si bien, como vienen manteniendo nuestros tribunales, no resulta admisible alegar disparidad subjetiva para evitar la paralización del expediente y la interrupción de la prescripción, y luego pretender que entre en juego la regla *non bis in idem* (TS, Sala Social, 15/12/15, Rec. 34/15). Ello no debe entenderse como sinónimo de identidad pura, respecto de algunos supuestos será imprescindible la identidad subjetiva, pero no así en otros (TS, Sala Social, 15/12/15, Rec. 34/15). En realidad, la identidad plena debe acontecer para imposibilitar la sanción administrativa tras la condena penal. Pero no con la misma intensidad a la inversa, es decir, ni para la paralización del expediente, ni para su reapertura en caso de ausencia de condena penal. De hecho, el art. 3.2 LISOS no contempla la exigencia de triple identidad (hechos, sujetos, fundamento) para que opere la paralización del procedimiento administrativo sancionador. Ni tampoco la norma exige que el ilícito penal descartado en la vía judicial guarde alguna suerte de identidad con el ilícito administrativo objeto de la actuación administrativa sancionadora. En la vía penal no se enjuician las infracciones preventivas en toda su expresión, sino únicamente como potenciales generadoras de un ilícito con encaje en el C.P. Cuando el asunto vuelve a su conocimiento administrativo, el órgano competente llevará a cabo la evaluación de las conductas en cuestión –exactamente las mismas u otras– desde el prisma que le es propio, esto es: conforme a la LISOS. Desde el punto de vista subjetivo, el juego de la identidad funciona del mismo modo. Esto es: no tendrá que probarse identidad subjetiva plena para suspender el procedimiento, ni para la reapertura, pero sí para evitar una posible sanción administrativa por el principio *non bis in idem*.

autoriza a «concertar operaciones de seguro que tengan por fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo», siendo de destacar que ni en ese precepto, ni en el 42 se excluye la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del recargo [...] en definitiva nada impide el aseguramiento del recargo, máxime cuando la responsabilidad en orden a su pago se objetiva y la normativa de seguros permite asegurar las responsabilidades civiles derivadas de actos negligentes [...] sin que se pueda olvidar lo antes dicho sobre que el recargo tiene naturaleza indemnizatoria y no sancionadora. [...] la posibilidad de asegurar la responsabilidad derivada del recargo cubre dos objetivos: garantizar el cobro de las cantidades en que consiste el recargo e incentivar la adopción de medidas de seguridad con el fin de pagar menores primas de seguro y de encontrar compañías dispuestas a asegurar el riesgo, lo que no será fácil a la empresa que tenga un elevado porcentaje de siniestros...».

<sup>18</sup> STC 177/1999; TS 15/12/2015, Rec.34/2015.

condenatoria, no cabe la posterior sanción administrativa por los mismos hechos<sup>20</sup>. Así, lo dispone claramente el art. 31.1º Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando sostiene que «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento»<sup>21</sup>.

De este modo sólo cabrá continuar con el procedimiento administrativo sancionador si el proceso penal finaliza sin condena<sup>22</sup>. En estos casos, si el juez penal descarta la existencia de un delito, puede el órgano administrativo apreciar la concurrencia de una infracción administrativa sancionable. Pero en todo caso, y con lógica, ambos pronunciamientos estarán conectados, no en el encaje de la conducta en el tipo, sino en la apreciación de los hechos concurrentes, precisamente porque un mismo hecho no puede ser y no ser a la vez. Así las cosas, el procedimiento administrativo –luego la jurisdicción social en su caso– quedará condicionado por el relato de hechos dado por probado en el proceso penal (art. 3.3 LISOS y art. 77.4 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Y será, partiendo de dichos hechos, que juzgue su incardinación o no en el tipo administrativo correspondiente.

Esta interrelación de hechos probados es posible, obviamente, porque el procedimiento sancionador se suspende a la espera de la decisión penal. Y podría haber sido ésta también la solución para la convivencia entre sanción penal y recargo de prestaciones. De

hecho, esta suerte de prejudicialidad devolutiva se formuló expresamente en su día en el art. 16.2 de la Orden de 18–1–1996 (de desarrollo del RD 1300/1995)<sup>23</sup>. No cabe duda que esta solución contribuía a evitar las contradicciones a las que se ha hecho alusión, pero a los ojos de la jurisprudencia tenía el insorteable escoyo de neutralizar por completo el principio de celeridad que tanto caracteriza al procedimiento social –y que no es propio del sancionador–. Y además no casaba bien con la dicción del art. 86 LPL (en idénticos términos hoy art. 86.1 LRJS), que no dejaban margen para la prejudicialidad penal suspensiva, toda vez que sostenía que el proceso penal no suspendía el social «en ningún caso», señalando el apartado tercero que si el proceso penal finalizaba con absolución por inexistencia o falta de participación del sujeto quedaba la vía de la revisión de la sentencia social<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Este precepto disponía que «cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los hechos relativos a la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, se suspenderá el expediente en este sólo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento».

<sup>24</sup> Lógicamente, esta regla funciona también para el resto de pleitos de la órbita del accidente. Así, las prestaciones de Seguridad Social seguirán su tramitación judicial ordinaria con independencia de lo que acontezca con la causa criminal que derive de la investigación del accidente. Alguna precisión más requiere la tramitación de la indemnización por daños, pues, como se sabe, nuestro sistema contempla expresamente dos posibilidades de ejercicio de la acción civil: en el propio proceso penal; y en la jurisdicción específica, que en este caso es la social (art. 109 CP). Con indicación de que, ejercitada la acción penal, se entiende utilizada también la civil, salvo que el perjudicado renuncie o se reserve expresamente la acción civil para hacerla valer en el proceso social, una vez concluido el proceso penal (art. 112 LECrim). Dicho de otro modo, cuando se inician acciones penales contra el empresario infractor, sólo si hay reserva de acciones, el orden social podrá conocer de la indemnización por daños correspondiente. En caso contrario, la acción para reclamar una indemnización por daños se ejercitará en el ámbito penal, con lo que no sería compatible con la posterior reclamación social de una reparación a tanto alzado. De hecho, la Sala Social del TS considera que la acción civil que se puede ejercitar en el proceso penal a favor del perjudicado o víctima no es de naturaleza distinta de la acción civil que se ejercita para la reparación del daño en la vía social. De ahí que se haya apreciado efecto de cosa juzgada de la sentencia penal respecto de la reclamación civil –TS,

<sup>20</sup> TS, Sala Social, 15/12/2015, Rec.34/2015. No hay que olvidar, en tal sentido, que en materia administrativa se admite como sujeto infractor a una persona jurídica como lo es en esta materia una empresa y, sin embargo, en Derecho penal la conducta antijurídica sólo puede imputarse a la persona física autora del delito o a la que la Ley considera como tal.

<sup>21</sup> TS, Sala Contencioso-administrativo, 12/03/14, Rec. 923/12; 11/02/14, Rec. 2131/12; 15/10/08, Rec. 31/2006, TS, Sala Social, 15/12/15, Rec. 34/15.

<sup>22</sup> Sobre esta prejudicialidad, M. BALLBÉ MALLOL y C. PADRÓS REIG, La prejudicialidad administrativa en el proceso penal, Civitas, 2004.

Por todo ello, el TS declaró en su día este precepto de la Orden de 1996 *ultra vires*<sup>25</sup>, negando que la incoación de diligencias penales tuviese repercusión en el procedimiento de recargo, preservando con ello el interés de trabajadores y causahabientes de disponer –en su caso– de manera más pronta del incremento que representa el recargo, dando prioridad a

Sala Social, 22/12/14, Rec. 3364/13; 03/10/17, Rec. 2008/15–. Es más, para garantizar la coherencia entre la apreciación penal y la social sobre la reparación del daño podría entenderse que cuando se hace una reserva de acciones, no cabe plantear la reclamación social de indemnización hasta que se resuelva en sentencia firme la acción penal. Así se dispone expresamente en el art. 112 LECrim, pese a la rotundidad del art. 86.1 LRJS, que es tajante al sostener que el proceso penal no suspende el social «en ningún caso». Conviene aclarar, en todo caso, que no cabe apreciar efecto de cosa juzgada si la sentencia penal, por haber sido absolutoria, no ha entrado a examinar, ni se ha pronunciado sobre las acciones civiles derivadas del hecho enjuiciado en el ámbito criminal. En estos casos, aunque no se hubiese hecho reserva de las acciones civiles, podrá luego acudir al orden social para pedir una indemnización, pues las acciones civiles habrán quedado imprejudgadas (TC 15/02 28/ Enero, FJ 4; 17/08 31/Enero, FJ 4; TS 22/12/14, Rec. 3364/13). Esta regla –la sentencia absolutoria penal deja imprejudgada la acción civil– tiene excepción en el supuesto del art. 116 LECrim, conforme al cual si la sentencia penal resultó absolutoria precisamente por declarar que no existió el hecho que fue objeto de enjuiciamiento en el ámbito criminal, este pronunciamiento vinculará positivamente al juez social, que no podrá ya fundar ninguna responsabilidad civil en la existencia del hecho que fue declarado inexistente por la jurisdicción penal (TC 15/02 28/ Enero, FJ 4; 17/08 31/Enero, FJ 4. TS 22/12/14, Rec. 3364/13).

<sup>25</sup> Entendió en su día el TS, que el RD 1300/1995, en cuyo desarrollo se dictó, no contiene norma alguna que autorice la suspensión en la tramitación del expediente. Por ello, dado que la legalidad del mandato de la OM citada dependía de la existencia de un sustrato legal que le sirviera de fundamento, la inexistencia del mismo provocaba la prevalencia el principio de celeridad que debe afectar a todos los expedientes en materia de prestaciones de la Seguridad Social. TS 17/05/04, Rec. 3259/03; 08/10/04, Rec. 4552/03; 25/10/05, Rec. 3552/04; 18/10/07, Rec. 2812/06; 13/02/08, Rec. 163/07; 02/10/08, Rec. 1964/07; 07/07/09, Rec. 2400/08; SG 17/07/13, Rec. 1023/12. Téngase en cuenta, no obstante, que la STS 25/04/18, Rec. 2322/16, advierte que aunque el precepto fue considerado *ultra vires*, ello fue para justificar que es legalmente admisible permitir una actividad laboral a quienes están declarados en situación de incapacidad permanente absoluta, de modo que no afecta al simple procedimiento administrativo en el que poder valorar si la actividad laboral que se comunica podía o no ser compatible con el mantenimiento del derecho prestacional y dentro de ámbito de compatibilidad que se ha marcado por la norma legal.

los principios rectores del procedimiento social –pro operario– frente a los propios del penal –*in dubio pro reo*–, y arrinconando la faz sancionadora del recargo<sup>26</sup>, para descartar que le afecte el principio *non bis in idem*<sup>27</sup>.

En este sentido, es cierto que el recargo no se anuda indisolublemente a la valoración sancionadora penal de la conducta empresarial, de hecho, aquélla tiene por objeto sancionar conductas particularmente graves, normalmente de las personas físicas autoras del ilícito (sin perjuicio de las actuales reglas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas)<sup>28</sup>, mientras que el recar-

<sup>26</sup> Se dice así «... el recargo no implica, con independencia de su finalidad preventiva, la imposición de una sanción al empresario infractor, sino el reconocimiento de un derecho patrimonial a favor de la víctima o de sus beneficiarios» (TS 17/05/04, Rec. 3259/2003, 25/10/05, Rec. 3552/2004, 20/12/07, Rec. 3978/2006 y 13/02/08, Rec. 163/2007, 17/07/13, Rec. 1023/12). Por todas, por su rotundidad, TS 05/12/06, Rec. 2531/05.

<sup>27</sup> Como dice la Sala «esta regla no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes [por ejemplo, como ilícito penal o como infracción administrativa o laboral], pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente la misma conducta» [STC 159/1985, de 27/Noviembre; TS 02/10/00, Rec. 2393/99, 08/10/04, Rec. 4552/2003].

<sup>28</sup> Téngase en cuenta que por lo general la responsabilidad penal se imputa a una persona física, en tanto que autor del delito, pero desde el año 2010 también las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal. Así, por lo que aquí pudiera interesar, dispone hoy el art. 31 bis.1.b) CP, que las personas jurídicas serán penalmente responsables de: a) los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; b) los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso (véanse los criterios de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 1/2015). Esta responsabilidad penal de la persona jurídica significa que ésta responde penalmente por la actuación de una

persona física, cargo directivo o empleado, cuando concurren las circunstancias expuestas. El encaje de esta previsión legal en la materia que aquí interesa no parece viable, y no sólo porque parece más pensada para delitos económicos o similares que reporten algún género de beneficio a la empresa, sino porque para los delitos contra los trabajadores el art. 318 no remite al art. 31 bis, sino a las penas accesorias del art. 129 CP. Así lo ha entendido el TS, S Penal, 23/02/17 Rec 1916/16. Dispone el art. 129 CP que para los delitos «... cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita». Prescindiendo de la falta de claridad con la que se formula este precepto en relación con el art. 31 bis, lo que parece –según la jurisprudencia y el criterio de la Fiscalía General del Estado– es que, cuando se produce un delito contra los derechos de los trabajadores se imputará responsabilidad criminal a la persona física que la Ley identifica, pero eso no significa que frente a la comercial no queda activar ningún mecanismo sancionador. El juez podrá –es facultativo– imponer algunas de las consecuencias que se prevén para la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el art. 31 bis, pero en condición de penas accesorias a la que corresponda al autor del delito, no como criminalmente responsable. Además, por descontado, de la responsabilidad civil subsidiaria que pueda imponerse ex art. 120.4. Así las cosas, en el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, cuando el empresario es una persona jurídica (o un ente sin personalidad jurídica como una UTE o una comunidad de bienes), habrá que estar, en primer término, a la previsión del art. 318 CP, que determina específicamente la responsabilidad de administradores o encargados del servicio de la empresa en la que se produce el accidente, si son los responsables de los medios preventivos. Regla que coincide básicamente con la genérica prevista en el art. 31 CP para otros delitos cometidos en sede corporativa. El art. 318 CP concreta la persona física que se entenderá ha cometido el delito. Así, esta responsabilidad se dirige a sus administradores de hecho o de derecho o a los encargados del servicio, quedando la empresa y su aseguradora como simples responsables civiles –TC 177/99, 11/Octubre–. Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta responsabilidad no se refiere a los administradores o encargados en general, sino a los específicamente encargados de la labor preventiva, pues a ellos corresponderá en último término la adecuada gestión de la prevención de riesgos, siendo por ello los responsables de los medios preventivos. La jurisprudencia ha entendido que esta responsabilidad se extiende no sólo a quien ostente jurídicamente la condición de administrador o encargado del servicio preventivo, sino también a todos aquellos que ejerzan de hecho facultades de dirección y organización sobre la prestación laboral con incidencia en esta materia (AP, S Penal, Madrid 31/03/16 RA

go se impone a la empresa como tal, haya o no una persona física responsable, sin necesidad de que concurra un incumplimiento de medidas particularmente reprochable. Pero esta negación de la prejudicialidad penal devolutiva, no sólo significa que la tramitación de un proceso penal, por los mismos hechos, no suspende el discurrir ordinario del proceso administrativo (tampoco el judicial) sobre recargo de prestaciones. A la par imposibilita la vinculación de hechos probados que, como se acaba de ver, sólo es viable respecto del procedimiento sancionador<sup>29</sup>.

Ahora bien, el hecho de que el procedimiento de recargo no se suspenda por la tramitación de un procedimiento sancionador (administrativo y/o penal), no significa que no tenga repercusión de ningún género en él. Por el juego del art. 53.2 LGSS, el plazo de prescripción de la acción de recargo –de cinco años–<sup>30</sup>, se interrumpirá «en el supuesto

861/15). Así, se ha impuesto responsabilidad penal, por ejemplo, a los administradores de las empresas contratistas si son responsables de la construcción (AP Palencia 15/02/17 RA 40/16); al jefe de la fábrica (TS, S Social, 26/07/00 Rec 4716/98); o al jefe o encargado de la obra (TS, S Penal, 14/07/99 Rec 3738/98). En realidad, el TS autoriza la imputación de responsabilidad a todas aquellas personas que en materia preventiva ostenten mando o dirección, técnica o de ejecución, ya se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho (TS, S Penal, 29/07/02 Rec 3551/00). No en vano, en el art. 318 CP se alude también a «quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello». Con fundamento en esta regla es además posible extender la responsabilidad penal a personas pertenecientes a la plantilla de la empresa que, careciendo de poder de decisión, si se hallan en situación idónea por su perfil profesional para evitar el peligro.

<sup>29</sup> De hecho, consciente de esta interrelación entre el recargo y el procedimiento punitivo, inicialmente el INSS optó por suspender el procedimiento de recargo tanto si se iniciaban acciones penales (como decía la norma reglamentaria) como si, simplemente, existía un procedimiento administrativo sancionador. Lo que podía resultar comprensible, en la medida en que la resolución del recargo, se ha dicho ya muchas veces, debe incluir una referencia a la norma infringida. Parecía sensato pensar que dicha referencia podía resultar de la valoración que se hiciese de la infracción administrativa y/o penal. Esta práctica suspensiva recibió jurisprudencial, que la consideró carente de sustento normativo.

<sup>30</sup> Ha entendido la jurisprudencia que la imposición del recargo se halla sometida a las previsiones generales de pres-

de que se entable acción judicial contra un presunto culpable, criminal o civilmente [...] mientras aquella se tramite»<sup>31</sup>. Así, el seguimiento de un procedimiento penal interrumpe la prescripción de la acción de recargo<sup>32</sup>, hasta que se notifique el auto de sobreseimiento o hasta que la sentencia adquiera firmeza<sup>33</sup>. En principio, debe reanudarse el cómputo del plazo en ese momento, pero no debe olvidarse que el procedimiento sancionador por infracción de medidas habrá quedado en suspenso hasta que se resuelva el penal, y dicho expediente administrativo sancionador, produce también el efecto suspensivo de la prescripción que proclama el art. 53.1 LGSS —«... en virtud de expediente que tramite la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate»—, concluya o no con sanción<sup>34</sup>. Suspensión que se extiende, en principio, a todo el tiempo que dure el procedimiento san-

cionador, incluido el trámite de recurso hasta la resolución de la alzada<sup>35</sup>.

Dicho de otro modo, si se inicia un procedimiento administrativo de reconocimiento del recargo —de oficio por la ITSS o a instancia de parte interesada— al tiempo que se conoce de la posible responsabilidad criminal o administrativa del empresario por las circunstancias en las que aconteció el accidente, aquél no se paraliza, aunque si incorrectamente el INSS suspende el expediente administrativo, o si, no iniciado éste, el trabajador o sus causahabientes deciden esperar a que el orden penal y/o el social sancionador se pronuncien sobre las consecuencias del accidente, su acción para reclamar el recargo queda a salvo de prescripción hasta que finalicen ambos procesos sancionadores<sup>36</sup>.

cripción de la LGSS, relativas al «reconocimiento de las prestaciones» (TS, Sala Social, 19/07/13, Rec. 2730/12, 12/11/13, Rec. 3117/12; 18/12/15, Rec. 2720/14; 16/09/16, Rec. 1411/15), de forma que «habrá de aproximar su régimen jurídico, hasta donde sea jurídicamente posible, al que resulta propio de las prestaciones de Seguridad Social» (TS, Sala Social, 20/09/16, Rec. 3346/15; 21/12/16, Rec. 3373/15; 21/12/16, Rec. 4225/15).

<sup>31</sup> Sobre su aplicación al recargo, TS, Sala Social, 2/10/08, Rec. 1964/2007, SG 17/07/13, Rec. 1023/12; SG 18/12/15, Rec. 2720/14, 13/09/16, Rec. 3770/15. Los procesos penales, además, repercuten también en el plazo de prescripción de la acción de reclamación de indemnización por daños (TS, Sala Social, 12/02/99, Rec. 1494/98; 06/05/99, Rec. 2350/97; 20/04/04, Rec. 1954/03; 17/02/14, Rec. 444/13). Téngase en cuenta, también, que el TS, Sala Social, ha entendido que el plazo de prescripción del recargo también se interrumpe por la reclamación de la indemnización de daños y perjuicios (TS 14/07/15, Rec. 407/14). Partiendo de que esta acción guarda evidentes vinculaciones con la determinación de la responsabilidad empresarial que, en un grado y con alcance distinto, puede también constituir el objeto del procedimiento de recargo de prestaciones (apreciando esta interrupción tanto de la acción de daños sobre el recargo como a la inversa: TSJ, Sala Social, Navarra 28/02/17 RS 23/17, TSJ Castilla-La Mancha 04/03716 RS 755/15).

<sup>32</sup> TS, Sala Social, 20/04/16, Rec. 2994/14 obiter dicta pues aprecia falta de contradicción; TSJ, Sala Social, Asturias 18/04/17 RS 94/17.

<sup>33</sup> TS, Sala Social, 14/07/15, Rec. 407/14.

<sup>34</sup> TS, Sala Social, 14/07/15, Rec. 407/14, TSJ Galicia 09/06/16 RS 81/16.

<sup>35</sup> TS, Sala Social, 07/07/09, Rec. 2400/08; 19/07/13, Rec. 2730/12; 12/11/13, Rec. 3117/12.

<sup>36</sup> Debe tenerse en cuenta que la superación del plazo de 135 días hábiles de que dispone el INSS para resolver el recargo conlleva la reanudación del plazo de prescripción —TS, Sala Social, SG 17/07/13, Rec. 1023/12, 19/07/13, Rec. 2730/12, 12/11/13, Rec. 3117/12—. Así las cosas, cuando hay concurrencia temporal de procedimiento de recargo y expediente sancionador, el INSS dispondrá igualmente de 135 días para resolver el procedimiento de recargo (que no se suspende por el sancionador), pero el plazo de prescripción del derecho a recargo se mantendrá suspendido mientras se tramite el procedimiento sancionador (se haya superado o no mientras el plazo de 135 días). Al vencer los 135 días si el procedimiento sancionador continúa la suspensión de la prescripción se mantendrá, aunque el interesado podrá accionar judicialmente frente a la desestimación presunta (silencio negativo). Si, incorrectamente, el INSS suspende el procedimiento de recargo y con ello el cómputo del plazo de 135 días, a la espera de que se resuelva el procedimiento sancionador, ello no perjudicará al interesado, pues el plazo de prescripción se mantendrá durante el tiempo que dure el procedimiento sancionador. Cuando esta suspensión de la prescripción venza y se reanude el plazo de prescripción por finalización del procedimiento sancionador, habrá que tener en cuenta la jurisprudencia que considera que, aunque la entidad gestora tiene obligación de resolver expresamente y el interesado tiene derecho a una respuesta expresa de su pretensión, es razonable fijar límites temporales al ejercicio de la acción judicial del recargo cuando se produce una inaceptable inactividad de la entidad gestora. De modo que la incoación del expediente de recargo no determinará per se la interrupción de la prescripción sin mayores matizaciones, pues ello llevaría en la práctica a sanar cualquier paralización del expediente que el INSS determine, sin entrar a valorar si había alguna causa legal de suspensión o ampliación y si pudo darse cabida a la intervención de los verdaderos interesados en el expediente. No en vano, si la Entidad Gestora no

#### 4. MAYORITARIA DESCONEXIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE EL RECARGO Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Este afán judicial por desligar el recargo de la sanción administrativa y/o penal en la fase preprocesal –salvo en lo relativo a la prescripción–, se trasladó también, con más fuerza si cabe, a la fase judicial, dándole, por cierto, una curiosa reinterpretación a la jurisprudencia constitucional en la materia.

Las sentencias que a continuación se comentan son claros ejemplos de esta tendencia a la desconexión entre el recargo y la sanción, si bien es justo señalar que se trata de una doctrina mayoritaria de la Sala, que tiene hoy como contrapartida la tantas veces citada sentencia de 25/04/2018, Rec. 711/16, que, al contrario, apuesta por la interrelación entre la sanción y el recargo, si bien con las singularidades que se verán.

##### 4.1. La apuesta constitucional por la unidad de criterio respecto de los términos del accidente y la existencia de infracción de medidas de seguridad –orden contencioso/orden social–

Ya hemos reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica<sup>37</sup>,

va a efectuar más labor de instrucción que la que resulta del informe-propuesta inicial de la ITSS, no cabe alargar el procedimiento sin justificación legal, contraviniendo el principio de impulso de oficio y manteniendo en último extremo unas expectativas de cobro del recargo para el trabajador o sus beneficiarios que se verán frustradas si finalmente éste no se impone. De ahí que el efecto interruptivo que sobre la prescripción de la acción judicial tiene la incoación del expediente haya de ser puesto en relación con las circunstancias concurrentes a lo largo de la tramitación del mismo, de suerte que solo la justificación clara de la suspensión o ampliación en dicha tramitación pueda permitir el mantenimiento de aquella interrupción. Y ello implica el conocimiento de las partes de la causa que motiva la suspensión de la tramitación y, por consiguiente, la posibilidad de intervenir en el expediente, y combatir en su caso la decisión paralizadora del curso de la tramitación [TS, Sala Social, 17/07/13, Rec. 1023/12; 19/07/13, Rec. 2730/12; 12/11/13, Rec. 3117/12].

<sup>37</sup> TC 77/1983, de 3 de octubre, F. 4; 62/1984, de 21 de mayo, F. 5; 158/1985, de 26 de noviembre, F. 4; 35/1990, de 1

y la expectativa legítima de quienes son justiciables de obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, casan mal con la idea de que un mismo hecho –en este caso un accidente de trabajo– derive en apreciaciones distintas al resolver sobre él<sup>38</sup>. De hecho, tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional han admitido cierta vinculación entre lo dicho en un pleito y lo sostenido en otro sobre un mismo acontecimiento, aunque su examen se lleve a cabo desde ópticas diversas. Y no por la primacía o la competencia específica de una jurisdicción, sino porque el Estado, a través de uno de sus órganos jurisdiccionales, ha declarado la existencia o inexistencia de unos hechos, y no cabe, por razones obvias, que otro órgano jurisdiccional del mismo Estado desconozca dicha declaración<sup>39</sup>.

Este planteamiento general recibió acogimiento normativo en el terreno que aquí interesa (recargo de prestaciones/sanción), en el art. 42.5 LISOS –antes en el art. 42.5 LRL–, que reza: «La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social»<sup>40</sup>. La previsión reproducida, aunque pensada en su momento para la distribución competencial de la LPL, continúa aún vigente y, a nuestro entender<sup>41</sup>, sigue teniendo

de marzo, F. 3; 30/1996, de 26 de febrero, F. 5; 50/1996, de 26 de marzo, F. 3; 190/1999, de 25 de octubre, F. 4; 34/2003, de 25/Febrero, FJ 4; 16/2008, de 31/Enero, FJ 2; 192/2009, de 28/Septiembre, FJ 2.

<sup>38</sup> TC 21/2011, de 14/Marzo, FJ 2.

<sup>39</sup> TC 158/1985, de 26/Noviembre, 16/2008, de 31/Enero, FJ 3.

<sup>40</sup> Como decía el TC, ello responde a «una finalidad de coherencia y seguridad jurídica acogida por nuestra doctrina: AATC 74/2004 y 76/2004, de 9/Marzo, 21/2011, de 14/Marzo, FJ 2».

<sup>41</sup> Sin embargo, no lo ha entendido exactamente así la STS 25/04/2018, Rec. 711/16, que a propósito de esta previsión legal sostiene que el precepto y la interpretación jurisprudencial de él «... no se corresponde con la que se produce cuando la sen-

plena virtualidad –su interpretación jurisprudencial también–, si bien acomodada al hecho de que serán del orden social las declaraciones judiciales relativas a la existencia o no de infracción en materia preventiva acreedora de sanción.

En todo caso, no cabe obviar la interpretación dada en su día por el TC sobre el alcance de esta previsión legal. Según dicha jurisprudencia si el orden contencioso conocía de la impugnación administrativa de la sanción antes de que el social se pronunciase sobre el recargo, este último debía, con carácter general, asumir los hechos que se habían declarado probados por el orden contencioso-administrativo. Y ello porque si bien cada jurisdicción tiene sus particularidades y principios rectores, y esta realidad puede repercutir en el sentido del fallo, no tiene incidencia, con carácter general, en el relato de hechos, circunstancia en la que resulta irrelevante que las normas aplicadas por uno y otro órgano judicial sean distintas. Esta doctrina, según la cual «el *factum*, esto es, el presupuesto de aplicación de unos y otros preceptos es el mismo: la existencia de un incumplimiento por parte de la empresa de las normas sobre prevención de riesgos laborales en relación con el accidente en cuestión», mantiene toda su lógica a día de hoy, aunque

tencia firme recaída en el proceso de impugnación de la resolución administrativa sancionadora ha sido dictada por un órgano de la jurisdicción social tras la ampliación que del ámbito de conocimiento de este orden llevó a cabo la LRJS, que en su art. 3 n) le atribuyó competencia para resolver las impugnaciones de las resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral. En ese supuesto la posible eficacia vinculante de lo resuelto en el referido litigio, en el que debe ser emplazado el trabajador accidentado (art. 151.4 LRJS), como efectivamente lo fue en el presente procedimiento, en el seguido en materia de recargo de prestaciones dimana del art. 222.4 LEC, a lo que no es óbice la diversidad de objetos de uno y otro proceso, pues el efecto positivo de la cosa juzgada no exige la completa identidad que es propia del efecto negativo, bastando con que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actué en el posterior como elemento condicionante o prejudicial». Parece olvidar la Sala que la TS 14/09/16, Rec. 846/15, interpreta ya el contexto normativo vigente la LRJS.

la jurisdicción social no siempre haya querido reparar en ella<sup>42</sup>.

Es más, la doctrina constitucional reproducida no se quedaba en la literalidad del art. 42.5 LISOS, predicando sólo la innegablemente coincidencia entre los hechos que describen el acontecer del infortunio. Esta jurisprudencia iba un poco más allá y exportaba esta vinculación también a la existencia o no de un incumplimiento de medidas de seguridad, proclamándola, además, en una doble dirección. Es decir: el orden social y el orden contencioso-administrativo quedaban condicionados respectivamente en cuanto a la convicción de la existencia misma de un incumplimiento en materia preventiva<sup>43</sup>. Sin

<sup>42</sup> TC 16/2008, de 31/Enero, FJ 2, 16/2008, de 31/Enero, FJ 3; 21/2011, de 14/Marzo, FJ 4.

<sup>43</sup> Expresa y claramente se sostiene la vinculación del orden contencioso a lo dicho en el social en la TC 16/2008, de 31 de enero. En este caso, a raíz del accidente la ITSS levantó acta de infracción, el INSS impuso un recargo, y la Dirección General de Trabajo de la Consejería competente confirmó el acta de infracción, imponiendo las sanciones correspondientes. El juzgado de lo social dejó sin efecto el recargo al considerar que no existía incumplimiento de las medidas preventivas, sino que la empresa había puesto de su parte todo lo que le era posible para evitar el accidente, habiéndose producido éste exclusivamente por la ligereza con que en los hechos actuó un tercero. Con posterioridad, conoció el orden contencioso de la impugnación de la sanción, aportando la empresa actora la resolución dictada por el Juzgado de lo Social antes reseñada, que no fue tomada en consideración por el TSJ Contencioso-administrativo. Y lo que sostiene el TC es que «las dos resoluciones judiciales parten de los mismos hechos y tienen su origen último en el acta de infracción de la Inspección de Trabajo, pero mientras una –la del orden social– declaró que no hay incumplimiento de aquellas normas, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo entendió que la recurrente no había adoptado las medidas de prevención de riesgos para el adecuado uso de la máquina causante del accidente, conclusión a la que llegó partiendo la presunción *iuris tantum* de veracidad de que gozan las actas de los Inspectores de Trabajo que, a su juicio, no había desvirtuado la recurrente con pruebas en contrario. En suma, el Tribunal Superior de Justicia no ha tenido en cuenta para valorar los hechos la existencia de un previo pronunciamiento judicial; de ahí que ambos resulten claramente contradictorios en cuanto a la observancia por parte de la demandante de amparo de las normas sobre prevención de riesgos laborales con respecto a la máquina en cuestión. [...] En tal tesitura, es evidente que la Sala no podía desconocer la premisa básica que con anterioridad se había establecido y que,

que ello supusiese, necesariamente, identidad en el sentido del fallo.

Según esta jurisprudencia constitucional existían dos reglas de vinculación interjurisdiccional, a saber: la que resultaba de la fórmula legal del art. 42.5 LISOS, que alcanzaba a los hechos probados en el orden contencioso-administrativo (cómo acaeció el infortunio), y otra que funcionaba en ambas direcciones, y que se refería a la apreciación sobre la existencia o no de un incumplimiento de medidas preventivas. Ello no significaba ni que el orden social no pudiera apartarse nunca y bajo ningún concepto de los hechos considerados probados por la sentencia contenciosa firme, ni que la coincidente apreciación de la existencia de un incumplimiento de medidas preventivas se tradujese siempre en una identidad en el sentido del fallo (imposición o no imposición de sanción y recargo). Lo que suponía esta doctrina es que el alejamiento de los unos –hechos– o de la otra –apreciación del incumplimiento– había de ser excepcional y motivado.

Así, sería posible desplazarse del relato fáctico o la apreciación del incumplimiento en los casos en que concurriese alguna circunstancia probatoria determinante, no tomada en consideración en el orden que había conocido en primer término. Igualmente podría llegarse a convicción diversa sobre la procedencia o improcedencia de la sanción y paralelamente del recargo si se apreciaban divergencias determinantes en cuanto a las exigencias jurídicas de una y otro. Por ejemplo, podría llegarse a conclusión diversa a la contenciosa sobre la procedencia del recargo si la anulación de la sanción administrativa respondía a causas ajenas a la efectiva existencia o no de la infracción, tales como vicios

para desestimar el recurso interpuesto por la actora, tenía que haber entrado a razonar, con una motivación suficiente que exteriorizase el fundamento de la decisión adoptada, por qué, si antes se había acordado por el Juzgado de lo Social, en una decisión judicial ya firme, que no había existido incumplimiento por la empresa de las normas sobre prevención de riesgos laborales, ahora partía de la premisa contraria...».

formales en el procedimiento, caducidad de la sanción, etc., cuya presencia se mantiene ajena por completo a la realidad de la infracción normativa, y por tanto a la procedencia del recargo. En la otra cara de la moneda, la imposición de una sanción administrativa sería compatible con la no imposición del recargo, si no hubiese quedado debidamente acreditada la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño causado, o si no hubiese prestación de Seguridad Social a la que anudar el recargo (como puede suceder si el trabajador fallece sin causahabientes con derecho a prestación de muerte y supervivencia)<sup>44</sup>.

Lógicamente esta doctrina constitucional parte de la idea de que el recargo contiene una dosis innegable de sanción<sup>45</sup>, y quizá si el TS se hubiese atendido más a esta concepción, las conclusiones hubiesen sido otras a las que se analizarán a continuación. A nuestro modo de ver esta vinculación es la más acorde con la naturaleza de esta institución, con su origen y evolución<sup>46</sup>, y, sin

<sup>44</sup> La justificación de esta doble vinculación, la encontraba el TC –y en este sentido resulta especialmente esclarecedora la TC 143/2000– en que «existe una conexión jurídica indudable entre la infracción administrativa del empresario y el derecho al recargo de prestaciones del trabajador, en cuanto que el elemento determinante del último [...] lo es a la vez del supuesto de hecho del tipo de la infracción administrativa. Por ello la resolución sobre la existencia de ésta en sede propia está llamada a influir de modo inevitable en la resolución que en ámbito distinto de las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social haya de dictarse sobre el derecho del trabajador al recargo de sus prestaciones a costa del empresario infractor».

<sup>45</sup> Se decía por la jurisprudencia constitucional que el recargo «constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretada de manera restrictiva» (TC 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 2, reproducida por la TC 21/2001. También TC 16/2008, 31/Enero, FJ 2).

<sup>46</sup> Es de todos conocido que el recargo de prestaciones como lo entendemos hoy hunde sus raíces en la Ley Dato de 1900, que preveía en su art.5.5 un incremento de la mitad de la indemnización a que tenía derecho el trabajador o sus causahabientes en caso de accidente de trabajo (instaurada por primera vez por esta misma norma), cuando éste se había producido como consecuencia de la ausencia de apartados de precaución en las máquinas o artefactos laborales. Se trataba, por ende, de una mejora de la responsabilidad objetiva, en los casos de

duda, la más coherente con la actual distribución competencial<sup>47</sup>. Pues el presupuesto de ambas consecuencias –sanción/recargo– es el mismo, esto es: el incumplimiento de medidas de seguridad. Ya hemos dicho que ello no significa que tal incumplimiento deba arrojar idéntico resultado –imposición o no– en ambos procesos, pero sí que el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se garantiza debidamente si existe una correspondencia lógica en la apreciación del incumplimiento preventivo, y –en caso contrario– si se motiva correctamente cualquier potencial discrepancia. Aunque ello exija, en cierto modo, desterrar las teorías sobre la posibilidad de imponer el recargo sin que concurran incumplimientos concretos de medidas específicas de seguridad, sino el genérico deber de seguridad, que, vaya por delante, no compartimos.

---

culpa empresarial, cuya procedencia venía sobradamente justificada por la escasa cuantía de las indemnizaciones tasadas y por la ausencia de un sistema de protección social adecuado. Era, por tanto, coherente con las previsiones de responsabilidad empresarial en caso de accidente y con la inexistencia de mecanismos propios de aseguramiento del riesgo. A lo que se sumaba la previsión del art. 16 de la norma, que disponía que las reclamaciones por daños por «hechos no comprendidos» en ella se sustanciarían conforme a derecho común, de lo que cabía deducir que, en caso de recargo, en tanto que ya se trataba de un hecho comprendido en la norma, no cabía reclamación adicional de indemnización por daños. Parte de este sentido originario se atenuó en las normas posteriores, en especial cuando el Decreto de 22 de junio de 1956, de accidentes de trabajo lo calificó expresamente como sanción, prohibiendo su aseguramiento (art. 55). Pero en esos momentos, se deja claro que se trata de una sanción, con todo lo que ello conlleva. En este sentido, B. GUTIERREZ-SOLAR CALVO y J. LAHERA FORTEZA: «Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900», en AA. VV.: «Legislación histórica de previsión social», Thomsom-Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 48-50.

<sup>47</sup> En la propia línea del TC, que imponía un nivel de fundamentación más reforzado aun cuando los hechos probados procedían del mismo orden jurisdiccional, a saber: proceso social sobre determinación de la contingencia generadora de la incapacidad o del fallecimiento y proceso social de recargo (STC 192/2009, 28/2009). No en vano, en estos casos la contradicción de sentencias resultaba aún más censurable, pues suponía la valoración contraria de los mismos hechos por los mismos tribunales.

## 4.2. Interpretación de la jurisprudencia ordinaria. El arte de convertir la excepción en regla

Aunque lógicamente la acatase, de los pronunciamientos de la Sala Cuarta del TS, se desprende cierto recelo hacia esta doctrina constitucional. De hecho, en lugar de apostar con fuerza por la aproximación entre el recargo y la sanción, cuando tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema, el TS cargó las tintas en la admitida posibilidad de alejarse del criterio del orden contencioso, mediante la exteriorización de una motivación suficientemente detallada –en la que se insiste incluso en la STS 25/04/2018–.

Ciertamente, la fundamentación jurídica de los primeros pronunciamientos –TS 13/03/11, Rec. 3779/10 y 10/07/12, Rec. 2980/11<sup>48</sup>– destilaba ya el propósito de otorgar autonomía al juicio de recargo, desligándolo del procedimiento sancionador, en lugar de procurar la mayor aproximación posible, que postulaba el TC al insistir en lo difícil que debía resultarle al juez social justificar un alejamiento de la convicción sobre la sanción<sup>49</sup>. En efecto, esta

---

<sup>48</sup> Doctrina que recoge también la TS 29/10/12, Rec. 1202/11, pero en obiter dicta.

<sup>49</sup> De hecho, según se expone en la TC 21/2001, esta aproximación es la única absolutamente coherente con la doctrina jurisprudencial social, en el bien entendido que cuesta entender cómo puede el juez social «apartarse de la valoración que sobre la infracción de medidas de seguridad alcanzó el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al enjuiciar la sanción impuesta a la empresa recurrente en amparo, más aún si tenemos en cuenta que la doctrina jurisprudencial viene exigiendo, como requisito determinante de la responsabilidad en el accidente, que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso». La admisión del desplazamiento del criterio de otro órgano judicial se había tolerado más bien con otro sentido. Decía el TC que «de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, unos mismos hechos, cuando la determinación de los mismos exija una previa calificación jurídica, puedan ser apreciados de forma distinta en diferentes resoluciones judiciales sin incurrir por ello en ninguna vulneración constitucional si el órgano judicial que se aparta de la apreciación de los hechos efectuada anteriormente en otra

posibilidad de distanciamiento aceptada por el TC se presentaba como algo absolutamente excepcional<sup>50</sup>, que el TS terminó convirtiendo en regla general.

Es cierto que en estos dos primeros casos se discutía si era posible imponer un recargo de prestaciones cuando el orden contencioso-administrativo había anulado la sanción impuesta a la empresa, y en ambos casos la sentencia recurrida había fundamentado su decisión de apartarse de la sentencia contenciosa, mientras que la sentencia de contraste había apostado por la aplicación directa de aquella sin valoración de ningún tipo, dando por sentado que si no había sanción no cabía recargo. Y lo que reprueba la Sala es esta aplicación automática de la sentencia contencioso-administrativa. Pero una lectura más detenida de ambas resoluciones, permite adivinar entre líneas la preferencia por la autonomía del recargo<sup>51</sup>. Preferencia que solidifica la TS

resolución judicial expone de modo razonado los motivos por los que lleva a cabo esa diferente apreciación de los hechos». En este sentido: STC 192/2009 (sentencia social de recargo que contradice un hecho declarado probado en previas sentencias firmes sobre calificación de la contingencia determinante de incapacidad permanente absoluta); STC 34/2003 (sentencia contencioso-administrativa que da por acreditada una relación laboral con fines de alta en la seguridad social, sin contradecir dos fallos previos que habían anulado sanciones administrativas); y STC 151/2001 (sentencia que deniega la rescisión de un contrato, por previo despido, contradiciendo una previa sentencia firme que había declarado subsistente la relación laboral).

<sup>50</sup> STC 139/2009, de 15/Junio, FJ 5, no relativa al recargo.

<sup>51</sup> Así, en ellas se sostiene que «Esta doctrina constitucional, –consistente en esencia en el respeto del principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social pero posibilitando la existencia de pronunciamientos distintos si existe en la ulterior sentencia motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la conclusión contradictoria–, se asume y comparte por esta Sala, por imperativo además de lo establecido en el art. 5.1 LOPJ; y, conforme a la misma, cabe concluir que la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia ahora recurrida, dado que partiendo del mantenimiento del principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social (arg. ex arts. 93.3 y 24 CE y 42.5 LISOS), no obstante contiene un pronunciamiento distinto pero exteriorizándose con una moti-

14/09/16, Rec. 846/15, dictada ya para un supuesto de recargo en el que la sanción había sido conocida por el orden social<sup>52</sup>. Sin duda, esta sentencia merece valoración crítica segregada<sup>53</sup>, pues si bien por justicia, en atención a los hechos concurrentes, la solución del caso pudiera ser la más apropiada, está plagada de aseveraciones de enorme alcance, más allá de las circunstancias fácticas de autos<sup>54</sup>.

vación detallada y suficientemente en la referida ulterior sentencia social el fundamento de la conclusión contradictoria; a diferencia de lo que se efectúa en la sentencia de contraste en la que se aplica de forma automática el principio general de vinculación sin valorar los hechos concurrentes y específicamente probados en el proceso social).

<sup>52</sup> Es más, en este caso se da la paradójica situación de que la sentencia firme que anulaba la sanción había sido dictada por el mismo Juzgado en la misma fecha que la sentencia de instancia del recargo. También llama la atención el hecho de que la Sala sostenga que «el análisis de la contradicción adelanta en este caso el examen sobre el fondo de la cuestión objeto del recurso, por lo que conviene dar respuesta al núcleo de lo planteado partiendo de esa identidad apuntada: esto es, la concurrencia de una sentencia previa que resolvió definitivamente la cuestión de la sanción administrativa y la necesidad o no de seguir fielmente su pronunciamiento cuando se plantea el enjuiciamiento de la responsabilidad por el recargo de prestaciones». Ello pese a que en el caso de referencia se «rechazó que cupiera imponer el recargo de prestaciones de Seguridad Social por cuanto entendía que estaba vinculada por una sentencia dictada en orden contencioso-administrativo anulando la sanción administrativa impuesta previamente a la empresa, como por otra sentencia del orden jurisdiccional social que había analizado el mismo accidente que afectó a otro trabajador de la misma empresa y en las que se hacía constar que la causa del accidente era ajena a la empresa pues obedecía a un defecto de fabricación de la plataforma que provocó el siniestro».

<sup>53</sup> Un extenso comentario de esta sentencia puede verse en P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: «A los ojos del Derecho un hecho no puede existir y no existir a la vez, ¿o sí? el curioso caso del recargo de prestaciones», Trabajo y Derecho, nº 26, 2017, pág. 77-90.

<sup>54</sup> Es cierto que la sentencia sustenta la procedencia del recargo en que la sentencia que anuló la sanción administrativa afirmaba que el accidente se había producido por el fortuito desprendimiento de una roca debido a la inestabilidad no visible del talud, sin embargo en el pleito sobre el recargo queda acreditado que ni se había dado formación e información al trabajador sobre el riesgo de su actividad, ni se había establecido por la empresa un sistema de prevención adecuado del riesgo de deslizamiento y desprendimiento de tierras y rocas en el talud existente sobre el lugar de trabajo, tales como los que se implantaron después del accidente. Pero si esta era la convicción hubiese bastado con aferrarse a la doctrina precedente

Para la Sala la clave del debate procede de la confusión terminológica entre el «incumplimiento» al que se refiere el art. 164 LGSS y la «infracción» que regla la LISOS, en el bien entendido que la infracción supone el incumplimiento de las obligaciones legalmente impuestas, pero no todo incumplimiento dará lugar a una infracción, que, como tal, exige de la necesaria tipicidad; «bastando para el recargo con que exista un incumplimiento empresarial en materia de obligaciones de seguridad». Es cierto que, en el plano teórico, no hay identidad absoluta entre la infracción determinante de la sanción y el incumplimiento de medidas de seguridad que pueda acarrear el reconocimiento de un recargo de prestaciones, en la medida en que el art. 164.1 LGSS no alude expresa y tajantemente a la existencia de una infracción administrativamente punible. Pero no lo es menos que el apartado tercero del art. 164 LGSS sí alude a la existencia de una infracción, utilizando precisamente esta expresión, cuando dice que la responsabilidad por el recargo «es independiente y compatible con las de otro orden, incluso penal, que pudieran derivarse de la infracción», como si quisiera dar por sentado que la imputación de responsabilidad empresarial requiere en todo caso de la concurrencia de una «infracción», no sólo de un mero «incumplimiento».

Como fuere, la disociación plena entre ambas instituciones, que la sentencia parece proponer, resulta cuando menos inquietante desde la perspectiva de la seguridad jurídica, en especial cuando sostiene que pudieran existir incumplimientos determinantes del accidente que por falta de tipicidad no determinen la imposición de una sanción administrativa, y que «la propia existencia de un daño puede evidenciar el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado; no en vano, el art. 95.2 LRJS [96.2 se entiende] establece que en los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción

del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor que excluya o minore esa responsabilidad». Entre líneas se puede adivinar una turbadora apuesta por la suficiencia de un incumplimiento del deber genérico de protección para la imputación del recargo.

En todo caso, lo que queda fuera de toda duda es que la sentencia resta relevancia a la unidad de criterio sobre todas las consecuencias del infortunio profesional. No en vano, la resolución cierra su argumento desterrando cualquier efecto de cosa juzgada entre la sanción y el recargo, sobre la base de que se trata de procesos diferentes, diciendo expresamente: «sin que quepa aplicar aquí la figura de la cosa juzgada, como también señala la parte recurrente, puesto que la ley, por la vía del ya citado art. 42 LPRL [art. 45.2 LISOS, hoy], intenta lograr soluciones lo más próximas posibles en cuanto a la fijación de los hechos. Sin embargo, el que los hechos sean los mismos –y se aceptaren incluso los que se declaren probados en la sentencia que resuelve sobre la sanción administrativa– el examen de los mismos a los efectos de la norma a aplicar en el caso del recargo permite sostener la responsabilidad de la empresa en materia de prestaciones pese a haberse considerado que aquellos hechos no encajan en el tipo legal de la sanción impuesta por la Administración». Ya dijimos que el propio TC admite que no haya identidad en el fallo, pero también destaca lo complejo que puede resultar justificar cualquier disparidad de criterio. No se olvide que, si en la evaluación administrativa de la conducta se llega al convencimiento de que no se ha producido una infracción de medida de seguridad que resulte punible –no hablamos de los casos en los que la ausencia de condena trae causa en otras razones propias del proceso sancionador–, ¿en qué incumplimiento podrá sustentarse el recargo?, ¿en uno de alcance menor o simplemente genérico?

Las incertidumbres que la resolución anteriormente comentada generaba se in-

sobre la posibilidad de motivada desviación de la apreciación sobre la sanción administrativa.

crementaron luego con las afirmaciones contenidas en otras sentencias posteriores, en particular, en la de 14/03/17, Rec. 1083/15, en la que, de nuevo, sin perjuicio de la justicia material que pueda estar detrás, se contienen afirmaciones de considerable trascendencia y de alcance general, no circunscritas al caso. En ella el debate traía causa en la pretensión empresarial de que, si se le había impuesto una sanción por una infracción grave, el porcentaje del recargo no se elevase al importe máximo –por aparente lógica, reservado a las infracciones muy graves, en tanto que ha de encajar en un abanico que va del 30 al 50%–. Y lo que viene a sostener la Sala es que la gravedad con la que se califique el incumplimiento empresarial de medidas de seguridad no repercute en el porcentaje del recargo. Aunque pudiera pensarse que esta convicción en realidad no es novedosa, lo cierto es que supone un paso más en la desvinculación de pronunciamientos judiciales.

No hay que olvidar que a la hora de fijar el porcentaje del recargo la propia Sala ha estado desde hace mucho tiempo a la consideración de la mención legal (hoy en el art. 164.1 LGSS) a la «gravedad de la falta» en que hubiera incurrido la empresa en cuestión, como directriz general para la concreción recargo<sup>55</sup>. Criterio que se traducía en la atribución de un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la cuantía porcentual, pero con posibilidad de revisión cuando el recargo impuesto no guardase manifiestamente proporción con esta directriz legal, lo que a entender de la Sala ocurría «cuando se fija la cuantía porcentual mínima para infracción muy grave, o cuando el porcentaje establecido es el máximo y la falta cometida, por su entidad o por sus circunstancias,

no merece el máximo rigor sancionador»<sup>56</sup>. Aunque no se establecía en esta jurisprudencia una correlación absoluta entre la gravedad de la sanción administrativa y el porcentaje del recargo, sí parecía deducirse de ella la conveniencia de que el juzgador de instancia garantizase cierta correspondencia entre ambas consecuencias del accidente.

Ahora, esta conveniente proximidad, se desvanece en tanto que la sentencia antes citada –de 14/03/17, Rec. 1083/15–, aunque sin demasía de argumentos, mantiene con rotundidad que «no existe supeditación para la autoridad judicial a la graduación de las infracciones sino que la norma le confiere la facultad de fijar el recargo en valores comprendidos entre el 30% y el 50%, rigiéndose exclusivamente por los parámetros que el precepto señala». A lo que se añade que, aunque cabe acudir como criterio orientativo a la LISOS como norma rectora de la graduación de las faltas, ésta produce sus consecuencias al margen del recargo, pudiendo,

<sup>56</sup> Este mismo criterio ha sido empleado recientemente también en la sentencia de 23/02/17, Rec. 2066/15, pero en esta ocasión para casar la sentencia de suplicación, que, a su vez, había rebajado del 50% al 40% el recargo de prestaciones impuesto en instancia (que, a su vez, había confirmado el inicialmente fijado por el INSS), para una trabajadora de Uralita. En particular, en este caso lo que hace la Sala es considerar que el criterio de suplicación –que había interpretado la «gravedad de la falta», entendiéndolo que debía atenderse al hecho de que entonces (años 40-50) «no existía ni el conocimiento exacto de la peligrosidad de la enfermedad, ni las normas preventivas... exigieran un nivel de protección como el que posteriormente se impuso»–, «no se compadece con los análisis que, sobre las gravísimas dolencias causadas por el empleo del amianto durante aquellos años, ha efectuado esta Sala», valoraciones de las que se deduce la gravedad de la infracción empresarial. En otras palabras, no se discute en esta sentencia la vinculación entre el porcentaje de recargo y la gravedad de la sanción administrativa, sino que, en el fondo, simplemente se recuerda que la Sala ya ha valorado la gravedad de aquella conducta y que no se puede ahora rebajar aquella valoración (igual que se había sostenido ya en la sentencia de 26/04/16, Rec. 149/15). Aunque a ello se añade «... incluso al margen de que esa calificación jurídica hubiera sido establecida o no en una resolución administrativa y sancionadora ad hoc». Afirmación que no debe ser sacada de contexto, pues en estos otros pleitos no se discutía, en realidad, la existencia de una necesaria vinculación entre la calificación jurídica de la conducta en el procedimiento sancionadora y en el de recargo.

<sup>55</sup> Criterio inicialmente fijado en sentencia de 19/01/96, Rec. 536/95, y que se ha reiterado en otras, como las de 4/03/2014, Rec.788/13, 17/03/2015, Rec. 2045/14 y 26/04/16, Rec. 149/15.

por tanto, atenderse a otros criterios de gravedad, tales como la peligrosidad de las actividades en las que se producen los hechos y el número de los trabajadores afectados. Siendo posible que conforme a estos otros parámetros de valoración se llegue a la convicción de que la falta podría haber sido calificada de muy grave –aunque no se hubiese calificado como tal en el procedimiento sancionador–, pues «... no es la hipotética calificación de la falta la que conduce a la fijación del recargo en la cuantía discutida sino la valoración de las circunstancias que concurrieron en el accidente unida a la facultad conferida por el artículo 123.1 de la LGSS [hoy art. 164] sin supeditación a la calificación de la falta». Dicho de otro modo, para la jurisprudencia la expresión «gravedad de la falta», no es utilizada como sinónimo de calificación conforme a las normas que rigen la potestad sancionadora en el orden administrativo, sino como directriz general dentro de la que el juzgador podrá actuar empleando los parámetros de la LGSS.

Quede claro que no somos de la opinión de que deba existir una correspondencia matemática y automáticamente entre la gravedad de la infracción apreciada para la sanción administrativa –que se rige por sus propios principios y tipos–, y el porcentaje del recargo. Es obvio que cada materia tiene su espacio. Pero tampoco parece razonable, entendemos, aislarlos en compartimentos estancos, pues, aunque parece olvidarlo con frecuencia el TS, el art. 164.3 LGSS, como ya se dijo, alude a la «infracción», que, se quiera o no, guarda necesariamente relación con la sanción administrativa de la conducta empresarial. Máxime cuando el art. 39.3 de la LISOS contiene criterios de graduación de las faltas, específicos para las infracciones preventivas, y que son, en parte, a los que se refiere la sentencia comentada<sup>57</sup>. Criterios que sirven, una vez ti-

pificada la infracción como leve, grave o muy grave, para graduar su calificación –mínima, media, máxima–. Es una obviedad que la seguridad jurídica que reporta una tipificación de las consecuencias de las conductas sancionables, conforme a criterios objetivos y conocidos con anterioridad, tiene una utilidad que no cabe negar, ya sea para la imposición de una multa, ya sea para la imputación de una responsabilidad económica anudada a una prestación de Seguridad Social. Volveremos sobre ello al final de este comentario.

#### 4.3. ¿Supone la STS 25/04/2018, Rec. 711/16, un cambio de doctrina?

Hasta la fecha el criterio de desvinculación entre el recargo y la sanción por el que había apostado la Sala, tal como resulta de las sentencias comentadas, era firme y consecuente con la apreciación de la inexistencia de efecto de cosa juzgada entre ambas. Sin embargo, puede que la situación varíe a raíz de la STS 25/04/2018 –publicada, por cierto, tras el cierre de este trabajo, lo que ha obligado a un reajuste de última hora–. Esta sentencia aprecia de oficio efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia social firme que anula la sanción administrativa impuesta a la empresa en el pleito de recargo, que se había impuesto a la empresa.

Ello, lógicamente, porque valora la innegable conexión entre la sanción y el recargo que

o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades; c) La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias; d) El número de trabajadores afectados; e) Las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos; f) El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos a que se refiere el artículo 43 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; 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 para la corrección de las deficiencias legales existentes; h) La conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales».

<sup>57</sup> Así se dispone en este precepto que «En las sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, a efectos de su graduación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo; b) El carácter permanente

hemos venido sosteniendo a lo largo de este ensayo, pero también por la singularidad del caso, en tanto que se había impuesto el recargo y mientras se resolvía su impugnación judicial, en la sentencia firme dictada en el pleito de la sanción se declaró probado que el accidente se debía debido a imprudencia del trabajador (la sentencia sostiene que fue imprudencia temeraria).

No obstante, sería precipitado sostener que con ella se pone fin a la doctrina previa analizada en los apartados anteriores y se asume como correcta la tesis que aquí mantenemos. Y ello por varias razones, de las que no cabe prescindir, a saber: la sentencia señalada no advierte que rectifique doctrina previa; no se ha dictado en Sala General, como viene siendo costumbre cuando se produce un cambio de criterio jurisprudencial (aunque es cierto que la de 14/09/16 tampoco era de Sala General); y, además, es la única que aprecia expresa y claramente, además de oficio, este efecto de cosa juzgada, con lo que no puede aún calificarse de jurisprudencia en sentido estricto. A ello se suma la circunstancia de que reproduce (haciendo propios) fragmentos de la sentencia de 14/09/16, Rec. 846/15 –en lo relativo a la diferencia entre el incumplimiento y la infracción–, resolución que, como se ha dicho, descarta el efecto de cosa juzgada entre la sanción y el recargo. Y, además, abre otras nuevas incógnitas, tales como si procede mantener la doctrina de la no suspensión del pleito de recargo cuando se abre procedimiento sancionador, si ha recuperado fuerza la faz sancionadora del recargo, con lo que ello conlleva; si este efecto se produce también en el sentido inverso, esto es: si resuelto antes de forma firme el pleito de recargo, el referido a la sanción queda vinculado de algún modo; o si esta apreciación tiene repercusión en el procedimiento de indemnización por daños (en tanto que se aprecia efecto de cosa juzgada entre el recargo y la indemnización).

Así las cosas, será preciso esperar a que vuelva a plantearse el tema en la Sala o a que se susciten estas otras cuestiones, para que finalmente pueda llegarse a una convicción sobre la existencia o no de un cambio efectivo

de criterio. Cambio por el que, sin duda, apostamos.

## 5. FRENTE A RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS ¿QUÉ OPCIONES TIENE EL JUSTICIABLE?

Si finalmente el criterio de la STS 25/04/2018 se confirma, se evitarán futuras contradicciones. Pero ello no obvia el hecho de hasta esta sentencia, el TS había apostado, por diversas vías, por no ligar el recargo a la sanción, lo que abocaba, como venimos advirtiendo a lo largo de este trabajo, a la aparición de resoluciones contradictorias, por ejemplo, porque se imponía un recargo cuando en el pleito sancionador se llegaba al convencimiento de que el empresario no había incurrido en ninguna infracción de medidas de seguridad, o cuando el porcentaje de recargo se fijaba en un 50% y la sanción impuesta se calificaba con la menor gravedad. Aunque para algunos esta circunstancia no parece merecer la consideración de contradicción preocupante, resulta difícil explicar al empresario que ha de soportar la elevada carga económica del recargo –que representará entre el 30 y el 50% del importe de una pensión que con frecuencia será vitalicia y que ha de capitalizar– aunque su comportamiento no tenga encaje en un tipo sancionable, con la inseguridad jurídica que ello genera, y, además, que no puede asegurar ese riesgo. O viceversa: al trabajador o sus causahabientes que no tienen derecho al recargo pese a que ha quedado probado que el empresario ha cometido una infracción grave o muy grave de las medidas de seguridad que ha merecido sanción administrativa. En tal tesitura ¿qué opciones le quedan al justiciable para procurar una reparación de este obvio desequilibrio? Siempre a salvo, como es obvio, del derecho de la parte afectada por la existencia de resoluciones contradictorias de acudir al TC en amparo por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos en los que se acudió en su día en los supuestos en los que tuvo causa la doctrina examinada sobre el alcance del art. 42.5 LISOS.

## 5.1. Revisión de sentencia firme de recargo con base en posterior resolución sancionadora firme

La posibilidad de revisar sentencias firmes, que se formula en el art. 510 LECv al que remite el art. 236.1 LRJS, es un recurso absolutamente excepcional, al constituir una quiebra del principio de autoridad de la cosa juzgada (art. 222 LECiv)<sup>58</sup>. Por ello el juicio de revisión no puede exceder de los estrictos límites que tiene legalmente demarcados, pudiendo únicamente ser pretendido a través de las causas previstas en la Ley, que se configuran como «*numerus clausus*» o «tasadas», imponiéndose, por ende, «una interpretación restrictiva y rigurosa tanto de sus causas, como de sus requisitos formales». En síntesis, no se trata de corregir sentencias supuestamente injustas, sino de rescindir las ganadas injustamente<sup>59</sup>.

Desde esta perspectiva su empleo para solventar una contradicción de resoluciones en materia de recargo se vuelve una tarea harto compleja, como se verá a continuación<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Esa excepcionalidad determina que no sea posible, a través de la revisión, reenjuiciar la situación fáctica que contempló la resolución atacada (STS 16/06/92 –rev. 1525/91; 04/07/01 –rev. 3271/00; 19/06/02 –rev. 88/01; 06/11/02 –rev. 1118/01; 06/10/03 –rev. 39/02; 08/07/04 –rev. 37/03; 27/01/05 –rev. 4/04; 24/05/05 –rev. 1/2003; 14/03/06 –rev. 17/05; 24/07/06 –rev. 35/05; 28/06/07 –rev. 10/04; 31/01/11 –rev. 5/10).

<sup>59</sup> Véanse, entre otras muchas, TS 03/03/06 –rev. 19/04; 14/03/06 –rev. 17/05; 28/06/07 –rev. 10/04; 20/07/06 –rev. 25/05; 24/07/06 –rev. 35/05; 15/02/07 –rev. 15/03; 24/10/07 –rev. 22/06; 24/10/07 –rev. 19/06; 28/06/07 –rev. 10/04; 06/11/07 –rev. 26/06; 04/06/08 –rev. 15/07; 10/07/08 –rev. 25/06; 22/04/09 –rev. 19/08; 20/10/09 –rev. 4/08; 18/01/10 –rev. 6/09; 27/04/10 –rev. 22/09; 06/07/10 –rev. 7/06; 22/07/10 –rev. 26/09; 20/12/10 –rev. 2/10; 31/01/11 –rev. 5/10; 04/10/11 –rev. 34/10; 03/11/11 –rev. 7/11; 06/02/12 –rev. 33/10; 23/04/12 –rev. 38/10; 31/05/13 –rev. 40/11; 28/01/14 –rev. 3/12; 25/03/14 –rev. 38/12; 24/04/14 –rev. 8/13; 06/05/14 –rev. 5/13; 08/05/14 –rev. 12/13; 05/06/14 –rev. 9/13; 23/07/14 –rev. 30/13; 26/09/14 –rev. 31/13; 10/11/14 –rev. 9/14; 11/11/14 –rev. 33/13; 13/11/14 –rev. 16/12; 27/03/15 –rev. 38/13; 09/06/16 –rev. 30/14; 25/01/17 –rev. 29/15; 06/02/17 –rev. 16/14; 09/03/17 –rev. 31/14; 09/03/17 –rev. 19/15; 05/04/17 –rev. 53/15; 25/04/17 –rev. 19/16.

<sup>60</sup> Sobre toda esta problemática, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN y L.F. DE CASTRO FERNÁNDEZ, El accidente de trabajo. Procedimien-

### 5.1.1. Revisión por sentencia penal

Como se sabe, el art. 86.3 LRJS abre las puertas a la posibilidad de revisar una sentencia social firme con base en una sentencia penal posterior, igualmente firme. Pero exige para ello la concurrencia de una «sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo». Es decir, para que se produzcan los efectos revisorios de la prejudicialidad penal es preciso que la contradicción entre la resolución penal y la sentencia firme laboral afecte al hecho en sí y a su existencia, o a la conducta participativa del sujeto, no bastando la mera existencia de conclusiones fácticas diversas<sup>61</sup>. No en vano, operan sobre culpas distintas y manejan de forma diferente el material probatorio<sup>62</sup>.

Llevado al terreno que aquí interesa, la existencia de un proceso penal sobre el accidente de trabajo, podría, en hipótesis, justificar la formulación de una demanda de revisión de la sentencia social si tras la condena firme al recargo se dicta sentencia penal absolutoria. Para ello sería imprescindible que en el proceso penal se absolviese al empresario bien porque no ha habido incumplimiento alguno de medidas de seguridad –que el incumplimiento no alcance la gravedad precisa para una condena penal no significa que no la alcance para la imposición del recargo–; bien porque el incumplimiento determinante del accidente sea imputable a otra persona. Siempre, en este último caso, que la imputación a tercero de la

tos administrativos y soluciones procesales, El Derecho-Lefebvre, Claves prácticas, 2018 (último capítulo).

<sup>61</sup> TS 29/09/10 –rev. 3/10; 27/09/11 –rev. 12/11; 24/04/14 –rev. 8/13; 18/07/12 –rev. 42/11; 03/02/16 –rev. 33/14; 29/04/16 –rev. 10/15. De otro modo, se quebrarían en el proceso social los importantes principios procesales y las garantías y seguridades que lo rigen, resultando altamente dañada la santidad de la cosa juzgada de las sentencias recaídas en este orden jurisdiccional social, y quedando éste configurado como una estructura procesal subordinada y dependiente del proceso penal, lo cual no puede admitirse (TS 27/09/10 –rev. 3/10; 18/07/12 –rev. 42/11; 03/02/16 –rev. 33/14).

<sup>62</sup> TC 24/1984, de 23/Febrero; 62/1984, de 2/Mayo; y 63/1985, de 8/Marzo; TS 07/02/07 –rev. 19/05.

infracción no quede sujeta a las reglas de responsabilidad que permiten la amonestación también del empresario en cuestión. No cabría en ningún caso una revisión por sentencia absolutoria por falta de pruebas, por el juego de la presunción de inocencia, en tanto que este principio no tiene cabida en el recargo de prestaciones<sup>63</sup>. Téngase en cuenta, de otra parte, que este cauce de revisión del recargo podría abrirse también para los supuestos en los que la imposición del mismo se ha fundamentado en un testimonio que luego en vía penal es declarado falso (art. 510.3 LECv)<sup>64</sup>.

En todo caso, esta excepcional regla de revisión no puede servir para fundamentar la pretensión inversa, esto es: denegación de recargo en la vía social con posterior condena penal al empresario *ex art.* 316 o 317 CP (infracción muy grave de las medidas de seguridad con puesta en peligro de la vida o la integridad de los trabajadores), por homicidio –si el accidente provoca el fallecimiento del trabajador, en caso de imprudencia leve *ex art.* 142.2 CP; si media imprudencia grave *ex art.* 142.1 CP– o por lesiones –en caso de no producirse la muerte, pero sí lesiones o generación de enfermedades, si concurre imprudencia leve *ex art.* 152.2 CP, en caso de imprudencia grave *ex art.* 152.1 CP–. No hay que olvidar que el precepto alude sólo a la sentencia absolutoria. Aunque quizá convendría una reforma legal para corregir esta incoherencia<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> TS 07/02/07 –rev 19/05; 04/12/07 –rev. 8/06; 27/04/10 –rev. 11/09; 06/05/11 –rev 31/10; 17/06/13 –rev 10/12, 10/06/14 –rev 19/13; 24/09/14 –rev 18/12; 11/11/14 –rev 6/14; 27/01/15 –rev 28/13; 31/03/16 –rev 3/15; 30/03/16 –rev 13/14.

<sup>64</sup> Así se ha admitido por el TS que rescinde la sentencia que había reconocido derivado de accidente de trabajo un proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la condena por falso testimonio que privaba de base fáctica a aquel reconocimiento (TS 24/01/17 –rev 7/15).

<sup>65</sup> Así se ha hecho ver respecto del despido: «... lo que el legislador desea impedir es que se pueda despedir precedentemente a un trabajador por la comisión de un hecho que –según se demuestra en vía penal posteriormente (de ahí que el único remedio sea la revisión)– en realidad no ha cometido. Pero no contempla el caso contrario, que es el de autos: que tras haber sido declarado improcedente un despido, posteriormente se declare procedente al haberse probado en vía penal que el

### 5.1.2. *Revisión por sentencia firme sobre sanción administrativa*

Si la posibilidad de revisar sentencias sociales firmes ya resulta compleja con base en sentencias del orden penal, para el resto es prácticamente inviable, en la medida en que nuestro ordenamiento no contiene ninguna previsión similar a la del art. 86.3 LRJS para otros órdenes jurisdiccionales, ni siquiera para sentencias del mismo orden social. Lógicamente, esto cierra totalmente las puertas a la posibilidad de revisar una sentencia de recargo con base en una sentencia posterior –en su día contencioso-administrativa, hoy social– sobre la procedencia o no de sanción administrativa por el accidente de trabajo.

La única vía posible sería la consideración de dicha sentencia como documento decisivo recobrado u obtenido con posterioridad, pero este supuesto al que alude el art. 510.1.1º LECv, exige que de dicho documento «... no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado». Condición que no cabe atribuir a una sentencia, especialmente si es posterior<sup>66</sup>

trabajador había cometido él o los hechos por los que fue despedido. Es posible que el precepto así concebido mereciera una reflexión de cara a una posible modificación de lege ferenda. Pero lo cierto es que la doctrina de esta Sala Cuarta es terminante en el sentido de exigir el cumplimiento riguroso y literal de lo legalmente establecido para poder proceder a la revisión de una sentencia firme» (TS 24/04/14 –rev 8/13).

<sup>66</sup> Es doctrina jurisprudencial consolidada que los documentos a que hace referencia el art. 510 LECv «han de ser de fecha, necesariamente, anterior a la propia de la sentencia que se pretende revisar, pues este es el sentido literal y lógico que hay que dar al verbo 'recobrar', desde siempre utilizado en la redacción de este motivo revisorio de sentencias firmes. Es cierto que la modificación operada en la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil agregó al expresado verbo el de 'obtener', pero esta inclusión normativa no puede desnaturalizar la propia esencia del proceso judicial de revisión que constituye una excepción a los principios de seguridad jurídica y santidad de la cosa juzgada que debe comportar toda sentencia que haya adquirido firmeza». En general, TS 14/04/00 –rev. 1321/99; 10/04/00 –rev. 1043/99; 25/09/00 –rev. 3188/99; 27/02/01 –rev. 1318/00; 15/03/01 –rev. 1265/00; 27/07/01 –rev. 3844/99; 05/12/01 –rev. 2614/00; 26/04/02 –rev. 482/01; 26/04/02 –rev. 480/01; 26/04/02 –rev. 483/01; 9-9-2002

—aunque excepcionalmente se haya aceptado para otras materias—<sup>67</sup>. Lo que a la postre frustra cualquier propósito de revisión de la sentencia social de recargo por el juego de una sentencia sobre la sanción administrativa, con independencia de lo que se haya acreditado en dicho pleito.

Así lo ha entendido el TS al sostener que «... no existe norma legal de ningún tipo que imponga la prevalencia de una de esas sentencias sobre la otra [contenciosa y social, sobre el mismo AT], ni existe razón de clase alguna en la que se pueda fundar tal prevalencia. Ni la sentencia del Orden jurisdiccional social se impone o predomina

—rev. 1106/01; 04/11/02 —rev. 11/00, 12/11/02 —rev. 3372/99; 26/02/03 —rev. 12/02; 22/12/03 —rev. 24/03; 03/03/04 —rev. 23/03; 26/04/05 —rev. 20/04; 09/06/05 —rev. 7/04; 03/02/06 —rev. 12/05; 03/03/06 —rev. 19/04; 30/05/06 —rev. 29/05; 26/11/09 —rev. 10/09; 02/12/08 —rev. 20/07; 02/02/17 —rev. 58/15; 25/04/17 —rev. 19/16; 15/06/17 —rev. 6/16. Y, concretamente, para sentencias posteriores a la recurrida, TS 17/01/97 —rev. 4090/95; 06/02/97 —rev. 577/96; 07/12/99 —rev. 74/99; 14/04/00 —rev. 1321/99; 13/06/00 —rev. 1472/99; 15/03/01 —rev. 1265/00; 20/11/01 —rev. 3325/00; 01/02/02 —rev. 2558/00; 26/04/02 —rev. 483/01; 05/05/03 —rev. 4/02; 23/12/03 —rev. 54/02; 15/10/04 —rev. 17/03; 26/11/04 —rev. 46/03; 07/02/05 —rev. 56/03; 10/10/05 —rev. 1/05; 02/11/05 —rev. 38/04; 03/03/06 —rev. 19/04; 01/06/07 —rev. 11/06; 05/06/07 —rev. 15/07; 24/07/06 —rev. 35/05; 04/12/07 —rev. 8/06; 22/04/09 —rev. 19/08; 26/05/09 —rev. 7/08; 29/05/08 —rev. 2/07; 18/01/10 —rev. 6/09; 07/06/12 —rev. 1/11; 21/12/12 —rev. 14/10; 09/06/14 —rev. 32/12; 20/10/16 —rev. 16/13.

<sup>67</sup> Se ha sostenido por el TS que, tras una «interpretación integradora de artículo 510.1 de la LEC», se ha de considerar como documento habilitante del recurso de revisión una sentencia del orden contencioso-administrativo posterior a la social que se pretende rescindir, porque resulta, «sin duda, decisivo para la resolución del caso, al evidenciar que la demandante reunía los requisitos para la concesión de la prestación por desempleo, pues acreditando los requisitos de alta y cotización suficiente para el derecho a dicha prestación, únicamente le fue denegada, por razón de carecer en la fecha del hecho causante de la prestación, del permiso de residencia en España, al haberle sido denegada en vía administrativa la pertinente autorización, resolución denegatoria impugnada en vía judicial; cuestión ésta, resuelta en sentido afirmativo favorable para la demandante, por la mencionada sentencia —dictada con posterioridad a la del orden social— que anulando la señalada resolución administrativa, le reconoció el derecho a obtener la autorización instada, y resolución judicial que fue ejecutada por la Administración con efectos retroactivos a la fecha de la solicitud» (TS 28/01/14 —rev. 3/12).

sobre la del Orden contencioso, ni esta prepondera sobre aquélla. Cada una de esas sentencias produce plenos efectos dentro de su respectivo campo de acción, pero no existe ni la más mínima base para rescindir una de ellas en función de que la otra mantiene una conclusión contraria»<sup>68</sup>. Ni siquiera cuando se ha impuesto el recargo y en el pleito sobre la sanción se prueba la exclusiva culpa del trabajador en la producción del accidente<sup>69</sup>.

De todo ello se deduce que el «... distinto enjuiciamiento de unos mismos hechos que llevan a cabo dos sentencias firmes distintas, constituye [...] una grave patología jurídica, pero hoy por hoy en nuestro ordenamiento no existen remedios que den solución a tal anomalía»<sup>70</sup>. Afirmación que, desde luego, sacia mal los anhelos de seguridad jurídica del justificable.

<sup>68</sup> TS 02/10/06 —rev. 41/05; 21/12/12 —rev. 14/10; 26/09/14 —rev. 31/13; 09/03/17 —rev. 31/14.

<sup>69</sup> En la TS 02/10/06 —rev. 41/05, precisamente a propósito de una pretensión revisoria en la que se invocaba una sentencia de lo contencioso-administrativo, anulando la sanción administrativa que se había impuesto a la empresa por infracción de las normas de prevención de riesgos, al declarar que el accidente de trabajo se debió a la culpa exclusiva del trabajador. En ella se descarta la consideración como documento «obtenido» del art. 510.1 LEC en relación con una anterior sentencia firme del orden social que había confirmado la imposición a la empresa del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

<sup>70</sup> Así lo ha sostenido el TS, añadiendo que «menos aún cabe acudir al proceso de revisión pues dicho grave supuesto no es ninguno de los previstos en el art. 510 de la LEC»; y «la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo no es, en forma alguna, un documento recobrado u obtenido de los que prevé el número 1 de dicho art. 510, en relación con la sentencia del Juzgado de lo Social; como tampoco lo sería ésta en relación con aquélla. Téngase en cuenta además que el dato que una de esas sentencias sea posterior en el tiempo a la otra, carece por completo de relevancia a estos efectos» y «Esta imposibilidad de predominio de una de esas sentencias sobre la otra, se mantendría plenamente aunque la discordancia entre ellas se centrara sobre los hechos declarados probados por una y otra, puesto que pueden ser distintas las pruebas practicadas en uno y otro litigio y también puede ser dispar el criterio valorativo del Juez que enjuicia unas y otras pruebas» (TS 02/10/06 —rev. 41/05; 21/12/12 —rev. 14/10; 26/09/14 —rev. 31/13; 10/11/14 —rev. 9/14; 09/03/17 —rev. 31/14).

Aunque tal como se diseña legalmente hoy el recurso de revisión su juego para lo que aquí interesa puede resultar prácticamente imposible, a nadie se le escapa la conveniencia de buscar un mecanismo de corrección, al menos para los casos más sangrantes, que, desde luego, pueden producirse en ambas direcciones, esto es: sentencia firme del orden social que condena a la empresa al recargo pese a haber quedado probada en el procedimiento sancionador su ausencia de culpa; y denegación de recargo y posterior sanción al empresario por infracción grave o muy grave de medidas de seguridad. La justificación en estos casos de que cada una de esas sentencias produce plenos efectos dentro de su respectivo campo de acción, sin que exista ni la más mínima base para rescindir una de ellas en función de que la otra mantenga una conclusión contraria, especialmente hoy que ambas emanan del mismo orden jurisdiccional<sup>71</sup>, es, como se ha dicho, poco acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva. Y la alusión a la inexistencia de remedios judiciales que permitan solucionar esta patología, no parece ser la respuesta más satisfactoria.

## 5.2. El efecto de cosa juzgada como la solución más apropiada

Tal como se acaba de ver puede ser difícil buscar en el recurso extraordinario de revisión la satisfacción a la anomalía que genera, se quiera o no, la existencia de sentencias contradictorias sobre el mismo hecho, pues ciertamente «... al no haber tenido el Tribunal la posibilidad de conocer tal documento por inexistente no puede imputarse a su sentencia la condición de 'injusta' a estos efectos»<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> TS 21/01/16 –rev 25/15; 28/09/16 –rev 25/15; 20/10/16 –rev 17/15; 20/10/16 –rev 26/15; 19/01/17 –rev 16/15.

<sup>72</sup> TS 01/06/07 –rev. 11/06; 05/06/14 –rev 9/13. Ya dijimos que el hecho de que una de las sentencias sea necesariamente posterior a la otra, pues éste es el sentido de la revisión, constituye ya por sí solo un impedimento para que esta acción revisoria pueda prosperar, porque la no disposición de tales documentos no puede atribuirse a fuerza mayor o a actuación

Por ello, resulta imprescindible optar por una solución que evite plantearse la necesidad de revisar una sentencia firme. A nuestro entender esta solución está en la apreciación de cosa juzgada. Efecto positivo de cosa juzgada que se ha atribuido a los pleitos de indemnización por daños –tanto la sentencia de recargo respecto de la de indemnización<sup>73</sup>, como a la inversa<sup>74</sup>–, y no simplemente respecto del relato fáctico, sino en cuanto a la relación de causalidad entre la infracción y el daño<sup>75</sup>. Así, respecto del recargo y la indemnización se mantiene por el TS que «si el presupuesto básico para que

impeditiva de la contraparte como el precepto legal exige (TS 16/01/13 –rev. 9/12; 04/06/13 –rev 36/12; 05/06/14 –rev 9/13; 14/04/16 –rev 30/15; 20/04/17 –rev 2/16).

<sup>73</sup> Así, razona la Sala que la sentencia que declaró la procedencia del recargo tiene algún efecto positivo sobre la reclamación de responsabilidad adicional por daños y perjuicios, porque «fue una resolución que decidió sobre el recargo, por lo que tuvo que decidir también sobre la existencia de la relación de causalidad entre el incumplimiento y las lesiones que constituyen el daño derivado del incumplimiento de las normas de prevención» (TS 12/07/13, Rec. 2294/12).

<sup>74</sup> Véase TS 22/06/15, Rec. 853/14; 14/02/18 Rec 205/16.

<sup>75</sup> Particularmente clara en este punto es la TS 14/12/17 Rec 4025/16, que casa la sentencia recurrida, que, aunque tenía expresa referencia y consideración a los hechos de la sentencia firme que mantuvo el recargo, se apartaba de ella al concluir que la empleadora no había incurrido en incumplimiento en materia de prevención y seguridad del trabajador. Considera la sentencia citada que la recurrida no respeta la sentencia firme en materia de recargo que reconoce dicho incumplimiento empresarial, advirtiendo que el hecho de que la empresa hubiera cumplido en gran parte sus obligaciones en materia de vigilancia y protección de la salud, no sirve nada más que para imponer el recargo en su grado mínimo, pero no para exonerar a la empresa totalmente. También merece particular consideración la TS 14/02/18 Rec 205/16, en la que, reiterando doctrina se llega a la conclusión de que procede la apreciación de tal efecto de cosa juzgada en el pleito de recargo de una sentencia firme en la que se resolvió que el accidente laboral que sufrió el trabajador se produjo sin mediar incumplimiento alguno en materia preventiva por parte del empleador susceptible de generar responsabilidad civil por los daños sufridos, y que la causa exclusiva del mismo fue la imprudencia de la víctima, imprudencia que, por ende, hace inviable el recargo. Ello pese a que en este caso se daba la singularidad de que existía también una sentencia firme que confirmaba la sanción administrativa impuesta al empresario por incumplimiento de medidas preventivas, pero en la que no se había debatido sobre el nexo causal entre el incumplimiento empresarial y el daño.

proceda la imposición del recargo de prestaciones es que haya mediado relación causal entre la *infracción* apreciada y el accidente sufrido, de manera tal que el suceso dañoso haya sido determinado por el incumplimiento empresarial, la circunstancia de que la referida sentencia [...]hubiese entendido que tal requisito no había concurrido determina que tal declaración –firme, repetimos– por fuerza no debiera haber sido desconocida por el TSJ [...], como tampoco puede serlo ahora por esta Sala, en ineludible aplicación del art. 224.1 LECiv, determinando que haya de resolverse en el sentido pretendido por el recurso, esto es, el dejar sin efecto el recargo de prestaciones interpuesto, al estar el mismo privado de su elemento más decisivo: la relación causa/efecto entre la *infracción* y el resultado dañoso»<sup>76</sup>.

No obstante, el TS hasta la sentencia de 25/04/2018 se había mostrado reacio a admitir este efecto entre la sanción y el recargo, habiéndolo negado expresamente en la sentencia de 14/09/16, Rec. 846/15. Tal negación resultaba a nuestro entender incomprensible cuando la propia jurisprudencia del TS había entendido que se imponía una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos<sup>77</sup>. Y si para la indemnización/recargo se admitía el efecto positivo de la cosa juzgada aun a pesar de tratarse de instituciones diversas, sobre la base de que aunque existían diferencias también había elementos de identidad y entre ellos «la relación de causalidad se sitúa en un plano en el que no cabe desconocer la identidad existente entre los dos institutos»<sup>78</sup>, ¿qué dificultad podría haber para encontrar esta co-

nexión<sup>79</sup> entre el recargo y la sanción<sup>80</sup>? Máxime cuando ambos se sustentan –se quiera o no– en la *infracción* de una norma de seguridad. Expresión ésta –la de *infracción*– que, por cierto, emplea el propio TS para referirse a la vinculación causal entre el recargo y la indemnización.

Quede, por tanto, claro que el efecto positivo de cosa juzgada –que ya hemos repetido admite la última sentencia de la Sala<sup>81</sup>– es, a

<sup>79</sup> Es más, respecto del recargo/indemnización, la Sala ha sostenido que no es óbice que «los sujetos procesales no fuesen siempre los mismos en ambos litigios [en concreto el INSS, ausente en el de responsabilidad y autor de la objeción]. Porque en uno y otro caso la pretensión comporta la misma exigencia de un mínimo de culpabilidad [incumplimiento de un deber preventivo, genérico o específico] y de relación de causa/efecto entre la culpable infracción y el resultado lesivo; y a la par ofrece una misma naturaleza genérica, la indemnizatoria, siquiera ellas medie –tan sólo– diversidad en su específica adjetivación [genuina civil, la referencial; y preventivo/punitiva, la recurrida], tal como se desprende de nuestra más reciente jurisprudencia [STS Pleno 23/03/15, Rec. 2057/14], que mantiene 'la naturaleza plural del recargo –resarcitoria y preventivo/punitiva–'».

<sup>80</sup> No se olvide que el efecto positivo de la cosa juzgada «se configura como una especial vinculación que, en determinadas condiciones, se produce entre dos sentencias [...] cuando la primera decisión actúa como elemento condicionante de carácter lógico o prejudicial en la segunda» y que los «elementos necesarios para el efecto positivo de la cosa juzgada son la identidad subjetiva entre las partes de los dos procesos y la conexión existente entre los pronunciamientos» [TS 25/05/11, Rec. 1582/10; 11/02/13, Rec. 1143/12; y 12/02/14, Rec. 482/13]. Además la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica (TC 190/1999, de 25/Octubre, FJ 4; 58/2000, de 28/Febrero, FJ 5; 135/2002, de 3/Junio, FJ 6; 200/2003, de 10/Noviembre, FJ 2; 15/2006, de 16/Enero, FJ 4), y el elemento prejudicial de conexión lógica –la vinculación– puede producirse no sólo respecto a lo que se ha incorporado formalmente en la parte dispositiva de la sentencia, sino también respecto de los elementos de decisión que siendo condicionantes del fallo no se incorporan a éste de forma específica [TS 13/06/06, Rec. 2507/04; 26/11/09, Rec. 1061/08; 19/01/10, Rec. 50/09; y 12/07/13, Rec. 2294/12].

<sup>81</sup> Así contiene la sentencia afirmaciones de tanto calado como las siguientes: «... la posible eficacia vinculante de lo resuelto en el referido litigio, en el que debe ser emplazado el trabajador accidentado (art. 151.4 LRJS), como efectivamente lo fue en el presente procedimiento, en el seguido en materia de recargo de prestaciones dimana del art. 222.4 LEC, a lo que no es óbice la diversidad de objetos de uno y otro proceso, pues el efecto positivo de la cosa juzgada no exige la completa identidad que es propia del efecto negativo, bastando con que

<sup>76</sup> Efecto de cosa juzgada que, respecto del tema concreto de la indemnización por daños, se ha extendido también a la sentencia penal firme que absuelve de responsabilidad civil en la vía penal (TS 03/10/17, Rec. 2008/15; 22/12/14, Rec. 3364/13, con base en la STC 15/02).

<sup>77</sup> TS de 20/10/05, Rec. 4153/04; 23/01/06, Rec. 30/05; 06/06/06, Rec. 1234/05; 04/03/10, Rec. 134/07; 18/09/12, Rec. 178/10; 13/03/14, Rec. 1287/13.

<sup>78</sup> TS 12/07/13, Rec. 2294/12.

nuestro entender, la solución más correcta y ajustada a Derecho, a la que no obsta el hecho de que pudiera no haber identidad subjetiva plena entre los pleitos, y no sólo porque el TC haya reconocido legitimación al trabajador para tomar parte en el procedimiento sancionador, en tanto que portador en el mismo de un interés legítimo<sup>82</sup>, sino también porque el

lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actué en el posterior como elemento condicionante o prejudicial [...] Cuanto se deja razonado, fuerza a concluir que una vez que mediante sentencia firme y en atención a los medios de prueba practicados en el proceso de impugnación de la sanción administrativa, incluido el interrogatorio del trabajador demandado, se ha resuelto conforme a los hechos probados que acabamos de reseñar que el accidente laboral en el que se vio involucrado se produjo sin mediar infracción alguna por parte de la empresa referida a los equipos de trabajo utilizados en la fase de desencofrado, incumplimiento en el que la sentencia recurrida basaba exclusivamente la procedencia del recargo de prestaciones, y que la caída de la escalera de mano se produjo como consecuencia exclusiva de la actuación puntual y voluntaria del afectado que en lugar de utilizarla para la labor específicamente prevista –engancha a la grúa las piezas del encofrado a retirar– se subió a ella para realizar un trabajo –eliminar la rebaba– que comprometía su estabilidad sobre la escalera, y en forma que agravaba el riesgo al sacar un pie para trabajar con mayor comodidad, desatendiendo las instrucciones expresas de la empresa sobre la necesidad de utilizar la plataforma elevadora, tal pronunciamiento ha de ser respetado en el presente proceso.

<sup>82</sup> Véase la TC 143/2000, 29/Mayo. En ella se impugnaba por el trabajador la sentencia del orden contencioso que había anulado la sanción administrativa impuesta a la empresa en el procedimiento administrativo abierto en virtud de acta de la Inspección de Trabajo, extendida con motivo de un accidente de trabajo del que fue víctima el demandante. En concreto, el trabajador alegaba vulneración del art. 24.1 CE por la omisión de su emplazamiento personal en el citado recurso contencioso-administrativo. El TC acoge el amparo, aludiendo a su doctrina sobre la falta de emplazamiento personal (STC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3, 152/1999, de 14 de septiembre, FJ 4), insistiendo en la necesidad de ser titular de un derecho o interés legítimo y propio susceptible de afección en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, debidamente identificable, así como la generación de indefensión material por la falta de emplazamiento. Condiciones que entiende concurrentes en el caso de autos, al mediar solo emplazamiento edictal. Conviene tener presente que la sentencia insiste razonadamente en que en estos procesos el trabajador tiene la condición real de portador de un interés legítimo, que derivaría, en su caso, de su derecho al recargo de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el accidente de que fue víctima. Téngase en cuenta, no obstante, que lo que no tiene el trabajador es legitimación para instar judicialmente la imposición de

art. 151.5 LRJS prevé que el trabajador sea llamado como parte interesada al procedimiento de impugnación de la sanción<sup>83</sup>.

Esto no significa, entiéndase bien, que siempre convenga reconocer el efecto de cosa juzgada en todo su alcance, sino únicamente en los casos en los que el debate litigioso se plantea en términos paralelos, esto es; sobre la existencia o no de incumplimientos preventivos con repercusión directa en el accidente. Así, por ejemplo, pudiera no convenir tal aplicación para el reconocimiento del recargo si en el pleito de sanción se aprecia la concurrencia de una medida preventiva, pero no queda acreditada la relación de causalidad con el accidente<sup>84</sup>.

### 5.3. La incorporación de la sentencia de recargo/sanción en el otro pleito, también en fase casacional, como mecanismo para forzar el efecto de cosa juzgada

Hasta que viera la luz la tantas veces citada STS 25/04/2018, ante la resistencia de la jurisprudencia a los mecanismos expuestos de conexión recargo/sanción, quedaba una última y posible solución. A saber: la posibilidad de incorporar en cualquier fase del recurso de suplicación o casación, por la vía del art. 233

la sanción. Así se ha entendido en la STC 48/2009, en la que el recurrente sufrió un accidente en su lugar de trabajo, del que se derivó una propuesta de sanción de la Inspección de Trabajo por infracción de la normativa de seguridad, que dio lugar a la apertura de un procedimiento sancionador finalmente archivado al considerarse que no concurría infracción alguna. En pretensión de que se revisara judicialmente esta decisión de archivo y de que se impusiera una sanción a la empresa, interpuso una demanda contencioso-administrativa que fue inadmitida por falta de legitimación activa, lo que al TC le parece conforme a Derecho.

<sup>83</sup> TS 22/06/15, Rec. 853/14.

<sup>84</sup> De algún modo se intuye esto en la TS 14/02/18 Rec. 205/16, cuando aprecia efecto de cosa juzgada entre el pleito absolutorio de indemnización y el recargo, al advertir que a ello no es obstáculo la existencia de una sentencia firme que condena a la empresa a una sanción en materia preventiva, porque en este otro proceso no se discute la relación de causalidad.

LRJS, la sentencia que adquiriese firmeza con anterioridad. De suerte que en el relato fáctico se hiciese constar la existencia de un pronunciamiento sobre alguna de las consecuencias del accidente (recargo o sanción). Es una obviedad que la incorporación a los hechos probados de esta circunstancia reforzaba la tesis de la imposición o no del recargo o de la sanción, respectivamente.

Esta incorporación había sido expresamente admitida por la jurisprudencia para hacer constar la sentencia de recargo en el pleito de indemnización, y según se deduce de la STS 25/04/2018 tal incorporación se produce efectivamente en el caso que resuelve, siendo precisamente esta circunstancia la que fuerza la apreciación del efecto de cosa juzgada, incluso de oficio<sup>85</sup>.

Tal incorporación –prescindiendo incluso del efecto positivo de cosa juzgada– tiene sobrado sustento legal, pues el art. 233 LRJS exige únicamente que la sentencia cuya incorporación se pretende merezca la consideración de «decisiva», cualidad –decisiva– que no es, necesariamente, sinónimo de determinación del fallo. La pretensión del art. 233 LRJS es

<sup>85</sup> Lo cierto es que no se podía encontrar razón para negar esta posibilidad en el contexto que nos ocupa. Especialmente si se tiene en cuenta que, precisamente, la admisión por el TS de esta incorporación en el tema del recargo/indemnización se ha basado en la doctrina constitucional, a la que ya aludimos, dictada para el recargo y la sanción, con base en el ya señalado art. 42.5 LISOS (TS 13/04/16, Rec. 3043/13). No se obvie el hecho de que la TS 13/04/16, Rec. 3043/13 sostiene que «... la admisión de la sentencia precedente como documento relevante y al amparo del art. 233.1 LRJS ha de tener necesariamente relevancia en el ámbito de la contradicción, por cuanto su contenido ha quedado procesalmente incorporado al debate, debiendo ahora determinarse el alcance de esos efectos jurídicos. El punto de partida de dichos efectos ha de ser necesariamente la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en sentencias como la 77/1983, 192/2009, 139/2009 o 16/2008, en todas las que el principio de tutela judicial efectiva establecido en el art. 24.1 CE es el punto de partida, o lo que es lo mismo, la necesidad de que las resoluciones judiciales que abordan unos mismos hechos en distintas resoluciones judiciales, tengan en cuenta los factores concurrentes y decidan de manera razonada desde esa perspectiva de tutela lo que resulte ajustado a derecho».

garantizar la debida consideración de aquellos documentos que puedan ser relevantes tanto en la fijación de los hechos, como en la argumentación jurídica de las partes o en el fallo de la sentencia, y esta consideración no puede negarse a un pronunciamiento sobre la existencia o no de infracción de medidas de seguridad, aunque no predetermine el sentido final del fallo.

Además, no es baladí destacar que la incorporación que el TS ha acogido permite incluso revisar la resultancia fáctica en la fase casacional (para unificación), en la que por lo general una alteración de hechos no puede tener cabida<sup>86</sup>. Así, la integración de la sentencia sobre sanción en el pleito de recargo y viceversa, incidirá en el relato de hechos, sea cual sea la fase en la que se encuentre el proceso, para conformar los términos correctos de la comparación a efectos de la contradicción.

## 6. A MODO DE CONCLUSIONES. BALANCE CRÍTICO DE LA TESIS DE DISGREGACIÓN DEL RECARGO Y LA SANCIÓN

Como se intuirá de lo dicho, a nuestro modo de ver no es acertada la desconexión entre el recargo y la sanción, mantenida hasta ahora por la doctrina mayoritaria de

<sup>86</sup> Así, en la TS 13/04/16, Rec. 3043/13 se estimó el recurso porque la sentencia recurrida, que resolvió sobre la demanda de indemnización de daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo, desestimando la misma, no tuvo en cuenta otra sentencia anterior firme de la misma sala –unida al recurso por la vía del art. 233 LRJS– en la que se mantuvo el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en el mismo accidente de trabajo que ocasionó el fallecimiento del trabajador. Razona esta resolución que la incorporación de la sentencia firme precedente al recurso de casación para la unificación de doctrina completa el presupuesto de contradicción procesal, limitado en este caso a los efectos de la cosa juzgada a la interconexión de los hechos de una sentencia en otra, cuestión que solo puede resolverse estimando el recurso y devolviendo las actuaciones para que la sala de suplicación, teniendo a la vista la sentencia anterior sobre recargo, se pronuncie sobre la pretensión de indemnización de daños y perjuicios derivados del mismo accidente de trabajo.

la Sala Cuarta, y, desde luego, cuando menos puesta en jaque –sino herida de muerte– con la sentencia de 25/04/2018. No podemos compartir dicha separación de instituciones (acogida con rotundidad por algunos Tribunales Superiores de Justicia), por varias razones: la primera y esencial porque combina mal con la seguridad jurídica, la segunda porque no es plenamente acorde con la naturaleza híbrida que se había atribuido al recargo, en la que la parte sancionadora preservaba su espacio<sup>87</sup>, y, la tercera, porque dicho o no de forma clara, en el fondo sienta las bases para la objetivación del recargo. La línea que separa la objetivación del recargo –imposición automática siempre que hay accidente sin imprudencia temeraria del trabajador<sup>88</sup>– de la mera exigencia de un incumplimiento de medidas de seguridad en los términos que la Sala parece proponer (particularmente, en la

TS de 14/09/16, Rec. 846/15)<sup>89</sup>, es sumamente difusa.

Aunque no es el momento de detenerse en ello, el recargo no nació, ni puede convertirse ahora, en un mecanismo de cuasi-automática concesión al acaecimiento del infortunio, pues este hueco ya se cubre con el régimen de prestaciones de Seguridad Social, e incluso con la indemnización de daños y perjuicios exigida conforme a los arts. 1101 y 1902 CC, pues es consolidada la tendencia jurisprudencial –tanto de la Sala Civil como de la Sala Social– a objetivar la responsabilidad consagrada por aquellos preceptos, a través de los más diversos instrumentos [presunciones que llevan a ficciones de culpa; juicio formal de previsibilidad; doctrina de creación del riesgo, etc.]. El incremento –por lo demás, de ostensible cuantía– que está obligado a sufragar, sin posibilidad alguna de aseguramiento, el patrono, ha de anudarse, precisamente por ello, a un actuar particularmente negligente por su parte, que sólo puede significar la existencia de una infracción clara y culpable de normas preventivas<sup>90</sup>.

Es cierto que son imperativos los términos con los que el legislador define la deuda de seguridad en los arts. 14.2 LPRL [«... *deberá garantizar* la seguridad... mediante *cuantas medidas sean necesarias* para la protección de la seguridad»] y 15.4 LPRL [«... *deberá prevenir las distracciones o imprudencias no temerarias* que pudiera cometer el trabajador»], en lo

<sup>87</sup> Así, en la sentencia de 23/03/15, Rec. 2057/14, a propósito de la posible transmisibilidad del recargo en supuestos de sucesión de empresas, se seguía «... manteniendo la existencia de aquella faceta preventivo/sancionadora en el marco de una naturaleza compleja, por presentar tres finalidades diversas [preventiva, sancionadora y resarcitoria] y articularse su gestión –reconocimiento, caracteres y garantías– en forma prescricional». La cuestión se reitera en la TS 14/04/15, Rec. 962/14.

<sup>88</sup> Es cierto que se ha llegado a afirmar que «la propia existencia de un daño pudiera implicar ... el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable]; y que «la deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso– de las exigencias reglamentarias» (STS SG 30/06/10, Rec. 4123/08, para indemnización; 15/10/14, Rec. 3164/13, para recargo; 27/01/14, Rec. 3179/12, para determinación de contingencia y en obiter dicta). Pero no puede pasarse por alto que en estos casos se trataba de supuestos –la inmensa mayoría– de reclamación de indemnización por daños y en todos ellos la culpa empresarial resultaba nitida, por lo que no llegó a plantearse el problema de la real aplicabilidad de tales principios. Solamente ha habido una excepción, que fue la TS 04/05/15, Rec. 1281/14, en la que tratándose de indemnización se imputa responsabilidad empresarial, pese a una clara imprudencia del trabajador, por no haber acreditado la empleadora que hubiese utilizado «todas las medidas necesarias» para proteger al trabajador «frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias».

<sup>89</sup> Recuérdesse que en ella se esconde la clave de bóveda de la diferenciación entre incumplimiento e infracción que propone en la posibilidad de sustentar la imposición del recargo en el incumplimiento de deberes genéricos de protección, pues sólo en tal caso estará ausente la tipicidad de la falta que determine la sanción. Es cierto que la sentencia no explicita tal consideración, pero, como ya dijimos, de algún modo se incluye en alguna de sus aseveraciones –por ejemplo: «la propia existencia de un daño puede evidenciar el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado», o «bastando para el recargo con que exista un incumplimiento empresarial en materia de obligaciones de seguridad»–. Particularmente significativas son, respecto de esta tendencia a la objetivación del recargo, la TS 06/07/15, Rec. 2990/13, y el voto particular formulado a la TS 25-10-2016, Rec. 2943/2014.

<sup>90</sup> TS 22/06/15, Rec. 853/14.

que parece más que una obligación de medios una de resultado, pero en realidad las fórmulas legales reproducidas se aproximan más a un *desiderátum*, que a un deber concreto y tangible, traducido en una sanción tipificada. Y desde luego difícilmente puede identificarse con las «medidas generales de seguridad» del art. 164 LGSS. Tampoco hay que ocultar que el art. 96.2 LRJS contiene una regla probatoria ciertamente tajante, que pudiera cimentar una apuesta por la responsabilidad cuasi/objetiva –al deudor de la seguridad (el empresario) «corresponderá ... probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo»–. No obstante, tampoco parece lo más correcto limitarse a sostener que este precepto formula un deber de seguridad «incondicionado y prácticamente ilimitado», en el sentido de venir obligado el empresario a adoptar todas medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que sean, estén o no específicamente expuestas en una norma preventiva. Somos de la opinión de que el art. 96.2 LRJS no está pensado para el recargo, sino más bien para otro tipo de responsabilidades (indemnización por daños, probablemente). Y que, en realidad, su juego para esta particular institución colisiona frontalmente con la esencia de la misma<sup>91</sup>.

Aceptar que procede el recargo por la mera inobservancia de los preceptos genéricos de la LPRL (deberes generales de protección), es tanto como asumir que la existencia misma del accidente presupone la presencia de cierto incumplimiento preventivo, aunque éste no se concrete en una norma precisa. Lo que, genera una innegable inseguridad jurídica al empresario, y cierta injusticia, pues si ha cubierto las exigencias legales concretas de seguridad que la normativa de prevención de riesgos dispone, no parece apropiado imponerle otra elevada carga

<sup>91</sup> A la vista de aquellas disposiciones de la LPRL, la Sala ha entendido que del juego de los mismos «se deduce... que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado» y que «deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran» (TS 08/10/01, Rec. 4403/00–, para recargo; 12/07/07, Rec. 938/06–, para recargo; 26/05/09, Rec. 2304/08–; 22/07/10, Rec. 1241/09–; 12/06/13, Rec. 793/12–; 20/11/14, Rec. 2399/13).

económica, que discurre paralela al aseguramiento del riesgo por el sistema de Seguridad Social. Máxime si se tiene en cuenta que el recargo resulta absolutamente compatible con la indemnización por daños (precisamente por no tener una naturaleza estrictamente prestacional, sino también punitiva, pues en caso contrario no habría fundamento para su no descuento<sup>92</sup>), y que el Baremo de la LRCSCVM se ha incrementado notablemente con la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, habiéndose además relajado considerablemente la exigencia de culpabilidad para el reconocimiento de la indemnización, como ya se indicó. Si, por esta vía, puede cubrirse con más facilidad la consecuencia del daño, parece innecesario –e injusto– alejar también el recargo de la existencia de una infracción administrativa de las medidas de seguridad. Y si se entiende que debe concurrir dicha infracción la vinculación a la apreciación de la sentencia social que se pronuncia sobre la sanción no debería admitir excepción sencilla<sup>93</sup>. Ésta parece ser la nueva tesis acogida por el TS, al menos en su recentísima sentencia de 25/04/2018, y aunque habrá que esperar a ver cómo se conforma definitivamente esta jurisprudencia, desde luego es un esperanzador comienzo.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALLBÉ MALLOL M. y PADRÓS REIG C.: «La prejudicialidad administrativa en el proceso penal», Cívitas, 2004.
- BERNARDO JÍMENEZ I.: «Inspección de Trabajo y Seguridad Social: Actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales», en AA. VV.: «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social», Aranzadi, Pamplona, 1999.
- BLASCO PELLICER A.: «El nuevo proceso de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social», en BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M.: «La reforma del proceso laboral», Tirant lo Blanch. Valencia, 2012.

<sup>92</sup> Por todas, TS 21/02/02, Rec. 2239/2001.

<sup>93</sup> Esta misma conclusión ya se adelantó en el citado trabajo: «A los ojos del Derecho un hecho no puede existir y no existir a la vez, ¿o sí? el curioso caso del recargo de prestaciones», Trabajo y Derecho, nº 26, 2017, pág. 77-90.

- DESDENTADO BONETE A.: «Problemas de coordinación en los procesos sobre responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo», *Manuales de formación continuada*, CGPJ, nº43, 2007, (Ejemplar dedicado a: Prestaciones e indemnizaciones en materia de accidentes de trabajo: aspectos penales, civiles y laborales). «Recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate», *RDS*, nº 21.
- DESDENTADO DAROCA E.: «Procedimiento administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas: recargo de prestaciones y declaración de la incapacidad permanente, caducidad y prescripción», *Revista de Derecho Social*, nº 40, 2007.
- GONZÁLEZ LABRADA M.: «La Inspección de trabajo y la prevención de riesgos laborales», en AA. VV.: «Inspección de Trabajo. Regulación española y perspectiva internacional», Aranzadi, 2016.
- GUTIERREZ-SOLAR CALVO B. y LAHERA FORTEZA J.: «Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900», en AA. VV.: «Legislación histórica de previsión social», Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P.: «A los ojos del Derecho un hecho no puede existir y no existir a la vez, ¿o sí? el curioso caso del recargo de prestaciones», *Trabajo y Derecho*, nº 26, 2017. Y L.F. DE CASTRO FERNÁNDEZ, *El accidente de trabajo. Cuestiones administrativas y procesales*, El Derecho-Lefebvre, Claves prácticas, 2018 (último capítulo).
- RON LATAS R.: «Los procedimientos de oficio y de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social no prestacionales en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 16, 2012.
- TOSCANI GIMÉNEZ D.: «La práctica de la inspección en prevención de riesgos laborales», *Gestión práctica de riesgos laborales: integración y desarrollo de la gestión de prevención*, nº31, 2006.
- VALLE MUÑOZ F.A.: «La acumulación de pretensiones en la demanda laboral», *RTSS*, nº 187, 1998.
- AA. VV.: *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios*, Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, 2006.

**RESUMEN**

Desde el plano jurídico, la manifestación de un accidente de trabajo, puede tener derivaciones de muy diverso alcance, cuya gestión procesal provoca frecuentes desencuentros. Esencialmente porque distintos órganos judiciales están conociendo, han conocido o van a conocer de las diferentes consecuencias del accidente desde la perspectiva que les es propia, esto es: prestaciones de Seguridad Social, recargo, sanción administrativa por infracción de medidas de seguridad y salud, imputación penal en los casos más graves de incumplimiento, e indemnización por daños y perjuicios. Una parte de estas dificultades se estudian en este trabajo, en concreto, las relativas a la coordinación judicial de las decisiones del recargo, de la sanción administrativa y de las diligencias penales. Al efecto, se quiere demostrar que, pese a que normalmente hay paralelismo entre las decisiones administrativas del recargo y la sanción, en la fase judicial esa sincronización se desvanece, pudiendo derivar en resoluciones contradictorias sobre las consecuencias de un mismo hecho (el accidente). En efecto, si se tiene en cuenta que el mismo funcionario de la Inspección de Trabajo actúa investigando el accidente tanto para el recargo como para la sanción, lo lógico es que su valoración de lo sucedido para ambas consecuencias sea la misma. Paralelismo que no suele perderse en la fase decisoria, pues si bien corresponde a órganos distintos (autoridad laboral e INSS), ambos suelen atenerse a las apreciaciones de la Inspección de Trabajo. Es cierto que esto no significa identidad absoluta, en el sentido de que siempre que haya propuesta de sanción la haya de recargo y viceversa, sino simplemente que serán excepcionales los casos en los que no haya correspondencia, por ejemplo, por el juego relevante de los principios propios del procedimiento sancionador; como la presunción de inocencia, sin cabida en el procedimiento de recargo, o porque no se haya probado debidamente la relación de causalidad entre la infracción preventiva y el daño que cubre el recargo.

No sucede lo mismo en el conocimiento judicial de las materias, como se evidencia en este trabajo. Ello pese a las disfunciones que puede provocar el hecho de que, pese a que los procesos discurran paralelos, el juez competente para conocer del recargo no quede condicionado por lo dicho en el proceso de impugnación de la sanción, y a la inversa. Disfunción que resulta más incomprensible desde que el orden social ha asumido el conocimiento de ambos procesos. El legislador podría haber optado por alguna fórmula, como la litispendencia o la acumulación de procesos, pero no lo ha hecho. Y la jurisprudencia lejos de apostar por la unidad de criterio entre sanción y recargo, ha optado, en especial en sus últimas sentencias, por la corriente inversa, separando el recargo de la sanción y vinculándolo a la indemnización por daños derivados de accidente de trabajo –con la salvedad de la STS 25/04/2018–.

La primera dificultad para obtener resoluciones homogéneas es la diferente reacción frente a la existencia de un proceso penal: el sancionador se paraliza y sólo se reabre en caso de absolución penal, quedando condicionado el procedimiento sancionador por el relato de hechos dado por probado en el proceso penal (art. 3.3 LISOS). Por el contrario, el procedimiento de recargo no se paraliza por el inicio de acciones penales y tampoco por el procedimiento sancionador, aunque ambos interrumpen la prescripción de la acción de recargo. Lógicamente esto dificulta la vinculación de hechos probados que se formula en la ley y que ratificó en su día el Tribunal Constitucional (respecto de cómo ha sucedido el accidente y de si ha habido incumplimiento de medidas preventivas). En este punto, resulta clave el criterio del Tribunal Supremo que ha optado por matizar la jurisprudencia constitucional, apostando porque el juez se pronuncie sobre el recargo con autonomía respecto de la sanción, tanto en lo relativo a la existencia o no de infracción de medidas preventivas, como respecto del porcentaje aplicable. Tendencia judicial que supone, en cierta medida, aceptar la imposición del recargo, aunque no haya infracción clara de medidas de seguridad.

El estudio concluye con un recorrido por las vías posibles de reparación frente a resoluciones contradictorias. En primer término, se analiza la posibilidad de revisar la sentencia firme de recargo, que sólo será posible en caso de posterior sentencia penal absolutoria por inexistencia de incumplimiento preventivo alguno o por falso testimonio. No cabe revisión por posterior sentencia en el procedimiento sancionador. En segundo término, se examina la posibilidad de incorporación de la sentencia de recargo/sanción en el otro pleito, también en fase casacional, como mecanismo para garantizar cierta proximidad en las decisiones. Pero sobre todo se insiste en la conveniencia de apreciar efecto de cosa juzgada entre ambos pleitos en cuanto a la infracción preventiva, negada en principio por el Tribunal Supremo, si bien pudiéramos estar ante un cambio de criterio a raíz de la STS 25-4-2018.

A la luz de todo lo dicho, se ofrecen una serie de conclusiones críticas sobre estos criterios jurisprudenciales. Pues aceptar que procede el recargo por el juego de los deberes generales de protección, es tanto como asumir que la existencia misma del accidente presupone la presencia de cierto incumplimiento preventivo, aunque éste no se concrete en una norma precisa. Lo que, genera una innegable inseguridad jurídica al empresario, y cierta injusticia, pues si ha cubierto las exigencias legales concretas de seguridad que la normativa de prevención de riesgos dispone, no parece apropiado imponerle otra elevada carga económica, que discurre paralela al aseguramiento del riesgo por el sistema de Seguridad Social. Máxime si se tiene en cuenta que el recargo resulta absolutamente compatible con la indemnización por daños, y que no es asegurable. Y si se entiende que debe concurrir una infracción clara de medidas preventivas, la vinculación a la apreciación de la sentencia social que se pronuncia sobre la sanción no debería admitir excepción sencilla, como parece admitir ahora la STS 25-4-2018.

**Palabras clave:** Accidente de trabajo; sanción administrativa; diligencias penales; revisión de sentencias firmes; cosa juzgada; Inspección de trabajo.

**ABSTRACT**

From the legal point of view, the manifestation of a work accident, can have derivations of very diverse scope, whose procedural management causes frequent disagreements. Essentially because different judicial bodies are knowing, have known or will know of the different consequences of the accident from the perspective that is their own, this is: Social Security benefits, benefits surcharge, administrative penalty for infraction of health and safety measures, imputation criminal in the most serious cases of non-compliance, and compensation for damages. A part. of these difficulties are studied in this study, in particular, those related to the judicial coordination of the decisions of the benefits surcharge, the administrative sanction and the criminal offences. To this end, we want to show that, although there is usually parallelism between the administrative decisions of the benefits surcharge and the sanction, in the judicial phase that synchronization vanishes, and may lead to contradictory resolutions on the consequences of the same event (the accident). In fact, if we take into account that the same Labor Inspectorate official acts investigating the accident for both benefits surcharge and for the sanction, the logical thing is that his assessment of what happened for both consequences is the same. Parallelism that is not usually lost in the decision-making phase, because although it corresponds to different bodies (labor authority and INSS), both tend to abide by the findings of the Labor Inspectorate. It is true that this does not mean absolute identity, the sense is that whenever there is a penalty proposal there is a benefits surcharge and vice versa, but simply that cases where there is no correspondence, for example, due to the relevant set of principles, will be exceptional of the sanctioning procedure, such as the presumption of innocence, without room in the benefits surcharge procedure, or because the causal link between the preventive infraction and the damage covered for the benefits surcharge has not been properly proven.

The same thing does not happened when the issues reach the court, as evidenced in this study. In spite of the malfunctions that might arise from the fact that, although the proceedings run parallel, the judge competent to hear the benefits surcharge is not conditioned by what was said in the process of challenging the sanction, and vice versa. The dysfunction is more incomprehensible since the social order has assumed knowledge of both processes. The legislator could have opted for some projection, such as *lis pendens* or the accumulation of processes, but has not done so. And the far jurisprudence from betting on the criterion unit between penalty and benefits surcharge, has opted, especially in their last sentences, for the reverse flow, separating the penalty benefits surcharge and linking it to compensation for damages resulting from the work injury.

The first difficulty in obtaining homogeneous resolutions is the different reaction to the existence of a criminal offences: the infringement procedure is paralyzed and only reopens in case of criminal acquittal. The sanctioning procedure being conditioned by the factual account given by proven in the criminal offences (Article 3.3 LISOS). Conversely, the benefits surcharge procedure is not paralyzed by the initiation of criminal offences or by the sanctioning procedure, although both interrupt the prescription of the benefits surcharge action. Logically, this hinder the relation of the proven facts that are formulated in the law and ratified by the Constitutional Court (regarding how the accident happened and whether there had been non-compliance with preventive measures). At this point, the criterion of the Supreme Court has been qualified the jurisprudence constitutional, giving priority for self-autonomy in the benefits surcharge judgment –about the infraction of preventive measures and the percentage–. That supposes to accept the imposition of the benefits surcharge without specifically infraction of security measures.

The study concludes with a review of the possible ways of solutions for the contradictory resolutions. In the first point, the possibility of reviewing the final judgment of benefits surcharge is analyzed, with a subsequent acquittal penal sentence for non-existence of any preventive default or for false testimony. That is not possibility with a sanctioning sentence. Secondly, the possibility of incorporating the benefits surcharge /sanctioning sentence in the other litigation, also in the appealing before the Supreme Court, is

analyzed too. Above all it insists on the convenience of appreciating the effect of res judicata between the two judgments about of the preventive infraction, turned down by the Supreme Court (at least until, STS 25-4-2018).

Recapitulation, the series of critical conclusions in these jurisprudential are offered. The imposition of the benefits surcharge without specifically infraction of security measures meaning recognize always. That gives uncertainty legal to the employer, and injustice, because if he has covered the specific legal security requirements of the prevention regulation provides, it does not appropriate to impose another high economic burden, it added assurance for the Social Security system. Specially if you remember that the benefits surcharge is absolutely compatible with the compensation for damages, and that it is not insurable. If is necessary a specifically infraction of preventive, the benefits surcharge sentence must be linked of the sanction, except in exceptional cases (as he seems to admit now, STS 25-4-2018).

**Keywords:** Work accident; administrative penalti; criminal offences; judgment review; juged thing; Labour Inspectorate.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

# La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo

## Social jurisdiction in safety and health issues

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ\*

### 1. LA CONVERSIÓN DEL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL EN EL ORDEN ESPECIALIZADO PARA EL CONOCIMIENTO DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL TRAS LA LRJS

La seguridad y salud en el trabajo constituye una de las materias sobre las que más se ha reflejado la racionalización y ampliación de competencias del orden jurisdiccional social que llevó a cabo la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS). Sus artículos 2 y 3 –que enumeran las materias incluidas y excluidas, respectivamente, del ámbito de la jurisdicción social– fueron la respuesta legal a las constantes peticiones de los operadores jurídicos de una mejor y mayor sistematización de la competencia para conocer de los diferentes aspectos de la seguridad y salud en el trabajo, caracterizada hasta entonces por un continuo conflicto jurisdiccional. En buena medida, dicho conflicto venía provocado por el carácter poliédrico de la prevención de riesgos en el ámbito laboral, cuya regulación por la Ley 31/1995, de 8 de

noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) se encuentra plagada de distintos y variados aspectos –laborales, civiles, penales y administrativos– que dificultaban la identificación del orden jurisdiccional competente para conocer de cada uno de ellos. El largo tiempo invertido en convertir al orden social en el único especializado para conocer de todas las materias de prevención de riesgos laborales parece justificado a la vista de la extraordinaria complejidad que implica delimitar el ámbito de la jurisdicción social frente a la civil y a la contencioso-administrativa, en general. Y, en particular, respecto de la seguridad e higiene en el trabajo, que desborda tan fácilmente un único orden jurisdiccional y extiende sus ramificaciones más allá de las fronteras entre jurisdicciones distintas<sup>1</sup>.

A través de la regulación legal, como indica el propio Preámbulo de la norma, la LRJS ha tratado de «establecer, ampliar, racionalizar y definir, con mayor claridad el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social» con fundamento en su mayor especialización respecto de otros órdenes, señaladamente

\* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> En este sentido, véase J. GARCÍA MURCIA, Responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo, CEF, nº. 395, 2016, p. 96.

el civil y el contencioso-administrativo. De modo expreso, la LRJS reconoce su intención de ofrecer «una cobertura más especializada y coherente a los distintos elementos de la materia laboral», evitando el tan criticado peregrinaje jurisdiccional. Bajo este expresivo nombre se describe la tradicional disgregación del conocimiento de determinadas materias sociales entre diversas jurisdicciones distintas de la social. Esta dispersión obligaba a los afectados a acudir a los juzgados y tribunales del orden social, civil y contencioso-administrativo para tratar de obtener una tutela integral y un total resarcimiento en sus pretensiones, que rara vez se alcanzaba dadas las obvias dificultades que entrañaba la actuación simultánea de varias jurisdicciones ante la misma materia. Entre otros efectos indeseados, este peregrinaje provocaba graves disfunciones y dificultaba la efectiva protección de los derechos de las personas, en particular, en pleitos sobre reclamación de responsabilidad en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, o sobre el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por las empresas y por las Administraciones Públicas. En ambos casos, la diversa naturaleza del sujeto obligado, que podía ser tanto el empresario como los servicios externos de prevención, auditorías, trabajadores autónomos u otros, provocaba que las responsabilidades pudieran ser administrativas, penales, civiles o laborales<sup>2</sup>. Algún autor ha señalado que la concurrencia de órdenes normativas tan dispares como los indicados, abría la puerta a cuatro órdenes jurisdiccionales diferentes (social, penal, civil y contencioso-administrativo), sin que

<sup>2</sup> M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA (Artículo 2. Ámbito del orden jurisdiccional social, en el vol. AA. VV.: «Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social», 2ª ed., Lex Nova, Madrid, 2011, p. 47) señala que la ubicación en el orden social del conocimiento de todas las reclamaciones planteadas por el trabajador o sus causahabientes como consecuencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional sufrida «es un deseo largamente sentido por la doctrina, y los propios Tribunales, que desde hace años vienen señalando las disfunciones, demoras y, en ocasiones, resoluciones de signo contrario que la dispersa regulación de la materia originaba».

existiese una definición de los principios de ordenación que habrían de regir las relaciones entre estos diversos ámbitos, «ni claridad o coordinación en los criterios de imputación de las respectivas responsabilidades»<sup>3</sup>.

Es sabido que la mera atribución de jurisdicción no basta por sí sola para que un órgano judicial pueda conocer de una determinada materia, sino que es preciso que exista una norma que asigne su conocimiento a un órgano judicial<sup>4</sup>. Por ello, la asignación de competencias al orden jurisdiccional social que recoge el art. 9.5 LOPJ<sup>5</sup> resultaba insuficiente a estos efectos, en ausencia de una precisión más específica por parte de las anteriores leyes de procedimiento laboral. Respecto de la exhaustiva relación de materias incluidas y excluidas de la jurisdicción social que contiene y de la actual LRJS<sup>6</sup>, su propio preámbulo reconoce que «cierra el proceso de maduración del proceso social iniciado por la Ley de 1908 y continuado por el Texto Refundido de 1995, como jurisdicción con competencia unificada para conocer todos los litigios sobre materias sociales»<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> M. CORREA CARRASCO: «Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento», Bomarzo (Albacete, 2007), p. 17. Para el autor: «el resultado que se genera a la postre es el de una situación ciertamente caótica y difícilmente compatible con las exigencias de seguridad jurídica».

<sup>4</sup> Así lo indica L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral: una mirada a través de las sucesivas leyes de procedimiento laboral, en «La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral», Bomarzo (Albacete, 2014), p. 16.

<sup>5</sup> Tras indicar en que «Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley» (art. 9.1), el art. 9.5 LOPJ restringe la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales del orden social «exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley».

<sup>6</sup> Un análisis histórico de esta delimitación competencial en L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

<sup>7</sup> L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (*op. cit.*, pp. 19 y 20) califica de pretenciosa esta afirmación, dado que: «el análisis del alcance de esta ampliación competencial desde la perspectiva que ofrece el estudio de las siete leyes de procedimiento laboral que precedieron a la actual Ley reguladora, permite aventurar que ésta –aunque a buen seguro las ha minimizado– no va a conseguir eliminar por completo todas las zonas conflictivas o grises entre los distintos órdenes de la jurisdicción (...) por-

Dicho camino estuvo, sin embargo, plagado de vaivenes en forma de conflictos jurisdiccionales derivados de las distintas interpretaciones que, respecto de las mismas normas, ofrecieron unos y otros tribunales. Y estos azarosos caminos procesales impidieron, al final, que el orden jurisdiccional social pudiera ofrecer al afectado una protección integral de sus intereses en un período de tiempo ajustado y con unas razonables expectativas de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva. Los arts. 2 y 3 LRJS pusieron fin al tradicional peregrinaje jurisdiccional<sup>8</sup> concentrando en el orden social todas las cuestiones relativas a los accidentes de trabajo<sup>9</sup>, con fundamento en la mayor especialización, el conocimiento más completo de la materia social y la oferta de un marco procesal más adecuado para la tutela de los intereses propios de esta materia<sup>10</sup>. A

que, con la renovada definición de su ámbito competencial, la LJS ha creado límites también nuevos, unas fronteras diferentes que muy probablemente van a traer aparejadas conflictos competenciales también de naturaleza distinta.

<sup>8</sup> En palabras de A. MARTÍN VALVERDE («Sistema judicial y jurisdicción laboral», en «El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil», Lex Nova (Valladolid, 2001), p. 585): «Cuando el sistema judicial ha querido mantener el principio de exclusividad jurisdiccional en la resolución de los litigios de trabajo ha tenido que llevar a cabo cambios de cierta profundidad para atender a las particulares exigencias de equidad y eficiencia de la Administración de Justicia en ese campo de la vida social».

<sup>9</sup> La urgencia de abordar esta cuestión y ofrecer una solución al caos jurisprudencial existente hasta entonces la describe acertadamente C. MOLINA NAVARRETE (Análisis de la nueva Ley de Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos, La Ley, 2011, p. 50): «si un tema exigía con urgencia esa unificación, ése era el poner freno al absoluto dislate en que se había convertido el control judicial de una cuestión de tan magna trascendencia como los accidentes de trabajo –menos el tema de las enfermedades profesionales–, sin perjuicio de la creciente centralidad de las llamadas enfermedades del trabajo, aunque reconducidas, como es bien sabido, por la vía de los accidentes de trabajo en nuestro ordenamiento».

<sup>10</sup> Como señala F. SALINAS MOLINA (La nueva ley reguladora de la Jurisdicción social y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, nº 395, 2016, p. 127), la atribución al orden jurisdiccional, con carácter pleno, de los litigios sobre la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales se extiende a cuestiones como las siguientes: «cambios de puestos de trabajo, control judicial de incumplimientos de dicha normativa, paralización de activida-

través de ellos, la LRJS trató de incorporar a su regulación las líneas maestras que, ante la ausencia de límites legales expresos, fueron estableciendo los tribunales laborales, civiles y contencioso-administrativos.

En la actualidad, la competencia de los tribunales laborales para conocer de las cuestiones relativas a la seguridad y salud laboral se extiende, fundamentalmente, a las siguientes:

- Las relativas a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. El art. 2 b) LRJS crea un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado. El orden social centraliza así el enjuiciamiento de todos los sujetos que hayan contribuido a la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con éste.
- Las que afectan al cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Abarca las acciones presentadas con carácter tanto preventivo como reparador del daño causado, y tanto en el ámbito privado como en el de las Administraciones Públicas. Por tal motivo, el orden social se ocupará también de las acciones presentadas por los funcionarios, el personal estatutario o el personal laboral cuando demanden a la Administración en calidad de empleador (art. 2.e LRJS).
- Las relativas a los órganos de representación del personal, ya se trate de los delegados de prevención como de los comités de seguridad y salud, en relación con la prevención de riesgos en el trabajo, con independencia del tipo de

des por riesgos para la seguridad y salud, accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, acoso, sanciones administrativas, derechos de los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, con independencia del tipo de personal que intervenga en su designación o composición, obligatoriedad o no de reconocimientos médicos, etc.».

personal que intervenga en su composición o designación<sup>11</sup>.

- Las demandas contra resoluciones administrativas de la Autoridad Laboral en el ejercicio de la potestad sancionadora por comisión de infracciones laborales en materia de prevención de riesgos (art. 2.n LRJS).
- La impugnación de la paralización inmediata de trabajos o tareas ordenadas por la Inspección de Trabajo por inobservancia de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 2.n LRJS).

Como pone de manifiesto la propia LRJS, la centralización del conocimiento de estas cuestiones en el orden social ha favorecido el cumplimiento efectivo de las políticas de promoción de la seguridad y salud en el lugar de trabajo. Pero, como logro más importante, evitó la intervención sucesiva de diferentes órganos jurisdiccionales respecto de una misma materia y las consiguientes dilaciones y gastos innecesarios que ello provocaba, al tiempo que garantizó la seguridad jurídica, al eliminar el peligro de fallos contradictorios. Además, la conversión del juez laboral en el garante último de la normativa de prevención de riesgos laborales, también con carácter previo a la producción de un daño, permite aplicar al procedimiento correspondiente las reglas propias del proceso laboral respecto de cuestiones como los actos preparatorios y medidas cautelares previstas en la LRJS<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Al respecto, C. MOLINA NAVARRETE (*op. cit.*, pp. 62 y 63) señala la competencia del orden social en el plano colectivo «vinculándose a la dimensión colectiva –clave en todo estatuto profesional–: las controversias entre dos o más sindicatos, o entre estos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social, incluida en todos los supuestos de este apartado la responsabilidad por daños».

<sup>12</sup> F. SALINAS MOLINA (La nueva Ley Reguladora..., cit., p. 128) señala los siguientes: «a) Autorizaciones para entrada en domicilios particulares en que se encuentren ubicados centros de trabajo (art. 76.5 LRJS); b) El control de actos administrativos sobre paralización de trabajos por riesgos para la

Con todo, este esfuerzo clarificador no ha conseguido eliminar totalmente las dudas que sigue planteando la delimitación de la competencia laboral, civil o contencioso-administrativa para conocer de las diversas cuestiones que derivan de la seguridad y salud en el trabajo<sup>13</sup>. La compleja redacción del art. 2 LRJS provoca nuevos interrogantes, que se agravan al entrar en relación con las exclusiones contenidas en el art. 3 LRJS y con la enorme complejidad de las materias a las que afecta<sup>14</sup>.

## 2. LA COMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL PARA CONOCER DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS QUE TENGAN SU CAUSA EN ACCIDENTES DE TRABAJO O ENFERMEDADES PROFESIONALES (Art. 2.b LRJS)

La LRJS reivindica *ex novo* su propia competencia<sup>15</sup> para conocer de las acciones sobre

seguridad y salud (art. 79.6 LRJS); c) La exoneración de prestar servicios al trabajador que insta la extinción contractual cuando se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral del trabajador (art. 79.7 LRJS); d) Las garantías adoptables judicialmente para la dignidad e intimidad del trabajador en las pruebas médicas a las que tuviera que ser sometido (entre otros, art. 90.5, 6 y 7 LRJS); e) La posibilidad de recabar judicialmente informes de expertos o de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 95.4 LRJS); f) La multiplicidad de medidas cautelares aplicables con carácter general, como son las que se detallan en proceso de tutela de derechos fundamentales cuando la demanda se refiera a la protección frente al acoso».

<sup>13</sup> Para A. MARTÍN VALVERDE («Sistema judicial y Jurisdicción laboral», en «El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil», Lex Nova (Valladolid, 2001), p. 581) los principales problemas de coordinación «surgen cuando la Justicia está organizada en distintas jurisdicciones u órdenes jurisdiccionales, una o uno de los cuales puede y suele ser la jurisdicción o el orden jurisdiccional social. En este modelo, no basta para el funcionamiento conjuntado del sistema judicial con las normas de competencia o distribución de la labor jurisdiccional».

<sup>14</sup> Véase J.M. DÍAZ RODRÍGUEZ, «Impugnaciones en materia administrativa laboral», en el vol. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (Dir.), La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral, Bomarzo (Albacete, 2014), p. 161.

<sup>15</sup> En estos términos, véase L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *op. cit.*, p. 32. La autora repasa la evolución de la competencia

responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades laborales que traigan su causa en la actuación culpable del empleador. El art. 2.b LRJS reconoce la competencia de los juzgados y tribunales laborales para conocer «en relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquellos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente». Este mandato legislativo constituyó «una novedad sin precedente alguno en los anteriores textos procesales»<sup>16</sup> y convirtió a la jurisdicción social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, desde la primera fase preventiva, hasta la última fase reparadora del daño ocasionado por su incumplimiento. En consecuencia, el orden social concentra ahora el conocimiento de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o<sup>17</sup> contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad por los daños que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Pero, además, también se ocupa de la acción directa frente a la entidad aseguradora que cubra la responsabilidad civil patronal<sup>18</sup>, sin perjuicio, claro está, de la

de los Tribunales laborales para conocer de esta materia, que puede retrotraerse hasta la Ley de Tribunales Industriales de 1912, que atribuía a estos tribunales el conocimiento de «los pleitos que surjan en aplicación de la Ley de Accidentes del Trabajo, sometidos hasta ahora provisionalmente a los jueces de primera instancia».

<sup>16</sup> M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA, *op. cit.*, p. 46.

<sup>17</sup> Como indica M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA (*op. cit.*, p. 48): «Aunque el precepto utiliza la disyuntiva –o–, en la mayoría de ocasiones habrá de utilizarse la copulativa –y–, ya que habrá que demandar al empresario y a otros responsables».

<sup>18</sup> Dicha acción se regula en el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para

acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente.

Como es fácil de comprender, la naturaleza tan diversa de las distintas sanciones y responsabilidades propias del ámbito de la prevención de riesgos laborales (art. 42 LPRL) dificulta su regulación unitaria. En la medida en la que es posible hablar de una responsabilidad laboral, administrativa, penal y civil<sup>19</sup>, se dispersa la competencia para conocer de ella entre distintos órdenes jurisdiccionales. La ampliación de la competencia del orden social que realizó el art. 2.b LRJS trató de ofrecer la solución definitiva que tanto había reclamado la doctrina científica y la judicial<sup>20</sup>,

exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurado a repetir contra el asegurador, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».

<sup>19</sup> J. GARCÍA MURCIA (Responsabilidades y sanciones..., *cit.*, p. 91) señala la muy diferente naturaleza y diferentes características de estas responsabilidades: «Pueden ser responsabilidades de naturaleza pública o responsabilidades de naturaleza privada. Pueden entrañar la imposición de sanciones en sentido estricto o pueden dar lugar a la reclamación de indemnizaciones o compensaciones por daños y perjuicios. Pueden estar dirigidas al empresario, como principal responsable de la seguridad y salud en los medios de trabajo, pero también pueden afectar a otros muchos sujetos, incluido el trabajador. En fin, pueden depurarse a través de la intervención de las autoridades públicas o mediante el ejercicio de las correspondientes acciones por parte de los interesados (...) Las responsabilidades de tipo patrimonial siguen perteneciendo al Derecho civil o común. Las responsabilidades de naturaleza pública siguen perteneciendo al Código Penal (CP) o a cuerpos legales de tono administrativo. Las responsabilidades ligadas al sistema de seguridad social continúan adscritas a la Ley General de Seguridad Social (LGSS). La responsabilidad disciplinaria, en fin, conecta de manera muy clara con las normas laborales sobre el poder disciplinario del empresario, aunque cuente con alguna reseña interesante dentro de la propia LPRL».

<sup>20</sup> Véase L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *op. cit.*, p. 33, quien señala este dato aun «habida cuenta de la existencia de ciertas reivindicaciones y propuestas para la elaboración de una ley integral de siniestralidad laboral».

poniendo fin a la dualidad de jurisdicciones competentes en materia de responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

### 2.1. Los vaivenes jurisprudenciales sobre la competencia judicial en materia de responsabilidad por daños

La ubicación de estos conflictos en el ámbito de competencia de los tribunales laborales, pese a ser hoy en día una cuestión pacífica, se caracterizó por una fluctuante y conflictiva jurisprudencia, motivada, principalmente, por la ausencia de una regulación legal clara que favoreció el enfrentamiento jurisprudencial entre el orden civil y el social.

La Ley de Procedimiento Laboral de 1958 ya se había atribuido expresamente el conocimiento de «los pleitos de accidentes del trabajo», si bien al emplear un enunciado tan genérico, provocaron que los tribunales laborales no se ocupasen de todos estos pleitos, sino solamente de dos principales: los litigios sobre las prestaciones debidas al trabajador víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, y las controversias entre el empresario y la entidad aseguradora sobre la falta de cobertura del riesgo productor del accidente<sup>21</sup>. Tras la aparición del sistema unificado de Seguridad Social, la materia contenciosa laboral derivada de los pleitos sobre accidentes de trabajo quedaría subsumida en los «pleitos sobre seguridad social», que el art. 1º, apartado 2, de la Ley de Procedimiento Laboral de 1966 atribuyó al conocimiento de los tribunales laborales<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Se trata, como indica L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (*op. cit.*, pp. 32 y 33), del supuesto contenido en el art. 8º del Reglamento de Seguros de Accidente de trabajo: cuando la póliza no cubriese «en el tiempo, en el lugar o emplazamiento, o en su peligrosidad, el riesgo productor del accidente, siempre que exista falsedad u ocultación deliberada en la proposición del seguro, y cuando exista falta de pago de las primas en los plazos establecidos».

<sup>22</sup> Véase L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, *op. cit.*, p. 33.

Al margen de la responsabilidad objetiva, cubierta por las prestaciones de Seguridad Social, la infracción culpable de las normas de seguridad y salud laborales conlleva un segundo nivel de responsabilidad. Si el empresario no cumple con la debida diligencia sus deberes específicos de prevención de los riesgos laborales, se desencadena su responsabilidad por los daños y perjuicios causados al trabajador —o a sus causahabientes, en el caso de fallecimiento de éste—, ya se trate de una responsabilidad derivada de delito, ya tenga carácter administrativo, o bien sea contractual por su propio incumplimiento o por el incumplimiento de sus mandos intermedios. El precepto clave en esta materia no es otro que el art. 42 LPRL, que vincula el incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales con «responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento»<sup>23</sup>.

No ha de olvidarse que la responsabilidad por daños, ya sea esta contractual o extracontractual o aquiliana, se hace depender exclusivamente de las normas civiles sobre responsabilidad patrimonial, incluso aunque se hubiera originado en el ámbito de la relación laboral y traiga causa del incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales. Como ha indicado algún autor, las normas civiles ofrecen fórmulas generales de responsabilidad aptas para muchos ámbitos de la vida social, del que «la seguridad y salud en el trabajo no es más que una de sus posibles y múltiples pistas de aterrizaje»<sup>24</sup>. Así pues,

<sup>23</sup> En este sentido, J. GARCÍA MURCIA (Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2003, p. 26) señala certeramente que aunque «la LPRL se hizo cargo de esa variedad de responsabilidades, y de su habitual aplicación al ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, y puede que pretendiera (en apariencia al menos) proporcionar un tratamiento conjunto de las mismas y remediar así la tradicional dispersión normativa. Pero no fue ese su resultado final».

<sup>24</sup> J. GARCÍA MURCIA, Responsabilidades y sanciones..., *cit.*, p. 96.

la responsabilidad civil o patrimonial puede exigirse siempre que una persona hubiera ocasionado un daño a otra. Surgirá, entonces, la obligación de reparar o compensar el daño causado con independencia de que se hubiera o no vulnerado alguna norma<sup>25</sup> y aunque la situación se hubiera producido en el marco de una relación laboral.

La regulación civil de esta materia dio lugar a importantes vaivenes jurisprudenciales a la hora de determinar cuál habría de ser el orden jurisdiccional competente para conocer de estas demandas por los daños sufridos por el trabajador en su actividad laboral cuando fuesen consecuencia del incumplimiento empresarial de la normativa de seguridad y salud en el trabajo<sup>26</sup>. Los juzgados y tribunales de la jurisdicción social reclamaron, invariablemente, su competencia para conocer de estas demandas con el principal argumento de la mayor cercanía de estas cuestiones a la materia social, al afectar a la seguridad y salud en el trabajo<sup>27</sup>. También quisieron señalar las importantes ventajas que ofrecía el proceso laboral frente al civil. Entre ellas, aludieron a la mayor rapidez y especialización que puede ofrecer el proceso laboral en

esta materia; sus menores costes y las mayores garantías para el trabajador demandante, especialmente en aquellos supuestos en los que resulte más complejo determinar la responsabilidad de los diferentes sujetos que concurrieron a la producción del daño; y las mayores posibilidades de obtener un resarcimiento completo del daño, en la medida en que se evita la fragmentación de la causa entre el orden social y el civil en función de cuáles fueran los sujetos responsables. Así lo hicieron constar también numerosas decisiones de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo<sup>28</sup>, que reconocieron la competencia del orden social tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual (art. 110 del Código Civil) como en la extracontractual o aquiliana (arts. 1902 y 1903 del Código Civil). En la primera, tanto el trabajador como sus causahabientes podían exigir la responsabilidad del empresario o de terceros por incumplimiento de la obligación de prevención de riesgos como una de las que integran la relación laboral. La segunda surgía cuando el empresario o las personas de las que éste deba responder (culpa *in vigilando*) hubieran causado daños al trabajador, sin perjuicio de la correspondiente acción de repetición o de regreso (art. 1904 del Código Civil).

Del análisis de esta jurisprudencia se advierte con facilidad que la dificultad principal para determinar la competencia de los tribunales laborales no se encontraba en los supuestos en los que el trabajador, o incluso sus causahabientes, dirigían su pretensión exclusivamente contra la empresa. Resultaba pacífica, en este caso, la competencia del orden social, al considerarse un pleito derivado del contrato de trabajo y al considerarse que la seguridad y salud en el contrato de trabajo es una de las obligaciones que se desenvuelven en el seno de dicho contrato (arts.

<sup>25</sup> Siguiendo a J. GARCÍA MURCIA (Responsabilidades y sanciones..., *cit.*, p. 96): «No es preciso que se produzca infracción de la norma, aunque sí se requiere, naturalmente, un acto ilícito o indebido, por contradicción con los correspondientes mandatos legales o deberes contractuales, por deficiente o negligente aplicación de los mismos o por falta de diligencia en los actos de la vida».

<sup>26</sup> Ante la ausencia de una distribución específica de competencias en esta materia, los tribunales laborales reclamaban su competencia en atención, entre otros, en la atribución de competencias a la jurisdicción social para conocer de las cuestiones litigiosas que se promueven entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (art. 25.1 LOPJ) así como de aquellas pretensiones que se promuevan «dentro de la rama social del derecho» (art. 9.5 LOPJ). Si bien los tribunales civiles miraban al art. 22.3 LOPJ, que atribuye a la jurisdicción civil la competencia en materia de obligaciones extracontractuales.

<sup>27</sup> Véase un amplio análisis de esta cuestión en A. GINÉS I FABRELLAS, La Ley de la Jurisdicción social: punto y final al eterno debate acerca de la jurisdicción competente en materia de responsabilidad civil del empresario, Relaciones Laborales, nº. 21/22, 2012 (LA LEY 17931/2012).

<sup>28</sup> Entre otras, véase sentencias TS (Sala 1ª) de 19 de julio de 1989, 2 de octubre de 1994, 26 de diciembre de 1997 y 10 de febrero de 1998. Además de los siguientes autos dictados por la Sala Especial de Conflictos del TS de 23 de diciembre de 1993, 4 de abril de 1994 y 10 de junio de 1996.

4 y 19 ET y 14 LPRL). La cuestión litigiosa se producía, pues, «entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo» (art. 2.a LPL) y, en consecuencia, la pretensión se promovía «en la rama social del Derecho» (art. 9.5 LOPJ). Sin embargo, la responsabilidad por los daños causados por incumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud puede afectar a sujetos muy variados y ello lleva a que pueda ser exigida por el trabajador o por sus causahabientes frente a todos aquellos que tengan atribuidos deberes de prevención y protección<sup>29</sup>. Por lo tanto, la fuente principal de conflictos en este ámbito venía determinada por los casos de litisconsorcio pasivo en los que, junto con el empresario o independientemente de éste, el trabajador demandaba también a terceros con los que él o sus causahabientes no mantenían una relación laboral. En tales supuestos, el orden civil reclamaba su competencia para conocer de estas demandas, en atención al carácter extra contractual de la responsabilidad<sup>30</sup>.

Así pues, la vía civil se consideró «la vía pertinente» cuando las acciones de responsabilidad se dirigiesen por el trabajador o por sus causahabientes frente a personas distintas de su empresario o, en general, contra personas ligadas al trabajador por vínculos extracontractuales<sup>31</sup>. Dado que el

art. 1903 del Código Civil permite la responsabilidad patrimonial surgida por actos y omisiones propias, pero también por actos derivados de la culpa *in vigilando* derivada de la responsabilidad que asume el empresario al contratar a sus trabajadores, el empresario puede ser demandado cuando los sujetos causantes o responsables de los hechos desarrollen su actividad en el ámbito organizativo de la empresa, como sucede con los directivos o los encargados de alguna tarea preventiva<sup>32</sup>. En estas circunstancias, el art. 1904 del Código Civil ofrece una acción de repetición o regreso para que quien costea el daño causado por sus dependientes o subordinados pueda repetir de éstos lo que hubiera satisfecho<sup>33</sup>.

Sin embargo, tampoco las sentencias dictadas por la mencionada Sala Civil mantuvieron una posición uniforme. Entre ellas destaca, por su claridad, la STS de 20 de marzo de 1998<sup>34</sup>, que consideró competente al orden jurisdiccional social en virtud de lo dispuesto

---

la reclamación por un tercero de responsabilidad a la empresa por actos de la misma o de sus trabajadores, o bien cuando se reclama frente a un proveedor o fabricante. Respecto de la responsabilidad de estos últimos, véase un completo análisis en B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO: «Responsabilidades de los fabricantes en materia de prevención de riesgos laborales», *Lex Nova* (Valladolid, 2005).

<sup>29</sup> Lo resume a la perfección A.V. SEMPERE NAVARRO: «¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 1, 2008, BIB 2008/494: «En otras palabras, los tribunales laborales son competentes si el accidente de trabajo se debió al incumplimiento de las normas de seguridad derivadas del contrato de trabajo, entendido éste en sentido amplio, aunque no fuera imputable a los sujetos intervinientes en el mismo, por lo que podría hablarse de la existencia de una responsabilidad de naturaleza extracontractual o 'contractual impropia', cuyo conocimiento corresponde al orden social, ya que lo relevante no es el tipo de responsabilidad reclamada, sino que la misma derive de la falta de adopción de medidas de seguridad en prevención de riesgos laborales como causa de los daños sufridos por el trabajador, pues entonces estamos ante ilícitos laborales, o lo que es igual, ante pleitos afectantes a la rama social del derecho, para cuyo conocimiento son competentes los tribunales de dicho orden».

<sup>30</sup> En este sentido, véase J. GARCÍA MURCIA: «Responsabilidades y sanciones...», *cit.*, p. 97.

<sup>31</sup> Rec. 741/1994.

<sup>29</sup> Como indica J. GARCÍA MURCIA: «Responsabilidades y sanciones...», *cit.*, p. 97: «en el ámbito específico de la seguridad y salud en el trabajo (la responsabilidad civil o patrimonial) podrá ser exigida por la víctima de la lesión a todos aquellos que tengan atribuidos deberes de prevención y protección. Tanto en una hipótesis ideal como en una experiencia real, es evidente que se trata de una responsabilidad destinada principalmente a ser exigida por el trabajador (o sus causahabientes), al empresario».

<sup>30</sup> Así lo afirman, entre otras, las STS de 15 de enero de 2008 (rec. 2374/2000), 19 de febrero de 2008 (rec. 106/2008), 16 de abril de 2008 (rec. 449/2001), 19 de mayo de 2008 (872/2001), 24 de julio de 2008 (rec. 122/2002), 23 de abril de 2009 (rec. 497/2003 y 2441/2004), o 25 de octubre de 2011 (rec. 1737/2008), entre otras, todas ellas de la Sala Civil.

<sup>31</sup> En este sentido, véase J. GARCÍA MURCIA: «Responsabilidades y sanciones...», *cit.*, p. 97. El autor cita como ejemplos de la adecuada competencia de la jurisdicción civil en esta materia

en el art. 9.5 LOPJ y en los arts. 1 y 2 de la entonces vigente LPL de 1995, por encima de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil y de la interferencia que en ello pudieran ocasionar en los supuestos de responsabilidad extracontractual<sup>35</sup>. Poco tiempo después, la situación dio un vuelco ante la falta de un apoyo jurisprudencial unánime de la Sala Civil a dicha interpretación: la STS de 13 de octubre de 1998<sup>36</sup> devolvió la competencia al orden civil, en atención a su ya referida *vis atractiva* y a la invocación por el demandante de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, reguladores de la responsabilidad extracontractual<sup>37</sup>.

Tiempo después, la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se opuso con gran lucidez a este criterio en su sentencia de 26 de mayo de 2000, en la que quiso destacar el carácter excesivamente formalista que se venía empleando y por el que se hacía depender la competencia jurisdiccional de cuál fuese la norma invocada por el demandante<sup>38</sup>. Esta

<sup>35</sup> En palabras de la referida sentencia: «Pese a la vis atractiva del orden civil y las concomitancias que ofrece con los supuestos de culpa extracontractual prevenidos en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, el orden jurisdiccional competente para conocer del mismo es el correspondiente al orden social».

<sup>36</sup> Rec. 2009/1994.

<sup>37</sup> Para la Sala el daño sufrido como consecuencia de la actividad laboral «excede de la órbita específica del contrato de trabajo, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime cuando en la demanda se hace alusión a que la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios con cobertura en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil». A esta interpretación se sumaron nuevas sentencias, entre ellas, STS de 30 de noviembre y 18 de diciembre de 1998 (rec. 2346/1994 y 2178/1994), 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999 (rec. 2573/1994, 3111/1994, 3619/1994 y 1110/1995, respectivamente) y 2 de marzo de 2000 (rec. 186/2000).

<sup>38</sup> Así, indica la Sala, «pese a la denominación que el actor le da en su demanda (de responsabilidad por culpa extracontractual), lo cierto es que la única y verdadera acción que en, en el proceso a que se refiere este recurso, ejercita el actor aquí recurrente, es la de la responsabilidad contractual por el incumplimiento por la empresa del contrato de trabajo existente entre las partes, al no observar las normas establecidas en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo (no facilitan-

situación conducía a declarar la competencia de la legislación laboral y la incompetencia de la civil cuando la demanda se basaba en la infracción exclusiva de normas laborales<sup>39</sup>, y a considerar competente a la jurisdicción civil cuando se fundaba en la culpa extracontractual de los empresarios demandados<sup>40</sup>. Esta interpretación derivaba en un claro abuso de las demandas por reclamación extracontractual, debido la mayor generosidad de las indemnizaciones concedidas por la Sala Civil<sup>41</sup>, siendo muy criticado que el justiciable pudiera elegir libremente el orden

do al trabajador demandante gafas o pantallas protectoras)». Hábilmente señala que el principal motivo de confusión viene determinado por «un problema de mayor calado, consistente en que la normativa laboral no conduzca por sí sola a la reparación íntegra del daño ni siquiera cuando se aplica el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad (...) también tasado, cuya naturaleza jurídica (sancionadora o reparadora) es objeto asimismo de una viva polémica». Por ello, concluye, dada la compatibilidad entre las indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho, sólo es posible garantizar la reparación íntegra del daño causado manteniendo la atribución de estas cuestiones a la jurisdicción civil, que podrá conocer de la posible culpa del empresario fundada en los arts. 1902 y 1903 C.Civ.

<sup>39</sup> STS de 6 de marzo, 4 de mayo y 28 de septiembre de 2006.

<sup>40</sup> STS de 20 de julio y 4 de octubre de 2006.

<sup>41</sup> Las indemnizaciones previstas en el orden civil por responsabilidad extracontractual resultaban notablemente más generosas que las utilizadas en el ámbito de la responsabilidad contractual. Esta situación no se ha modificado en los tiempos actuales, como se pone de manifiesto en la reciente STS de 24 de octubre de 2017 (rec. 833/2017). Sobre ella, véase M.I. LÓPEZ LLUCH, Tutela resarcitoria social en el caso Spanair, Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, nº. 421, abril 2018, pp. 103-110: «resulta de todo ello que la indemnización concedida en el supuesto analizado en la vía civil es un 640% superior a la indemnización otorgada en la vía social». Y ello, señala la autora, a pesar de que «en todos los procedimientos nos encontramos con un mismo accidente (aéreo), unos mismos daños (fallecimiento), mismos perjudicados (familiares), una misma compañía aseguradora que además asumió la responsabilidad en el accidente (MAPFRE Global Risk), la aplicación por todos los órganos jurisdiccionales de un mismo baremo (el de accidentes de circulación) con el mismo carácter orientativo, incluso los demandantes han reclamado semejantes cuantías indemnizatorias y, sin embargo, según se trate la víctima de un pasajero de la aeronave o de la tripulación, una distinta y alejada indemnización, en claro detrimento de los segundos frente a los primeros».

jurisdiccional civil o social en función de que invocase responsabilidad contractual o extra-contractual<sup>42</sup>, así como que pudiera acudir de forma sucesiva a uno u otro en función del resultado desfavorable que hubiera obtenido en el primero de ellos<sup>43</sup>. En la misma línea, los Autos dictados por la Sala de conflictos del Tribunal Supremo<sup>44</sup> atribuyeron la competencia a la jurisdicción social, y restringieron la de los tribunales civiles, respecto de la que consideraron que «únicamente opera cuando el daño sobrevenido no se produce con motivo u ocasión del trabajo, sino que se vincula a una conducta del empleador ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo».

De entre las resoluciones posteriores de la Sala de lo Civil, resulta fundamental la sentencia dictada por su Pleno el 15 de enero de 2008<sup>45</sup>. En ella se destacó como elemento «decisivo» para fijar la competencia judicial, el «determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo (...). Para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar, por tanto, si existe la infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal». Así las cosas, esta sentencia subordinó la competencia de la jurisdicción civil a que el daño se debiese «a normas dis-

tintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral, puesto que, cuando exista un incumplimiento de dicha relación, deberá declararse la competencia de la jurisdicción social». La determinación de cuándo se produce un incumplimiento del contrato de trabajo se hizo depender de que la conducta del empleador hubiera vulnerado «las normas voluntarias, colectivas y legales» reguladoras de dicho contrato de trabajo<sup>46</sup>. Entre tales normas figuran las relativas a la protección del trabajador frente a los riesgos laborales, que recogen tanto los arts. 5.d y 19 ET<sup>47</sup>, así como los arts. 14 y 42 LPRL<sup>48</sup>, o art. 168.3 LGSS<sup>49</sup>. Así pues, esta sentencia fijó la doctrina según la cual la obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, al

<sup>46</sup> Para A.V. SEMPERE NAVARRO (op. cit.): «Como novedad, que representa un paso adelante en la competencia del orden social de la jurisdicción, la STS de 22 de junio de 2005 (RJ2005,6765), en contra de lo decidido por la sentencia recurrida, que casa y anula, mantiene que es competente el orden jurisdiccional social para el conocimiento íntegro de la demanda interpuesta por el trabajador en reclamación de los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo, contra todos los agentes intervinientes en el proceso, incluidos el Promotor y la Dirección Técnica de la obra siempre que –y aquí reside lo relevante–, dicho accidente de trabajo sea imputable a la falta de adopción de las medidas necesarias de seguridad en prevención de riesgos laborales».

<sup>47</sup> El art. 19 ET establece que «El trabajador, en la prestación de sus servicios tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene»; el art. 5.d) ET incluye dentro de los derechos del trabajador «la integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene».

<sup>48</sup> El art. 14 dispone que: «Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales». El art. 42, por su parte, establece que: «1. El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento». No establece, en cambio, la competencia judicial que debe conocer de tales responsabilidades.

<sup>49</sup> En dicho artículo se recoge el derecho del trabajador o de sus causahabientes a las indemnizaciones de los responsables criminales o civiles, y la compatibilidad del recargo de prestaciones con la responsabilidad civil, penal o administrativa que pueda derivarse.

<sup>42</sup> Así, A. GINÉS I FABRELLAS (op. cit.) señala 3 problemas principales derivados de esta dualidad jurisprudencial: el fórum shopping y peregrinaje de jurisdicciones, la inseguridad jurídica y ausencia de doctrina jurisprudencial unificada en materia de responsabilidad civil del empresario, y la variabilidad y falta de homogeneidad en la compensación del daño.

<sup>43</sup> Así lo indica M. RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER: «Accidente de trabajo, responsabilidad patrimonial del empresario y orden jurisdiccional competente», Relaciones Laborales, n.º 14, 2007, p. 11.

<sup>44</sup> ATS de 23 de diciembre de 1993 (rec. 8/1993), 4 de abril de 1994 (rec. 17/1993) y 10 de junio de 1996 (rec. 1/1996). En los tres supuestos, la Sala ofrece el motivo para atribuir su conocimiento a los tribunales laborales que: «el cumplimiento de los deberes legales impuestos por la legislación sobre seguridad e higiene en el trabajo se integran en el contenido de la relación laboral, cuyo conocimiento es materia propia de la jurisdicción social».

<sup>45</sup> Rec. 2374/2000.

formar parte del contenido contractual establecido por la LPRL<sup>50</sup>.

Pese a su importancia<sup>51</sup>, esta sentencia fue posteriormente matizada por la misma Sala de lo Civil en su STS de 11 de septiembre de 2009<sup>52</sup>. Y, además, no consiguió resolver el problema de las acciones dirigidas contra otros sujetos distintos del empresario, pues el incumplimiento del contrato de trabajo no evitaba la competencia de la jurisdicción civil, al entrar en juego su característica *vis attractiva* (art. 9.2 LOPJ). En consecuencia, solo cuando la demanda se dirija exclusivamente contra el empresario incumplidor de las medidas de prevención de riesgos se reconocía la competencia del orden social, al entender fundamentada la pretensión «de manera indubitable» en el incumplimiento del contrato de trabajo y en las normas legales que lo regulan<sup>53</sup>. O bien cuando el trabajador

accidentado, aun perteneciendo a la plantilla de una empresa que no resultaba condenada, hubiera sido cedido a las otras empresas demandadas en virtud de un convenio, lo que impedía que dichas empresas fueran consideradas como terceros ajenos a la relación laboral<sup>54</sup>.

Esta interpretación, aunque más amplia que las anteriores, impedía el resarcimiento íntegro de los daños sufridos por el trabajador. O, al menos, no lo permitía en el orden jurisdiccional social. El trabajador continuaba obligado a presentar sus reclamaciones ante diferentes órdenes jurisdiccionales, a través del denostado «peregrinaje jurisdiccional» que, aparte de las obvias molestias y complicaciones procesales, ofrecía el grave riesgo de obtener sentencias contradictorias. Finalmente, el legislador laboral dio el paso definitivo para racionalizar y ampliar el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social en esta materia. No existe duda alguna de que el art. 2.b) LRJS permite ahora el conocimiento íntegro de esta cuestión «con fundamento en su mayor especialización, conocimiento más completo de la materia social y marco procesal especialmente adecuado a los intereses objeto de la tutela de este orden», como indica el propio Preámbulo de la LRJS. Los tribunales laborales son ahora competentes para conocer de la responsabilidad civil extracontractual, siempre y cuando esta traiga conexión directa con la prestación de servicios laborales. Dicha competencia laboral se mantiene aún en el caso de que exista la duda acerca de si los perjuicios sufridos por el trabajador derivan específicamente del incumplimiento del contrato de trabajo. En este punto, téngase en cuenta que el art. 76 LRJS permite solicitar como diligencia preliminar «la determinación de las personas concurrentes a la producción de un daño con la

<sup>50</sup> Conforme al razonamiento de la Sala, considera que «la responsabilidad por accidentes de trabajo nace del incumplimiento de una obligación legal, porque la ley está determinando el contenido obligatorio del contrato de trabajo. La obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo la ley de Prevención de riesgos laborales en el artículo 14: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido del contrato de trabajo».

<sup>51</sup> Véase un extenso y exhaustivo comentario y análisis de esta sentencia, en el que se señala detenidamente el cambio de doctrina con respecto a resoluciones anteriores, en A.V. SEMPERE NAVARRO, op.cit.

<sup>52</sup> Rec. 1997/2002.

<sup>53</sup> STS (Sala 1ª) 19 de febrero de 2008 (rec. 4572/2000). Si bien dicha sentencia reconoce que la determinación de la competencia jurisdiccional constituye una cuestión de orden público procesal, que por ello puede ser examinada de oficio por el tribunal competente «cuando consta claramente la falta de la misma. Sin embargo, la aceptación de las anteriores conclusiones, no es suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Lo contrario contradice la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmite a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones y, precisamente tras

ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del peregrinaje enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación de dilaciones indebidas».

<sup>54</sup> STS (Sala 1ª) de 16 de abril de 2008 (rec. 449/2001).

persona a la que se pretenda demandar y la cobertura del riesgo en su caso»<sup>55</sup>.

Sin embargo, el art. 2.b LRJS tampoco permite resolver todos los conflictos a los que puede dar lugar una materia tan poliédrica como la seguridad y salud en el trabajo. Por ejemplo, no clarifica cuál ha de ser la jurisdicción competente para conocer de las reclamaciones por los daños producidos con ocasión o como consecuencia del trabajo cuando dicho daño no lo sufre directamente el trabajador, sino exclusivamente los familiares que conviven con él. Así ha sucedido con la reciente serie de demandas presentadas por las esposas de los trabajadores que enfermaron, en alguna ocasión con resultados mortales, al entrar en contacto con los restos de amianto presentes en las prendas de ropa de aquéllos. Al respecto, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo<sup>56</sup> reconoció la competencia del orden social respecto de las demandas presentadas directamente por los trabajadores o por sus causahabientes como consecuencia de la enfermedad sufrida por dichos trabajadores. Pero negó la competencia del orden social para conocer de las demandas presentadas por las esposas enfermas de aquéllos<sup>57</sup>. Estas últimas reclamaciones sí se han considerado afectadas por la *vis atractiva* del orden civil, desde el momento en el que el daño sufrido por las esposas, no trabajadoras, se fundamenta en normas distintas de las laborales. No niega la Sala Civil que el origen del daño es laboral. Pero entiende

que no fue consecuencia de un incumplimiento laboral, sino el resultado de la culpa o negligencia de un tercero, con el que estas mujeres no mantenían una relación de trabajo<sup>58</sup>. De este modo, la Sala se aparta del criterio de la responsabilidad por riesgo para asumir el criterio de la responsabilidad por culpa, al amparo del art. 1902 del Código Civil<sup>59</sup>.

Tampoco ha de pasarse por alto, en último lugar, los problemas que pueden derivarse de la responsabilidad empresarial ante los accidentes de trabajo *in itinere*, producidos fuera del recinto empresarial. En tales supuestos, puede resultar complicado determinar la responsabilidad empresarial si el accidente se consume fuera de las instalaciones empresariales. No obstante, es posible reconducir dicha responsabilidad cuando tal accidente viene motivado por el incumplimiento empresarial de las normas de prevención de riesgos laborales y especialmente si, en caso contrario, resultase obvio que se habría evitado o paliado la producción del daño al trabajador<sup>60</sup>.

### 3. COMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El art. 2.e LRJS atribuye al conocimiento de la jurisdicción social las acciones «para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de pre-

<sup>55</sup> En este sentido, véase J. GARCÍA VIÑA, Indemnización por daños y perjuicios en el orden social, una panorámica, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº. 173, 2015, BIB 2015/673).

<sup>56</sup> STS (Sala 1ª) de 3 de diciembre de 2015 (rec. 558/2014).

<sup>57</sup> Un amplio comentario de esta cuestión en M. MIÑARRO YANINI [Trabajo productivo (hombre), fuente de riesgo para el trabajo reproductivo (mujer), CEF Trabajo y Seguridad Social, nº. 395, 2016, p. 159], para quien: «La Sala distingue claramente entre los actores trabajadores y/o sus causahabientes por un lado, y las actoras no-trabajadoras sino esposas de otro». La Sala rechaza las reclamaciones de estas últimas, a las que se refiere repetidamente como «amas de casa», a pesar de haber sufrido daños en su salud, una de ellas incluso había fallecido por ello, como consecuencia del contacto permanente, al hacer la colada, con el amianto incrustado en la ropa de trabajo de sus maridos.

<sup>58</sup> Véase M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, p. 160.

<sup>59</sup> M. MIÑARRO YANINI (*op. cit.*, p.160).

<sup>60</sup> En el supuesto conocido por la SJS Bilbao de 5 de diciembre de 2017 (proc. 397/2017), un vigilante de seguridad que había terminado su jornada y se dirigía a su domicilio fue agredido por cinco sujetos con el rostro cubierto. Se consideró que dicha agresión tuvo lugar por producirse en el camino de vuelta del trabajo a su domicilio y como consecuencia directa de su actividad laboral. Además, la sentencia considera que la evaluación de riesgos laborales de la empresa titular del centro y de las empresas de seguridad subcontratadas resultaba deficiente, así como que aquella infringió las obligaciones de coordinación de las actividades preventivas exigidas por el art. 24 LPRL.

vención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones Públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones».

La principal particularidad que presentan estas demandas –respecto de las anteriormente referidas de reclamación por daños en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional– reside en su fundamento. En este caso, la acción se dirige a denunciar el mero incumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos, con independencia de que de dicho incumplimiento se hubieran derivado o no daños. En otras palabras, no es preciso que se produzca el evento dañoso para que el perjudicado pueda demandar, pues lo que éste quiere exigir es el cumplimiento de las obligaciones sobre prevención, aun en el caso de que el daño no hubiera llegado a producirse. Así las cosas, resulta obvio que esta acción puede tener un marcado carácter preventivo, cuando lo que busca es, precisamente, impedir que el daño pueda llegar a producirse<sup>61</sup>. El Preámbulo de la LRJS señala que con ello «se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo (...) además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales», un objetivo este largamente perseguido en la mate-

ria de la prevención de riesgos laborales. Las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo cuyo cumplimiento se quiere garantizar no son sólo aquellas que figuran en la legislación nacional, internacional o comunitaria. También ha de atenderse a las normas convencionales (convenios colectivos, acuerdos de empresa, previsiones contenidas en el contrato de trabajo, o acuerdos de los TRADE) a las que remite el art. 2.2 LPRL.

Con todo, en el caso de que dicho daño se hubiera producido, estas reclamaciones permiten que el demandante exija también la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Y esta opción se abre expresamente a los afectados, con independencia del carácter público o privado de su empleador, esto es: tanto si el afectado fuese un trabajador por cuenta ajena, como si se tratase de un funcionario, o formase parte del personal estatutario o del personal laboral al servicio de la Administración Pública. La ampliación de la legitimación activa para presentar estas acciones se ve correspondida también con el posible litisconsorcio pasivo: el afectado podrá dirigir su demanda a través de los tribunales laborales no sólo contra el empresario, sino también contra los terceros responsables del cumplimiento de dichas obligaciones.

En la medida en que el objetivo de esta acción es garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas legal o convencionalmente en materia de prevención de riesgos laborales, son dos los momentos en los que procede tal reclamación. Uno de ellos, inicial, tiene un claro carácter preventivo, pues no requiere que el incumplimiento se hubiera producido ya, sino que trata de prevenirlo. Así es posible que el o los demandantes actúen contra la inactividad del obligado u obligados a adoptar medidas en materia de seguridad y salud de los trabajadores, en cuyo caso el objetivo de la demanda será que se adopte una determinada conducta.

<sup>61</sup> Así lo afirma M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA, op. cit., p. 57.

Un segundo momento es aquel en el que la acción se dirige directamente contra una determinada actuación en materia preventiva. Bien para impugnarla, bien para solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios que esta hubiera causado, o bien para reclamar ambas pretensiones.

### 3.1. Legitimación activa y pasiva en los procesos para exigir el cumplimiento de las normas de seguridad y salud laboral

#### 3.1.1. Legitimación activa

Están legitimados activamente los trabajadores, a través de demanda individual o plural, o sus representantes legales o sindicales, mediante una demanda colectiva articulada a través de la modalidad especial de conflicto colectivo (arts. 153 a 162 LRJS). No lo está, en cambio, el empleador, dado que el art. 3.c LRJS excluye la competencia de los tribunales laborales para conocer las demandas que puedan presentar los empleadores frente a otros empresarios obligados a coordinar con él las actividades preventivas. Tampoco para el caso de que el empresario dirija su demanda contra otros sujetos o entidades que hubieran asumido la tarea de organizar los servicios de prevención de riesgos.

La legitimación activa contempla un concepto amplio de trabajador. No sólo incluye a los trabajadores por cuenta ajena, sino también los autónomos están legitimados para presentar una demanda ante los tribunales laborales frente a los responsables oportunos con el fin de reclamar tanto el adecuado cumplimiento de la normativa de prevención, como los daños sufridos con ocasión de su actividad profesional. Así lo ha reconocido el Auto de la Sala especial de conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2011, para quien, una vez más, el «punto de conexión, de carácter objetivo, es la índole de la materia –seguridad en el trabajo: sea de trabajadores por cuenta ajena o por cuen-

ta propia– y sector del ordenamiento al que pertenece la normativa de aplicación: Ley de Prevención de Riesgos laborales y otras normas concordantes, que forman parte del ordenamiento jurídico laboral»<sup>62</sup>.

Además, el art. 2.d LRJS atribuye de modo expreso competencia a los tribunales laborales para conocer de las reclamaciones de responsabilidad por daños originados en la prestación de servicios o por causa de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales –con expresa remisión al art. 2.b LRJS– presentadas por los trabajadores autónomos económicamente dependientes (en adelante TRADE) a los que se refiere el art. 17 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo<sup>63</sup>. Se trata de las acciones que puedan presentar los TRADE o sus causahabientes frente a todos aquellos que puedan tener responsabilidad legal, convencional o contractual por los daños originados al TRADE en el ámbito de la prestación de servicios o, en lo que aquí interesa, que traigan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Así se ha señalado que la responsabilidad que puede exigir el TRADE ante el orden jurisdiccional social no sólo es aquella establecida en la LPRL a través de los correspondientes acuerdos de interés profesional<sup>64</sup>, sino también las estipulaciones sobre seguridad y salud que pudieran haber incluido el propio TRADE y su empresario cliente en el

<sup>62</sup> Sobre esta cuestión, véase F. SALINAS MOLINA, *op. cit.*, p. 134.

<sup>63</sup> Este precepto, titulado «Competencia jurisdiccional», reconoce a los tribunales del orden social competencia «para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente».

<sup>64</sup> El art. 17.2 de la Ley 20/2007 atribuye competencia a la jurisdicción social «para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia» cuando, en lo que aquí interesa, dichas cuestiones interpretativas versen sobre la seguridad y salud en el trabajo.

contrato celebrado entre ambos<sup>65</sup>. De estas acciones conocerán también los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social, por expresa indicación del artículo 2.d) en relación con el 2.b) LRJS, a través de la modalidad procesal ordinaria o de los procesos especiales adecuados a la naturaleza de la pretensión que se formule<sup>66</sup>.

La competencia del orden social también alcanza a cuestiones colectivas en materia de seguridad y salud laboral. Con todo, los tribunales continúan debatiendo acerca de la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de demandas de conflicto colectivo en las que se solicite el cumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales. Dichas demandas, recuérdese, no pueden presentarse por los trabajadores individualmente considerados<sup>67</sup>, sino que, en representación de sus intereses han de actuar los sujetos colectivos (sindicatos, representantes unitarios...) indicados en el art. 152 LRJS. De ahí la dificultad, en ocasiones, de conectar estas reclamaciones con el objeto previsto en el art. 2.e LRJS –reclamaciones entre trabajadores y empresarios– y la errónea tendencia a asimilarlo con la exclusión prevista en el art. 3.b LRJS.

Si embargo, en estos casos, no se considera aplicable la exclusión del art. 3.b LRJS, sino que se reconoce la competencia del orden jurisdiccional social para reconocer la demanda presentada por dos sindicatos en representación de los trabajadores frente a la empresa contratista y frente a la empresa principal, reclamando el cumplimiento por aquella de las

normas de prevención de riesgos laborales<sup>68</sup>, al entender que esta no se trata de una «cuestión litigiosa entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas de riesgos laborales»; ni tampoco se trata de una cuestión «entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a ellos, por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención». Por el contrario, se ha reconocido como «palmario» que semejante cuestión tiene su encaje en las cuestiones contempladas en el art. 2.e LRJS «dada la condición de las partes procesales, trabajadores frente a empresarios». Entender una falta de competencia de la jurisdicción social para conocer de esta cuestión se ha considerado que resultaría «rayana en la temeridad»<sup>69</sup>.

### 3.1.2. *Legitimación pasiva*

El art. 2.e) LRJS permite que estas acciones se dirijan contra el empresario, como garante último del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Pero con frecuencia sucede que no es sólo éste el único responsable, sino que puede compartir esta obligación con otros sujetos a los que ya sea la ley, o bien los convenios o acuerdos, les atribuyan obligaciones de dar, hacer o no hacer en materia de seguridad y salud en el trabajo. Así, los tribunales laborales podrían conocer también de las demandas presentadas frente a otros empresarios que no fuesen empleadores del trabajador demandante, como sucedería con una empresa de trabajo temporal, con la empresa principal, la contratista, subcontratista o las diferentes empresas que prestan sus actividades en el mismo centro

<sup>65</sup> En ese sentido, véase M. R. MARTÍNEZ BARROSO: «Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva», Bomarzo (Albacete, 2016), p. 190.

<sup>66</sup> Al respecto, el art. 102.3 LRJS indica el uso de la modalidad procesal ordinaria o especial que corresponda «dentro del plazo de prescripción o de caducidad previsto en su caso para la misma o que resulte de la modalidad procesal aplicable, y en su defecto, regirá el plazo de prescripción de un año desde que pudieran ser ejercitadas».

<sup>67</sup> En este sentido, véase STS de 19 de enero de 2011 (rec. 102/2009).

<sup>68</sup> SAN de 29 de junio de 2016 (proc. 152/2016), en la que los dos sindicatos CCOO y UGT, en representación de sus trabajadores, presentan demanda de conflicto colectivo frente a la empresa Ferrovial Servicios S.A., así como frente a Renfe Viajeros «en su calidad de empresario principal y titular del centro de trabajo», para reclamar el cumplimiento de determinadas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

<sup>69</sup> SAN de 29 de junio de 2016 (proc. 152/2016).

de trabajo cuando exista entre ellas una obligación de dependencia<sup>70</sup>.

Pero la reclamación del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos no sólo será exigible sólo ante otras empresas, sino también frente a otros trabajadores de su misma o de otras empresas, trabajadores autónomos, promotores y propietarios de obra, entidades especializadas que actúan como servicios de prevención ajenos a las empresas, las auditoras y las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos<sup>71</sup>. Una muestra más de la atribución plena de competencia al orden social en materia de seguridad y salud laboral es la posibilidad de que éste conozca también de las demandas dirigidas, a estos efectos, contra las Administraciones Públicas empleadoras, o contra los fabricantes, importadores y suministradores de productos y equipos de trabajo. En la misma línea, de acuerdo con lo indicado en el art. 8 de la Ley 20/2007, el TRADE podrá dirigir su acción contra otros sujetos, además de contra el empresario-cliente, como pueden ser: otros empresarios con los que concurra el TRADE en el centro de trabajo en el que desarrolla su actividad, contra otros trabajadores autónomos, contra el titular del centro de trabajo en caso de ser diferente del empresario-cliente, aunque no desarrolle en él la actividad como empresario sino, por ejemplo, se tratase del promotor de una obra de construcción; o contra los fabricantes importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos útiles de trabajo, sustancias químicas y elementos para la protección de los trabajadores, tanto si el TRADE los hubiera adquirido directamente como si hubieran sido proporcionados por el empresario-cliente u otro empresario con los que el TRADE concurra en su actividad<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Sobre esta cuestión véase M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA, *op.cit.*, p. 57. También en este sentido, F. SALINAS MOLINA, *op. cit.*, p. 131.

<sup>71</sup> M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA, *op.cit.*, p. 57.

<sup>72</sup> M.R. MARTÍNEZ BARROSO, *Sujetos responsables de...*, cit., p.192.

### 3.2. La competencia del orden social para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de seguridad y salud laboral

El deseo del legislador de eliminar el peregrinaje de jurisdicciones y de convertir al juez social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales se muestra, como uno de sus máximos exponentes, en la atribución a los tribunales laborales, con carácter exclusivo, del conocimiento de las demandas presentadas por los empleados públicos –ya sean estos funcionarios, personal estatutario o personal laboral– contra las Administraciones Públicas para las que trabajan. También en este punto, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, se había producido un cierto vaivén jurisprudencial a la hora de determinar la competencia del orden jurisdiccional social o el contencioso-administrativo, para conocer de las reclamaciones de carácter laboral del personal estatutario. En la actualidad resulta indiscutible que la jurisdicción competente para resolver las cuestiones de este personal es la contencioso-administrativa (art. 3.c LRJS), frente a la que el art. 2.e) LRJS constituye una regla excepcional, justificada por el objetivo de convertir al orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

El art. 2.e LRJS atribuye expresamente a la jurisdicción social el conocimiento de las acciones de responsabilidad administrativa por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos, tratando de evitar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (art. 9.4 LOPJ)<sup>73</sup>. Para ello, es irrelevante que de la infracción de las normas de prevención de

<sup>73</sup> En este sentido, entre otras, véase STSJ Extremadura de 30 de julio de 2015 (rec. 262/15).

riesgos laborales se haya derivado o no un daño, pues lo esencial será su mero incumplimiento. Incluso es también irrelevante a efectos de la atribución de competencia a los tribunales laborales que la Administración haya incumplido o no de las normas de prevención de riesgos. El art. 2.e) LRJS permite que cuando la cuestión litigiosa verse sobre reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos por el funcionario público por el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos por la Administración, dicha demanda debe ser decidida en el orden jurisdiccional social. Basta con que se introduzca este objeto procesal en la demanda para que surja la competencia del orden social con el fin de apreciar si efectivamente ha habido o no incumplimiento de la citada normativa<sup>74</sup>.

El elemento determinante que permite ubicar el conocimiento de estas pretensiones en el orden jurisdiccional social y no en el contencioso-administrativo resulta ser la condición de la Administración Pública como empleadora, y no como autoridad pública<sup>75</sup>. Se evita de este modo que los funcionarios y el personal estatutario tengan que acudir a las referidas acciones para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que el art. 9.4 LOPJ atribuye al conocimiento de los tribunales contencioso-administrativos, para exigir la responsabilidad de la Administración por los daños que aquellos hubieran sufrido en materia de seguridad y salud. El motivo que les abre las puertas de la jurisdicción social en igualdad de condiciones que a los trabajadores por cuenta ajena no es otro que el sujeto que exige la responsabilidad: un empleado público a su empleador, no así un tercero frente al empleado público o a la Administración, lo

que sí constituiría un supuesto de responsabilidad patrimonial<sup>76</sup>.

A estos efectos, la Administración Pública tiene, respecto de sus empleados, las mismas obligaciones en materia de prevención de riesgos que cualquier empresario, eso sí, con las matizaciones que a tal efecto establezca el EBEP. Tanto es así, que el art. 2.e) LRJS permite que los empleados públicos presenten sus reclamaciones «en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena». De esta expresión se deduce que los funcionarios y el personal estatutario podrán constituir un litisconsorcio activo voluntario, para plantear conjuntamente su pretensión en la misma demanda que los restantes trabajadores por cuenta ajena al servicio de la Administración. Esto implica, además, que los empleados públicos que actúen ante la jurisdicción social en esta materia dispondrán de los beneficios procesales característicos de ésta (principios de intermediación, oralidad, concentración, beneficio de asistencia jurídica gratuita, exención de caución para la adopción de medidas cautelares o de depósitos y consignaciones para recurrir, entre otros muchos<sup>77</sup>). Con todo, las condiciones para el planteamiento de estas demandas ante la jurisdicción social no serán exactamente las mismas que las previstas para otros trabajadores por cuenta ajena. Así, la opción que ofrece el art. 2.e LRJS resulta más sencilla cuando los empleados públicos reclamen contra un incumplimiento de la administración empleadora. Pero no lo será tanto cuando accionen contra su inactividad. Al tratarse de un órgano público, no será posible que presenten directamente la demanda ante los tribunales laborales, sino que previamente los futuros demandantes habrán de solicitar que la Administración lleve a cabo la actuación requerida<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Así lo expresa la STSJ País Vasco de 2 de junio de 2015 (rec. 887/2015).

<sup>75</sup> A tal efecto, recuérdese que el art. 14 EBEP recoge el derecho de los empleados públicos, ya sean estos funcionarios o laborales, a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

<sup>76</sup> En este sentido se ha pronunciado la conocida STS (Sala 3ª) de 3 de noviembre de 2008 (rec. 5803/2004).

<sup>77</sup> Así, F. SALINAS MOLINA, *op. cit.*, p. 132.

<sup>78</sup> Como indica M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA (*op. cit.*, p. 58): «previamente hay que provocar una resolución administrativa frente a la que se plantea la demanda. Es decir, hay que recla-

En la misma línea, también se amplía la competencia de los tribunales laborales, en la medida en la que el art. 2 b) LRJS permite dirigir la demanda directamente contra la aseguradora de los daños, sin necesidad de demandar conjuntamente al empresario o responsable asegurado de dicho daño<sup>79</sup>.

Con todo, las complejidades que presenta esta materia no han quedado completamente resueltas tras la promulgación del art. 2.e) LRJS. Muestra de ello es el conflicto conocido por la SAN de 12 de febrero de 2018<sup>80</sup>, que reconoció la incompetencia del orden social para conocer de la demanda de conflicto colectivo presentada por varias asociaciones judiciales para garantizar el cumplimiento de la obligación establecida en el plan de prevención de riesgos laborales del Consejo General del Poder Judicial. Para ello, solicitaron que éste elaborase, de modo general y abstracto, las cargas de trabajo de jueces y magistrados a efectos de salud laboral. La Sala reconoció que el art. 2.e) LRJS establece «claramente» la competencia del orden social en materia de prevención de riesgos laborales de funcionarios, ya que las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales «son necesariamente actuaciones administrativas, como no podía ser de otro modo, puesto que se efectúan en el ejercicio de sus potestades y funciones en esta materia». Sin embargo, también remarcó que dicha competencia queda limitada a la impugnación de actuaciones, de modo que sólo en este caso «podrán ejercer sus acciones a estos fines en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, así como las reclamaciones de responsabili-

dad por daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcional». Recuerda la Sala el art. 12.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según el cual el conocimiento de las impugnaciones de actos y disposiciones del CGPJ corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo<sup>81</sup>. Se trata, por tanto, de un fuero especial establecido por la LOPJ para los acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ, que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de dichos acuerdos «sin distinguir ninguno». La Sala justifica esta especialidad en que «el CGPJ es un órgano constitucional del Estado, lo cual justifica sobradamente que el legislador haya querido que la impugnación de sus actos se residencie únicamente en la Sala Tercera del Tribunal Supremo y específicamente en la Sección Especial reiterada, sin que dicha atribución comporte la más mínima indefensión (...) garantizando, al tiempo, el debido funcionamiento de la Administración de Justicia, en la que el CGPJ juega un papel institucional decisivo». A esta explicación añade que ningún órgano de la jurisdicción social tiene atribuida expresamente la competencia para conocer de la impugnación de los actos del CGPJ, «lo cual revela inequívocamente a nuestro juicio que el legislador no ha querido que las actuaciones del CGPJ, tampoco las referidas a la impugnación de actuaciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales, sean impugnadas ante la jurisdicción social».

mar a la Administración que realice una determinada actuación en materia preventiva y cuando resuelva –expresamente o por silencio administrativo– se puede demandar frente a esta resolución, si resulta desfavorable».

<sup>79</sup> Recuerda en gran medida esta disposición con la atribución de competencia al orden social que recoge el art. 2.f) LRJS para conocer de las demandas dirigidas contra terceros vinculados al empresario «por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios», que posteriormente desarrolla el art. 178.4 LRJS.

<sup>80</sup> Proc. 251/2017.

<sup>81</sup> Según el art. 638.2 LOPJ: «Los acuerdos del Pleno y de la Comisión permanente pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. El conocimiento de estos asuntos corresponderá a una sección integrada por el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que la presidirá, y por los demás Presidentes de sección de dicha Sala». La entrada en vigor de esta norma se produjo con posterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, por lo que, indica la SAN de 12 de diciembre de 2018, «el legislador no podía desconocer lo dispuesto en su art. 2.e) LRJS».

También han querido recordar los tribunales laborales que, a pesar de la amplitud con la que puede ser entendido el art. 2.e LRJS, no toda norma que pueda coexistir con la normativa sobre prevención de riesgos laborales pertenece, automáticamente, al ámbito de conocimiento de los tribunales laborales. Existen determinadas materias que no pueden ser comprendidas en su ámbito, como sucede con la legislación sobre protección de datos<sup>82</sup>.

### 3.2.1. *Un supuesto específico: el acoso laboral en la Administración Pública*

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, las demandas sobre acoso respecto de los funcionarios públicos debían tramitarse ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Esta cuestión era comúnmente admitida tanto por los tribunales pertenecientes a este orden jurisdiccional como por los juzgados y tribunales laborales<sup>83</sup>.

Tras la entrada en vigor de la LRJS y por expresa indicación de su art. 2.e), son los tribunales laborales quienes se encargarán del conocimiento de cualquier demanda de acoso laboral, ya la presente un funcionario público, personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, o personal estatutario. En la

actualidad, no existe duda alguna de que los riesgos psicosociales, de los que forman parte las situaciones de acoso, han de ser incluidos en el ámbito de la protección eficaz a la que obliga el art. 14 LPRL. A pesar de tratarse el acoso de una «conducta pluriofensiva» capaz de lesionar simultáneamente varios derechos fundamentales del trabajador afectado, su origen debe encontrarse «en la vulneración de los derechos del trabajador vinculados a las condiciones de trabajo y, por ende a la normativa de prevención de riesgos laborales»<sup>84</sup>. De este deber no pueden resultar excluidas las Administraciones Públicas cuando actúan en calidad de empleador, dado el carácter universal y transversal de la LPRL<sup>85</sup>. En este sentido se ha considerado que todo acoso laboral en el ámbito de la Administración Pública es consecuencia de una falta de diligencia por parte de ésta, ya que tiene la obligación de velar por la seguridad y protección física, psíquica y moral de sus trabajadores en el ámbito empresarial. No obstante, los tribunales tardaron en reconocer la competencia del orden social en esta materia y remitían las acciones por acoso laboral en la Administración Pública a los tribunales contencioso-administrativos. El motivo era simple, ya que consideraban estas demandas como acciones de tutela de derechos fundamentales, y éstas están excluidas del orden social por el art. 3.a) LRJS y por el art. 3.1 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa<sup>86</sup>. Esta interpretación ha sido llevada con

<sup>82</sup> En particular, la citada STSJ Galicia de 26 de mayo de 2017 rechaza que constituyan «exigencias sustentables en ninguna norma legal o reglamentaria sobre prevención de riesgos laborales» las pretensiones de que los despachos de los fiscales sean individuales, la necesidad de cerraduras y otros medios de seguridad para la custodia de causas que están especialmente protegidas por el deber de secreto de acuerdo con la Ley de protección de datos y la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Dichas exigencias, indica la sentencia, «no son exigencias sustentables en ninguna norma reglamentaria sobre prevención de riesgos laborales. Si acaso encontrasen su amparo en la legislación sobre protección de datos y en la legislación procesal penal, su cumplimiento sería deber de las Administraciones Públicas con competencias en materia de Justicia y su incumplimiento acoso podría generar otras acciones ante el Orden Jurisdiccional Contencioso administrativo, pero no ante el Social».

<sup>83</sup> Así, la STS (Sala 3ª) de 23 de julio de 2001 (rec. 3715/1997) reconoció la competencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de una demanda por acoso sexual y moral presentada por un funcionario del Ministerio Fiscal.

<sup>84</sup> F. SALINAS MOLINA, *op. cit.*, p. 135. También en este sentido unificó doctrina la STS de 20 de septiembre de 2007 (rec. 3326/2006), al vincular la escasa diligencia empresarial en un supuesto de acoso laboral con el derecho del trabajador a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.2.d ET) y a una protección eficaz en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo (arts. 19 ET y 14.1 LPRL).

<sup>85</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de enero de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España, Asunto C-132/04 (ECLI:EU:C:2006:18) condenó al Estado español por la exclusión injustificada de determinados colectivos del ámbito de aplicación de la Directiva 89/391, transpuesta en España por la LPRL.

<sup>86</sup> Entre otras, STSJ Islas Baleares de 14 de mayo de 2014 (rec. 342/2013). Para la Sala «el presente proceso tiene por objeto la demanda de la actora por violación de Derechos fun-

gran celo por parte de los tribunales, de modo que, aun cuando en la demanda se articule la pretensión por acoso laboral, se declarará la incompetencia de la jurisdicción social si el suplico de la demanda carece de contenido relacionado con el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos<sup>87</sup>.

En otras ocasiones se justificó la remisión a la jurisdicción contenciosa de estas acciones por traer su origen de hechos anteriores a la entrada en vigor de la referida LRJS y, por ello, a su expresa remisión al orden social<sup>88</sup>.

damentales en su calidad de funcionaria de carrera al servicio actualmente de la Consellería de turismo y Deportes de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (CAIB), por lo que en principio y con carácter general, las cuestiones litigiosas que de dicho estatus funcional surjan con su empleadora, están excluidas de la jurisdicción laboral en virtud de lo dispuesto en el arts. 1, 2 y 3 de la LRJS, ya que corresponden a la competencia material de la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con el apartado 3.a) del Artículo 1 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa».

<sup>87</sup> De acuerdo con este argumento, y en línea con la STSJ Castilla La Mancha de 27 de agosto de 2016 (rec. 859/2016), la STSJ Castilla La Mancha de 19 de enero de 2017 (rec. 1483/16) remite a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de la pretensión por vulneración de su derecho fundamental a la integridad moral, derivada del acoso laboral sufrido por una trabajadora integrante del personal estatutario al servicio del Complejo Hospitalario Castilla La Mancha Centro, dirigida contra éste y otros trabajadores del centro. Frente a «la pretendida existencia de acoso laboral sufrido por la demandante», la Sala atiende a los términos del suplico, en los que no menciona como infringida la normativa de prevención de riesgos laborales, sino la solicitud de nulidad de los expedientes iniciados contra la trabajadora, el cese inmediato de la realización de funciones ajenas a su puesto de trabajo y categoría profesional y la solicitud de indemnización por daños morales ocasionados. Ante ello entiende la Sala que «pese al difícil deslinde que puede darse sobre la cuestión planteada, no puede considerarse que la acción ejercitada pueda enmarcarse dentro de la competencia excepcional atribuida por el artículo 2.e) LRJS a la Jurisdicción social». En los mismos términos se pronuncia posteriormente la STSJ Castilla la Mancha de 16 de febrero de 2017 (rec. 1636/2016).

<sup>88</sup> Así sucede en la STSJ Galicia de 26 de mayo de 2017 (rec. 197/2017). La Sala considera incompetente a la jurisdicción social para conocer de la demanda de acoso moral presentada por un funcionario integrante del Ministerio Fiscal. Se indica que «en el caso de autos –y dadas las especiales particularidades del caso en cuanto, debido a la reforma legal el supuesto de acoso denunciado monta encima de dos

El paso adelante hacia la atribución al orden social de la competencia para conocer de las pretensiones de acoso laboral de funcionarios y personal estatutario llegó tras la vinculación de la conducta de acoso con la normativa sobre seguridad y salud laborales<sup>89</sup>. Una vez que este vínculo se hizo evidente, el acoso pasó a ser una de las cuestiones claramente atribuidas por el art. 2.e) LRJS al orden jurisdiccional social, en tanto que «con la nueva redacción de la norma procesal, la competencia de esta jurisdicción se extiende a la impugnación de las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de riesgos laborales, también cuando son funcionarios y personal estatutario, incluidas la reclamación de responsabilidad por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales»<sup>90</sup>.

Actualmente, es este último aspecto, el relativo a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de las conductas de acoso, el que ha merecido una mayor atención desde el punto de vista de la determinación del orden jurisdiccional competente. El art. 183 LRJS, relativo al contenido de la sentencia dictada en los procesos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, permite al ór-

momentos legales con diferentes atribuciones competenciales– (...) la competencia para el conocimiento de la pretensión ejercitada ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo ha quedado fijada en el momento de presentación de la demanda ante ese orden jurisdiccional –datada a 28.11.2011–, pues en ese momento ese Orden Jurisdiccional resultaba ser el competente». Especialmente interesante resulta lo añadido a continuación: «si el funcionario fiscal demandante hubiera presentado su demanda ante el Orden Jurisdiccional Social con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social seríamos competentes en relación con las pretensiones de aquella demanda que estuvieran comprendidas en el artículo 2 e) de la Ley (...); pero lo hizo antes, y antes no lo éramos».

<sup>89</sup> En palabras de la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 10 de junio de 2016 (rec. 350/2016), los artículos 3.1, 14, 15 y 22 LPRL, en relación con el art. 9.5 LOPJ, conducen al reconocimiento de la competencia de la jurisdicción social «sin otras matizaciones», tanto de las acciones derivadas de acoso sufridas por funcionarios de la Administración Pública, como para conocer de la reclamación de los daños que de ella puedan derivarse.

<sup>90</sup> SJS Bilbao de 20 de noviembre de 2015 (proc. 271/2015).

gano judicial que haya apreciado la existencia de vulneración de estos derechos y libertades «pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados». Parece claro que, cuando estos daños deriven de una situación de acoso moral, el procedimiento adecuado para conocer de esta pretensión es el de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 174-184 LRJS). Sin embargo, no han faltado sentencias que consideraron incompetente al orden social para conocer de las lesiones de derechos fundamentales y libertades públicas de los funcionarios y del personal estatutario al servicio de la Administración Pública. No existe ninguna norma que extienda al orden social la competencia para conocer de la tutela de derechos fundamentales de los funcionarios, al estilo de la que recoge el art. 2.e) LRJS respecto de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Así lo ha reconocido la STSJ Galicia de 14 de julio de 2014<sup>91</sup>, aunque también sea posible observar la posición contraria, admitiendo la competencia del orden social para conocer de estas cuestiones al amparo del art. 2.e) LRJS, en las sentencias

<sup>91</sup> En ella, el demandante tenía la condición de funcionario municipal perteneciente al Cuerpo de Policía Local del Ayuntamiento de A Coruña y presentó demanda de tutela de derechos fundamentales por acoso laboral, vulneración de su integridad física y moral, su honor y dignidad, solicitando se declarase la nulidad radical y cese inmediato de la conducta impugnada, así como la condena solidaria de los demandados –Administración Pública y personas físicas– a reparar los daños y perjuicios causados. La Sala estimó la incompetencia del orden social para conocer de esta pretensión dado que «el objeto del litigio se refiere a una cuestión de derechos fundamentales por acoso laboral ocurrida en el seno de una relación funcional que no es susceptible de ser tramitada por el proceso especial previsto en los arts. 177 y ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social, pues no cabe una interpretación extensiva como la que el demandante pretende al tratarse de una materia distinta y ni siquiera relacionada con la prevención de riesgos laborales a que se refiere el art. 2.e) de la LRJS».

del TS de 10 de abril de 2013<sup>92</sup> y del TSJ País Vasco de 2 de junio de 2015<sup>93</sup>.

No menos importante resulta también determinar el alcance subjetivo de la competencia de los tribunales laborales de acuerdo con el art. 2.b) LRJS. Por primera vez, se incluye en ella a los funcionarios o al personal estatutario, en igualdad de condiciones que los trabajadores por cuenta ajena. Unos y otros deben de plantear sus demandas ante el orden jurisdiccional social, que atrae a sus filas, excepcionalmente<sup>94</sup>, una competencia habitual del contencioso-administrativo. Con ello, se consiguió eliminar la competencia residual que, tradicionalmente, había venido asumiendo el orden jurisdiccional civil respecto de los pleitos sobre daños en los que hubieran intervenido personas distintas del empresario o empleador.

El elemento determinante de la asunción de competencias por el orden jurisdiccional social respecto de una materia tradicionalmente asignada al orden contencioso-administrativo reside, precisamente, en la materia respecto de la que se llevan a cabo las actuaciones administrativas impugnadas. La legislación en materia de prevención de riesgos laborales afecta y es aplicable a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, ya sea este personal funcionario, laboral o estatutario. No se trata, por consiguiente, de una normativa aplicable exclusivamente a los trabajadores.

Con todo, esta materia no fue siempre competencia de los tribunales laborales. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, al no estar expresamente atribuida a los tribunales laborales. Dan buena muestra de ello las sentencias, algunas de la Sala Ter-

<sup>92</sup> Rec. 67/2012.

<sup>93</sup> Rec. 887/2015.

<sup>94</sup> Así lo ha calificado la STS de 27 de agosto de 2016 (rec. 859/2016), oponiendo el art. 2.e) LRJS «de modo excepcional» a la exclusión contenida con carácter general en el art. 3.c) de la misma norma.

cera del Tribunal Supremo, que conocían de demandas de acoso presentadas por funcionarios públicos de carrera contra la Administración en la que prestaban servicios<sup>95</sup>. Con todo, es posible encontrar significativas sentencias dictadas por los tribunales laborales en las que se admite la competencia del orden social para conocer de las demandas de acoso presentadas por empleados públicos no sólo contra su administración empleadora, sino también contra compañeros de trabajo hostigadores. Un ejemplo perfecto de esta situación puede encontrarse en la STSJ País Vasco de 20 de febrero de 2007<sup>96</sup> y en el magnífico razonamiento empleado por su Sala de lo Social para reconocer su competencia respecto de una demanda por reclamación de cantidad derivada de una situación de acoso, que presentó una trabajadora contra su empleador, sus superiores y otros compañeros de trabajo. La Sala reconoció la competencia del orden social para conocer de la indemnización solicitada a la administración empleadora y distinguió esta situación de los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que sí están excluidos de la competencia del orden social<sup>97</sup>. Pero más importante resultó la atribución al orden social de la reclamación contra sus superiores y compañeros de trabajo, que se fundamentó en dos razones principales: la pri-

mera fue la inserción de esta reclamación en la rama social del Derecho, ya que no se basa en actuaciones ajenas a la actividad laboral, sino en hechos ocurridos en lugar y tiempo de trabajo y con ocasión de la actividad laboral. La segunda razón no es otra que evitar la ruptura de «la continuidad de la causa» que se produciría en el caso de que se ejercitase esta acción ante el orden civil por el mero hecho de tratarse de personas físicas «en detrimento de la adecuada satisfacción del derecho a la tutela judicial de la parte demandante y de la celeridad y economía procesal, con riesgo de fallos contradictorios y duplicidad de indemnizaciones por los mismos daños, sin que exista justificación alguna para ello».

### 3.2.2. *Las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones en materia de seguridad y salud laboral*

La Administración Laboral tiene, entre sus competencias, la tarea de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo (art. 7.1.b LPRL), a través, entre otros medios, de la actuación de la Inspección de Trabajo (art. 9 LPRL)<sup>98</sup>. Para realizar su actividad, la Inspección cuenta, entre otros mecanismos, con la posibilidad de emitir los correspondientes requerimientos de subsanación al empresario así como las correspondientes propuestas de sanción por las deficiencias observadas en el cumplimiento de las normas de seguridad y salud (art. 43 LPRL) e, incluso, paralizar las actividades de una empresa cuando hubiera detectado en ella algún incumplimiento de dicha normativa que pueda suponer un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 44 LPRL). Todo ello sin perjuicio de que, en supuestos de excepcional gravedad, pueda ser el Gobierno o el órgano correspondiente de la comunidad autónoma el que

<sup>95</sup> Sirva como ejemplo la STS (Sala 3ª) de 23 de julio de 2001 (rec. 3715/1997).

<sup>96</sup> Rec. 2742/2006. La trabajadora solicitó la condena solidaria al pago de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos: «en tanto que los mismos habían sido consecuencia por un lado de la no existencia de las medidas necesarias en materia de prevención de riesgos psico-sociales, y por otro de la no adopción de medida alguna ante el conflicto existente con mis compañeros de trabajo y con el pleno conocimiento, complacencia y pasividad de la dirección».

<sup>97</sup> En palabras de la Sala: «no se basa en la indebida prestación del servicio público asumido por el Consorcio de Compensación de Seguros, sino en el incumplimiento de sus obligaciones como empresario». Con gran contundencia defendió que «la asignación al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de la competencia para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, debe ser interpretada en sus propios términos y en armonía con el artículo 3 de la propia Ley 29/1998 y con los preceptos que asignan al orden social la competencia para el enjuiciamiento de los litigios que surjan en la rama social del derecho, con independencia de la naturaleza pública o privada del empleador».

<sup>98</sup> La Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social desarrolla las variadas competencias de la Inspección de Trabajo en materia de seguridad y salud laboral.

decrete la suspensión temporal de la actividad (art. 53 LPRL). Así pues, ante la constatación de un incumplimiento, la Inspección de Trabajo podrá iniciar el procedimiento administrativo sancionador por infracciones de orden social, que podrá finalizar con una disposición sancionadora, impugnabile ante el orden jurisdiccional social (art. 2.n LRJS).

Todas estas funciones de la Inspección revisten una clara naturaleza administrativa, si bien a la vez producen notables efectos sobre las relaciones laborales de las empresas en las que se lleve a cabo esta medida<sup>99</sup>. Por lo tanto, la competencia judicial en tales supuestos habrá de repartirse entre el orden contencioso-administrativo y el laboral, de acuerdo con la siguiente regla general: las impugnaciones directas de la resolución administrativa se dirigirán ante la jurisdicción contenciosa, mientras que las controversias entre empresario y trabajadores acerca de la aplicación de las limitaciones establecidas por la Inspección corresponderán a los tribunales laborales.

La modalidad procesal regulada por los arts. 151 y 152 LRJS actúa, a estos efectos, como cajón de sastre, absolviendo todas las impugnaciones de los actos administrativos en materia laboral que no estén expresamente remitidos a otra modalidad procesal<sup>100</sup>. Expresamente, dicha modalidad procesal contempla la impugna-

ción ante la jurisdicción social de las resoluciones administrativas en materia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, acoso sexual o acoso por razón de sexo (art. 151.5) y de las resoluciones de la autoridad laboral de paralización de trabajos por riesgo grave e inminente para la seguridad y salud (art. 152.2). Serán los destinatarios del acto o de la resolución impugnada quienes tendrán legitimación activa para presentar su demanda ante la jurisdicción social (art. 151.5 LRJS) para solicitar su revocación o su anulación. Pero también todos aquellos que ostenten derechos o intereses legítimos en dicha revocación o anulación podrán participar como parte en el proceso y habrán de ser emplazados al efecto<sup>101</sup>.

La Inspección de Trabajo, al igual que la Administración Laboral, cuando el centro de trabajo sometido a inspección coincida con el domicilio de la persona afectada, podrá solicitar la correspondiente autorización judicial para efectuar la debida inspección para el caso en el que el titular del domicilio se opusiera a la inspección o existiese el riesgo de tal oposición «en relación con los procedimientos administrativos de los que conozca o pueda conocer posteriormente la jurisdicción social, o para posibilitar cualquier otra medida de inspección o control que pudiera afectar a derechos fundamentales y libertades públicas» (art. 76.5 LRJS).

#### 4. CUESTIONES LITIGIOSAS EXCLUIDAS DEL ORDEN SOCIAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La centralización del conocimiento de las materias relativas a la seguridad y salud en el orden jurisdiccional social a través

<sup>99</sup> Así, L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN (Distribución y delimitación de competencias entre la Jurisdicción Social y la Jurisdicción contencioso-administrativa, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 261) señala, a modo de ejemplo, las siguientes: «concretamente, van desde el mantenimiento del derecho al salario de los trabajadores, en los casos de paralización o suspensión, pasando por la responsabilidad empresarial sobre todas las prestaciones de seguridad social que se deriven de los accidentes de trabajo que pueden producirse por incumplimiento de la medida de paralización o suspensión y llegando a la extinción de los contratos de trabajo en los supuestos de cierre definitivo. Todas estas consecuencias deberán ser planteadas ante la jurisdicción de trabajo».

<sup>100</sup> Puede verse un análisis de dicha modalidad procesal en Y. MANEIRO VÁZQUEZ, Impugnación de los actos administrativos en materia laboral y de seguridad social (excluidos los prestaciones), en NOGUEIRA GUASTAVINO y GARCÍA BECEDAS, «Lecciones de jurisdicción social», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 557-574).

<sup>101</sup> En el caso particular de las sanciones administrativas por acoso sexual o acoso por razón de sexo está legitimada la víctima del acoso, según su libre decisión. Esto implica que se le emplazará para que tenga conocimiento de la existencia del proceso, pero no podrá ser obligada a comparecer en él en contra de su voluntad (arts. 8.13 y 8.13 bis RLD 5/2000 y art. 12.3 LO 3/2007).

de la ampliación de competencias llevada a cabo por el art. 2 LRJS no impide que, determinadas cuestiones, aun vinculadas con la prevención de riesgos laborales, queden excluidas del orden social y permanezcan bajo la jurisdicción civil o contencioso administrativo. La exclusión del orden social tiene su encaje tanto en el art. 2.b LRJS *in fine* («y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente»), como en el art. 3.c LRJS, que excluye del conocimiento de los tribunales laborales «las cuestiones litigiosas en materia de prevención de riesgos laborales que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas laborales y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a éstos, y por cualquier título, la responsabilidad de organizar los servicios de prevención».

#### 4.1. La incompetencia del orden social para conocer de las acciones de responsabilidad entre empresarios por los daños causados en materia de seguridad y salud

La competencia del orden jurisdiccional social no alcanza a conocer de la acción de repetición entre los responsables del daño respecto del pago del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. En tal supuesto, sigue vigente la doctrina unificada por la STS de 30 de abril de 1990<sup>102</sup>, que reconoció la competencia de los tribunales civiles.

<sup>102</sup> Núm. 647. En ella se resolvió sobre el litigio promovido por un empresario que ejerció frente a otro la acción de resarcimiento respecto de unos derechos laborales de trabajadores de este último, que había tenido que asumir como contratista entrante en un servicio de limpieza anteriormente atendido por aquel y como consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo de aplicación.

La atribución de la competencia al orden civil para conocer de estas cuestiones no se altera, a juicio de los tribunales<sup>103</sup>, por lo dispuesto en el art. 2.e LRJS. Dicho precepto ubica en la jurisdicción social el conocimiento de las acciones destinadas a garantizar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, o la responsabilidad por los daños sufridos por causa de su incumplimiento. En el caso de la acción de repetición, ésta no proviene de la naturaleza laboral de la prestación, sino que la relación entre las empresas está sujeto a las normas civiles. Por lo tanto, se considera que debe ser también la jurisdicción civil la que conozca del reparto de responsabilidades entre ellos<sup>104</sup>.

El mismo razonamiento cabe realizar respecto de la acción para reclamar a la mutua el reintegro de facturas por asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo y prestada por el Servicio sanitario de salud. En tal supuesto, es clara la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>105</sup>, en tanto que no se trata de reparar al trabajador por el daño causado como consecuencia de un accidente de trabajo, sino del abono por parte de la mutua a una Administración Pública de unos importes correspondientes al tratamiento médico del trabajador accidentado.

<sup>103</sup> En este sentido, véase la reciente STSJ País Vasco de 16 de mayo de 2017 (rec. 921/2017), en la que se atribuye a la competencia del orden civil el conocimiento de la acción de repetición entre dos empresas que resultan deudoras solidarias respecto del recargo de prestaciones por falta de adopción de medidas de seguridad.

<sup>104</sup> Para la referida STSJ País Vasco de 16 de mayo de 2017, «no estamos ante una pretensión que se promueve dentro de la rama social del Derecho. Cuestión distinta es que, esa normativa civil o los mismos términos de la relación contractual concertada entre ellos, pueda conducir a hacer el reparto en función de la mayor o menor entidad del incumplimiento preventivo causal del accidente por cada una de ellas».

<sup>105</sup> Así lo ha reconocido, entre otras, la SAN (Sala de lo contencioso-administrativo) de 23 de junio de 2017 (rec. 30/2017).

#### 4.2. Las cuestiones que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas. Y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido la responsabilidad de organizar los servicios de prevención

El art. 3.b LRJS matiza la atribución a la jurisdicción social de los litigios referidos en el art. 2.e LRJS, en materia de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, también en el caso de los empleados públicos respecto de su administración empleadora. Así las cosas, de acuerdo con las exclusiones contenidas en el referido art. 3.b LRJS, no podrán conocer los tribunales laborales de las cuestiones que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con él las actividades preventivas y entre cualquiera de ellos y los sujetos o entidades que hayan asumido la responsabilidad de organizar los servicios de prevención. Entre estas reclamaciones pueden encontrarse las que realiza una empresa principal respecto de una contratista y/o subcontratista, entre empresarios que comparten un lugar de trabajo sin vinculación entre ellos, entre una empresa titular de un centro de trabajo y las empresas con las que coordina actividades, o una empresa de trabajo temporal respecto de la empresa usuaria<sup>106</sup>.

Los empresarios que, en un mismo centro de trabajo, realicen actividades que puedan poner en peligro a los trabajadores de otras empresas deberán cooperar entre sí, estableciendo los medios de coordinación de actividades que resulten necesarios, en atención a la peligrosidad de las actividades que se realicen en el centro de trabajo, el número de trabajadores que pueden resultar afectados y la duración de la concurrencia de actividades desarrolladas por estas empresas (art. 4.1 RD 171/2004, de 30 de enero). Ahora

bien, en el caso de que dichos empresarios hayan incumplido o cumplan defectuosamente este deber de coordinación, no podrán plantearse ante la jurisdicción social las cuestiones que surjan de esta situación, pues de ellas habrán de conocer los tribunales civiles.

Lo mismo sucedería en el caso en el que uno de los empresarios fuera el titular del centro de trabajo. También sería competencia del orden civil, no del laboral, las cuestiones que puedan surgir entre el empresario principal y alguno o algunos de los empresarios concurrentes, o bien directamente entre éstos. Por el mismo motivo, tampoco son competencia de los tribunales laborales las cuestiones que surjan entre el empresario principal y los contratistas o los subcontratistas, o de éstos entre sí.

En la misma línea, también corresponden al orden jurisdiccional civil y, por lo tanto, están excluidas del laboral, las acciones que se susciten entre el empresario y los sujetos o entidades que hayan asumido frente a ellos por cualquier título la responsabilidad de organizar los servicios de prevención. El RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los servicios de prevención, indica quiénes pueden ser los obligados a prestar este servicio<sup>107</sup>. Con independencia de cuál sea la modalidad elegida para organizar la actividad de prevención de riesgos, habrán de plantearse ante el orden jurisdiccional civil, al estar excluidos del laboral, las cuestiones que surjan entre la empresa –ya se trate de la empresa principal, contratista, subcontratista, titular del centro de trabajo, etc.– y los sujetos o las entidades que hayan organizado los servicios de prevención<sup>108</sup>.

Obviamente, la situación habría de modificarse en el supuesto en el que la indicada descoordinación de las actividades preventivas

<sup>106</sup> M.C. SALCEDO BELTRÁN: «Prevención de riesgos laborales en la nueva Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social», en RODRÍGUEZ PASTOR y ALFONSO MELLADO (Dir.), «La nueva ley de la Jurisdicción Social», Bomarzo (Albacete, 2012), p. 414.

<sup>107</sup> De acuerdo con lo indicado por dicho precepto, el servicio puede prestarse: asumiendo personalmente tal actividad, designando uno o varios trabajadores para llevarla a cabo, o bien constituyendo un servicio de prevención propio o bien ajeno.

<sup>108</sup> Sobre esta cuestión, véase M.L. SEGOVIANO ASTABURUAGA, op. cit., pp. 95-96.

dé como resultado un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. O, incluso, si de élla puede derivarse un riesgo para el trabajador. En tales supuestos, el conflicto ya no sólo afectaría a una relación exclusivamente civil o mercantil entre las partes, sino que se trataría de un conflicto entre empresarios y trabajadores atribuido, sin margen de duda en este caso, al orden jurisdiccional social (art. 2.a LRJS)<sup>109</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- M. CORREA CARRASCO: «Accidente de trabajo, responsabilidad empresarial y aseguramiento», Bomarzo, Albacete, 2007.
- L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR: «La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral: una mirada a través de las sucesivas leyes de procedimiento laboral», en DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (Coord.), «La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral», Bomarzo, Albacete, 2014.
- J.M. DÍAZ RODRÍGUEZ: «Impugnaciones en materia administrativa laboral», en DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (Coord.), «La nueva dimensión de la materia contenciosa laboral», Bomarzo, Albacete, 2014.
- L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN: «Distribución y delimitación de competencias entre la Jurisdicción social y la Jurisdicción contencioso-administrativa», Lex Nova, Valladolid, 2001.
- J. GARCÍA MURCIA: «Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo», Aranzadi, Pamplona, 2003.
- J. GARCÍA MURCIA: «Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo», Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, n° 395, febrero 2016, pp. 87-100.
- L. GIL SUÁREZ: «Responsabilidad civil o patrimonial derivada de accidente de trabajo: clases, elementos subjetivos y jurisdicción competente (I)», Actualidad Laboral, n° 1, 2005, pp. 1128-1141.
- A. GINÉS Y FABRELLAS: «La Ley de la Jurisdicción social: punto y final al eterno debate acerca de la jurisdicción competente en materia de responsabilidad civil del empresario», Relaciones Laborales, n° 21/22, 2012 (LA LEY 17931/2012).
- M.I. LÓPEZ LLUCH: «Tutela resarcitoria social en el caso Spanair», Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, n° 421, abril 2018, pp. 103-110.
- Y. MANEIRO VÁZQUEZ: «Impugnación de los actos administrativos en materia laboral y de seguridad social (excluidos los prestacionales)», en NOGUEIRA GUASTAVINO y GARCÍA BECEDAS (Dir.), «Lecciones de jurisdicción social», Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 557-574.
- A. MARTÍN VALVERDE: «Sistema judicial y jurisdicción laboral», en «El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil», Lex Nova Valladolid, 2001.
- M.R. MARTÍNEZ BARROSO: «Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva», Bomarzo, Albacete, 2016.
- M. MIÑARRO YANINI: «Trabajo productivo (hombre), fuente de riesgo para el trabajo improductivo (mujer)», CEF Trabajo y Seguridad Social, n° 395, 2016, pp. 157-161.
- C. MOLINA NAVARRETE: «Análisis de la nueva Ley de Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos», La Ley, 2012.
- B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO: «Responsabilidades de los fabricantes en materia de prevención de riesgos laborales», Lex Nova, Valladolid, 2005.
- M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER: «Accidente de trabajo, responsabilidad patrimonial del empresario y orden jurisdiccional competente», Relaciones Laborales, n° 2, 2007, pp. 15-32.
- F. SALINAS MOLINA: «La nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, n° 395, febrero 2016, pp. 121-141.
- M.C. SALCEDO BELTRÁN: «Prevención de riesgos laborales en la nueva Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social», en RODRÍGUEZ PASTOR y ALFONSO MELLADO (Dir.), «La nueva ley de la Jurisdicción Social», Bomarzo (Albacete), 2012, pp. 407-428.
- SANFULGENCIO GUTIÉRREZ: *Las contradicciones del Tribunal Supremo en el establecimiento del orden jurisdiccional competente para enjuiciar la responsabilidad civil empresarial por los daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo: a propósito de las sentencias dictadas el 1 (Sala de lo Social) y el 31 de diciembre de 2003 (Sala de lo Civil)*, Relaciones Laborales, n° 14, 2004, pp. 75 y ss.
- A.V. SEMPERE NAVARRO: *¿Cuál es la jurisdicción competente para determinar la responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo?*, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n° 1, 2008 (BIB 2008/494).

<sup>109</sup> En este sentido, C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., p. 78: «por mediar el punto de conexión relevante en orden a fijar la competencia: una cuestión litigiosa relativa a demandas del trabajador en relación a cualquier situación de riesgo que le afecte, pero no ya cuando sólo se trata de situaciones entre personas vinculadas por relaciones mercantiles».

**RESUMEN**

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la jurisdicción social convirtió al orden social en el orden especializado –con la salvedad del penal– para el conocimiento unificado de todas las materias de prevención de riesgos laborales, accidente de trabajo y enfermedad profesional. Este estudio trata de realizar un análisis de la evolución que ha tenido lugar en esta materia, prestando especial atención a la evolución jurisprudencial, que ha sido la principal impulsora de las mejoras legislativas que trató de ofrecer la LRJS, y que culminaron en sus artículos 2 (materias incluidas) y 3 (materias excluidas). El carácter poliédrico de la prevención de riesgos en el ámbito laboral, plagada de aspectos laborales, civiles, penales y administrativos, dificultó la identificación del orden jurisdiccional competente para conocer de cada uno de ellos, por tratarse de una materia que desborda un único orden jurisdiccional. De modo expreso, la LRJS reconoce su intención de evitar el llamado «peregrinaje jurisdiccional», que obligaba a los afectados a acudir a distintos juzgados y tribunales, provocaba graves disfunciones y dificultaba la efectiva protección de los derechos de las personas, protección integral de sus intereses en un período de tiempo adecuado y con unas razonables expectativas de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva. Este artículo centra su análisis en las dos materias sobre las que se centraron los principales problemas de delimitación de competencias entre el orden social y los órdenes civil y contencioso-administrativo: la responsabilidad del empresario en supuestos de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y los litigios sobre la aplicación o inaplicación de la norma de prevención de riesgos laborales por la Administración Pública en su condición de empleadora, no de poder público. Al análisis de estos dos aspectos tradicionales, se unirá el de otras cuestiones más recientes, como la competencia jurisdiccional para conocer de las demandas presentadas por los trabajadores autónomos económicamente dependientes, o el supuesto específico de acoso en la Administración Pública.

De todo ello, podrá apreciarse el importante papel que ha desempeñado la LRJS a la hora de centralizar el conocimiento de estas cuestiones en el orden social y favorecer el cumplimiento efectivo de las políticas de promoción de la seguridad y salud en el lugar de trabajo. La LRJS reivindica ex novo su propia competencia para conocer de las acciones sobre responsabilidad por accidentes de trabajo y enfermedades laborales que traigan su causa en la actuación culposa del empleador (art. 2.b LRJS). Este artículo constituyó una novedad sin precedente alguno en los anteriores textos procesales y convirtió a la jurisdicción social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, desde la primera fase preventiva, hasta la última fase reparadora del daño ocasionado por su incumplimiento. En consecuencia, el orden social concentra ahora el conocimiento de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad por los daños que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Pero, además, también se ocupa de la acción directa frente a la entidad aseguradora que cubra la responsabilidad civil patronal, sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente. La ampliación de la competencia del orden social que realizó el art. 2.b LRJS trató de ofrecer la solución definitiva que tanto había reclamado la doctrina científica y la judicial, poniendo fin a la dualidad de jurisdicciones competentes en materia de responsabilidad civil del empresario derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En segundo lugar, en este trabajo se analiza la competencia del orden social respecto del cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales [art. 2.e) LRJS]. La acción se dirige a denunciar el mero incumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos, con independencia de que de dicho incumplimiento se hubieran derivado o no

daños. En otras palabras, no es preciso que se produzca el evento dañoso para que el perjudicado pueda demandar, pues lo que éste quiere exigir es el cumplimiento de las obligaciones sobre prevención, aun en el caso de que el daño no hubiera llegado a producirse. Así las cosas, resulta obvio que esta acción puede tener un marcado carácter preventivo, cuando lo que busca es, precisamente, impedir que el daño pueda llegar a producirse. Con todo, en el caso de que dicho daño ya se hubiera producido, estas reclamaciones permiten que los afectados exijan también la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, con independencia del carácter público o privado de su empleador. En este estudio se analizan los dos momentos en los que procede esta reclamación: el inicial, que trata de prevenir el incumplimiento, y el posterior, dirigido a impugnar o a resarcir los daños derivados de un incumplimiento empresarial en materia de seguridad y salud laboral.

El último apartado analiza las cuestiones litigiosas excluidas del orden social en materia de prevención de riesgos laborales. Algunas de ellas, a pesar de estar vinculadas con la prevención de riesgos laborales, resultan expresamente excluidas del orden social y pertenecen al civil o contencioso administrativo. En concreto, se analizan dos aspectos: en primer lugar, la exclusión del orden social para conocer de las acciones de responsabilidad entre empresarios por los daños causados en materia de seguridad, para comprobar que la competencia del orden jurisdiccional social no alcanza a conocer de la acción de repetición entre los responsables del daño respecto del pago del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. En segundo lugar, se analiza la exclusión del orden social para conocer de las cuestiones que se susciten entre el empresario y los obligados a coordinar con éste las actividades preventivas, y entre cualquiera de los anteriores y los sujetos o entidades que hayan asumido la responsabilidad de organizar los servicios de prevención. Los empresarios que, en un mismo centro de trabajo, realicen actividades que puedan poner en peligro a los trabajadores de otras empresas deberán cooperar entre sí, estableciendo los medios de coordinación de actividades que resulten necesarios. Ahora bien, en el caso de que dichos empresarios hayan incumplido o cumplan defectuosamente este deber de coordinación, no podrán plantearse ante la jurisdicción social las cuestiones que surjan de esta situación, pues de ellas habrán de conocer los tribunales civiles, al igual que cuando uno de los empresarios fuera el titular del centro de trabajo.

**Palabras clave:** Jurisdicción, prevención de riesgos; funcionarios; responsabilidad; accidente de trabajo; enfermedad profesional.

**ABSTRACT**

The Law 36/2011, of October 10, Regulator of the Labour Jurisdiction (LRJS) made the Labour Courts the specialized ones –with the exception of the Criminal jurisdiction– for all the matters of occupational risks, work accidents and occupational diseases. This study tries to perform an analysis of the evolution that has taken place in this matter, paying special attention to the jurisprudential evolution, which has been the main driver of the legislative improvements that the LRJS tried to offer, and that culminated in its articles 2 (included subjects) and 3 (excluded subjects). The multifaceted nature of the occupational risks in the workplace, plagued by labour, civil, criminal and administrative issues, made it difficult to identify the jurisdictional order responsible for each of them, because it is a matter that exceeds one single jurisdictional order. In particular the LRJS recognizes its intention to avoid the so-called «jurisdictional pilgrimage», which obliged the affected to go to different courts and tribunals, caused serious dysfunctions and hindered the effective protection of the rights of the people, comprehensive protection of their interests in a limited period of time and with reasonable expectations of legal security and effective judicial protection. This article focuses its analysis on the two subjects on which the main problems of delimitation of competences between the Labour Courts and the Civil and Administrative Courts were focused: the responsibility of the employer in cases of occupational accidents and illness and litigation on the application or non-application of the standard for the prevention of occupational risks by the Public Administration in its capacity as employer, and not as a public authority. The analysis of these two traditional aspects will be combined with other more recent issues, such as jurisdictional competence to hear the claims presented by economically dependent self-employed workers, or the specific case of harassment in public administrations.

From all this, we can appreciate the important role played by the LRJS in centralizing the knowledge of these issues in the social order and encouraging effective compliance with policies to promote safety and health in the workplace. The LRJS claims *ex novo* its own competence to hear actions on liability for work accidents and occupational diseases that arise from negligent action on the part of the employer (Article 2.b LRJS). This article has no precedent in the previous procedural texts and turned the social jurisdiction into the guarantor of compliance with the regulations for the prevention of occupational hazards, from the first preventive phase to the final phase of reparation of the damage caused by its non-compliance. Consequently, the social order now concentrates the responsibility for the claims that can be presented by workers or their successors against the employer or against those who are legally, conventionally or contractually attributed responsibility for the damages that arise from work accidents or occupational diseases. But, in addition, it also deals with direct action against the insurance company that covers the employer's civil liability, without prejudice to the action of repetition in the appropriate jurisdiction. The extension of the competence of the social order that the art. 2.b LRJS created tried to offer the definitive solution that both scientific and judicial doctrine had demanded, putting an end to the duality of competent jurisdictions in terms of civil liability of the employer arising from work-related accidents and occupational diseases.

Secondly, this paper analyses the competence of the social order regarding compliance with the norms of prevention of occupational risks [art. 2.e) LRJS]. the claim is aimed at denouncing the mere failure to comply with the rules on risk prevention, regardless of whether said breach resulted in damages. In other words, it is not necessary to produce the harmful event so that the injured party can sue, because what he wants to demand is compliance with the obligations on prevention, even if the damage has not occurred. So, it is obvious that this action can have a strong preventive character, when what you are looking for is precisely to prevent damage occurring. However, in the event that this damage has already occurred, these claims allow those who had been affected to also demand liability arising from the damages suffered as a consequence of non-compliance with the regulations for the prevention of occupational risks, regardless of public or private nature of employer. This study analyses the two moments in which this claim

arises: the initial one, which seeks to prevent non-compliance, and the subsequent one, aimed at challenging or compensating for the damages arising from a breach by the employer in matters of occupational health and safety.

The last section analyses the litigious issues excluded from the social order in terms of prevention of occupational risks. Some of them, despite being linked to the prevention of occupational risks, are expressly excluded from the social order and belong to civil or administrative litigation. Specifically, two aspects are examined: firstly, the exclusion from the Labour Courts of the claims of responsibility between employers for the damages caused in the matter of security, to verify that the competence of the social jurisdictional order does not cover the repetition claims between those responsible for the damage with respect to the payment of the Social Security surcharge due to lack of security measures. Secondly, the exclusion of some matters from Labour Courts is studied in order to know the questions that arise between the employer and those obliged to coordinate the preventive activities with it, and between any of the previous ones and the subjects or entities that have assumed the responsibility of organizing prevention services. Employers who, in the same workplace, carry out activities that may endanger the workers of other companies should cooperate with each other, establishing the means of coordinating activities that are necessary. However, in the event that said employers have failed to fulfil or defectively achieve this duty of coordination, issues arising from this situation may not be raised before the social jurisdiction, as they will have to be heard by the civil courts, the same as when the employer is the owner of the work place.

**Keywords:** Jurisdiction; health and safety law; civil servants; liability; workplace accident; professional illness.

# El deber de seguridad del empleador y el principio protector en Latinoamérica

# Employers' Liability for Health and Safety and the Protective Principle in Latin America

MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE\*

## 1. INTRODUCCIÓN

**E**n Latinoamérica no se observa la existencia de un derecho de la prevención de riesgos laborales como rama especializada del Derecho del Trabajo. El sello principal en los países de la región permanece en la dimensión reparadora, con escaso desarrollo normativo si lo comparamos con el europeo, característica que podría tener distintas causas: desde luego nuestros derechos son más nuevos, los que además dicen relación con países con desarrollo económico y social distintos al europeo, en lo que se ha denominado «países en vías de desarrollo»; y la dogmática ha seguido esta realidad ocupándose tradicionalmente de la dimensión reparadora, desde el derecho de daños y las normas sobre atribución de responsabilidad civil en general.

En Europa y, más específicamente en España, la doctrina relevante desde hace varios años viene sosteniendo que el ámbito de la protección a que tiene derecho un trabajador, en lo relacionado con los riesgos presentes en su lugar de trabajo, abarca todo lo humana y

técnicamente posible, vale decir, toda medida de prevención que estando disponible para su uso, se encamine a evitar los riesgos en el trabajo, o en su caso, a disminuirlos considerablemente, sin que para ello interese el costo económico de su implementación<sup>1</sup>.

Esta postura se sitúa en un extremo de máxima protección, y no solo ello. Se suele agregar que la protección ofrecida sea eficaz, es decir, que las medidas de prevención de riesgos que adopte un empleador deben ser eficientes para el fin que se propone, esto es, eliminar el riesgo en el lugar de trabajo o, si ello no pudiera lograrse, reducirlo considerablemente, todo lo cual ha tenido una aplicación eficiente, porque existe una legislación que detalla pormenorizadamente las obligaciones que, en materia de prevención de riesgos laborales tiene el empleador<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Véase a Santiago GONZÁLEZ ORTEGA: «La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución», en: Revista de Política Social, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, N° 121 (1979): 210-217. También Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales, en: Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER (España: Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2006), 788-800.

<sup>2</sup> Ley N° 31 de 1995, sobre Prevención de Riesgos Laborales.

\* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad de Chile.

En los países latinoamericanos esta realidad es muy distinta, observándose niveles altos de judicialización antes que verdaderos esfuerzos por desarrollar una efectiva prevención de riesgos en el trabajo.

No es nuestro objetivo realizar acá un examen exhaustivo de las normas de cada país de la región<sup>3</sup>, sino destacar las notas distintivas de algunos de ellos que nos permitan ilustrar lo que hemos enunciado, y para tal fin enunciaremos las características generales de las normas sobre seguridad y salud en el trabajo en Argentina, Chile, Colombia y Uruguay, para luego proponer como herramienta interpretativa de las respectivas normas un refuerzo del principio de protección, entendiéndolo como un principio jurídico que, aplicado a la tarea interpretativa de preceptos legales muchas veces generales, permita centrar la preocupación en la protección de los derechos en que incide la seguridad y salud laboral, a través de la prevención de riesgos. En otras palabras, plantearemos que el principio de protección se manifiesta en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo a través del principio de prevención.

## 2. DESCRIPCIÓN DE LOS MODELOS DE PROTECCIÓN EN ARGENTINA, CHILE, COLOMBIA Y URUGUAY

### 2.1. Argentina

La regulación básica se encuentra en la Ley N° 24.557 de 1995, sobre Riesgos del Trabajo. En su artículo 4.1 establece: «Los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la Ley de Riesgos del Trabajo, así como las Administradoras de Riesgos del Trabajo están obligados adoptar las medidas le-

<sup>3</sup> Para una observación detallada de las características de cada país en Latinoamérica, véase [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms\\_180285.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/--ro-lima/documents/publication/wcms_180285.pdf), p. 19.

galmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo».

Si bien existe en Argentina regulación en reglamentos particulares sobre cuestiones vinculadas a la prevención de riesgos, por varios años se observó un alto porcentaje de judicialización de casos en que trabajadores resultaron con lesiones graves o la muerte como consecuencia de accidentes del trabajo, lo que se mitigó en gran medida con la Ley N° 26.773 de 2012, que eliminó la compatibilidad existente hasta entonces entre la cobertura ofrecida por el sistema de seguridad social y la vía civil para perseguir las indemnizaciones por los daños ocasionados. Al cancelar la Ley N° 26.773 la posibilidad de acumular reparaciones con fundamento en distintos sistemas de reparación, a partir de su entrada en vigor se ha observado la mantención de un énfasis reparador, pero ahora centrado en las Administradoras de Riesgos del Trabajo, a quienes se ha venido atribuyendo por la vía judicial, responsabilidad civil por incumplir sus deberes de prevención de riesgos.

Con razón Mario Ackerman sostiene que en Latinoamérica hoy se tiende a ubicar la prevención de riesgos laborales más bien en el Derecho del Trabajo –y no en el Derecho de Seguridad Social– aludiendo a esta realidad<sup>4</sup>.

### 2.2. Chile

En Chile, el deber de seguridad del empleador se regula en el artículo 184 del Código del Trabajo, que lo compromete en el cuidado de la vida y la salud de los trabajadores debiendo hacerlo «eficazmente», adoptando todas las medidas que sean «necesarias» para lograr dicho resultado eficaz, debiendo proporcionar elementos de protección personal que sean «adecuados». No hay mayor desarrollo

<sup>4</sup> Mario ACKERMAN, Tratado de Derecho del Trabajo, (Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, Tomo VI-A, 2° edición ampliada y actualizada, 2013), 17-18.

normativo, lo que ha conducido a los jueces laborales a realizar un análisis ex-post, cuando el riesgo laboral ya se manifestó, quienes hacen aplicación de estos conceptos jurídicos indeterminados al caso concreto, atribuyendo las responsabilidades consecuentes.

La consecuencia de lo descrito ha estado en el aumento de la litigación en los últimos años, para efectos de perseguir indemnizaciones reparatorias, en lugar de reforzar la protección de los bienes jurídicos que están detrás.

La seguridad social establece la compatibilidad de las prestaciones del seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales de la Ley N° 16.744, con las otras indemnizaciones a que tenga derecho la víctima de un infortunio legal o sus herederos, conforme a las reglas del Derecho Civil<sup>5</sup>.

Las entidades empleadoras han preferido sostenidamente la contratación de pólizas de responsabilidad civil, para precaver este riesgo: no el presente en sus empresas sino el de ser demandados civilmente. El énfasis reparator es evidente, y se inserta dentro de un modelo con escaso desarrollo de normas sobre prevención de riesgos laborales.

### 2.3. Colombia<sup>6</sup>

En Colombia las normas básicas están en el Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 56, según el cual incumben al empleador obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador; y el artículo 57, que establece que son obligaciones especiales del empleador: 1. Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las

labores, y 2. Procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.

Se observa un desarrollo normativo interesante en el año 2015, a través del Decreto 1072, denominado «Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo», que contiene normas de seguridad social para el otorgamiento de prestaciones en caso de infortunios laborales y, al mismo tiempo, desarrolla desde su artículo 2.2.4.1.1 en adelante un conjunto de normas de rango legal sobre sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo en un enfoque más moderno, en donde se contemplan deberes de todos los intervinientes en el proceso productivo (empleadores, trabajadores, organizaciones sindicales, el Estado), con un proceso continuo de evaluación.

El empleador está obligado a velar por la seguridad y salud de sus trabajadores, lo que debe concretar a través de las obligaciones: poner a disposición de sus trabajadores los instrumentos adecuados de trabajo; definir, divulgar, dirigir y hacer cumplir al interior de la empresa la política de seguridad y salud en el trabajo; realizar la prevención y promoción de riesgos laborales; integrar los aspectos de seguridad y salud en el trabajo al conjunto de sistemas de gestión, procesos, procedimientos y decisiones de la empresa; realizar el plan de trabajo anual y asignar responsabilidades al interior de la empresa.

Por otra parte, no destaca por ser un sistema de alta judicialización, que nos parece es producto de este mayor desarrollo normativo y cultural. Existe un interesante instrumento de evaluación del daño moral por lesiones graves o muerte del trabajador cuando el Estado<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Artículo 69 de la Ley N° 16.744, de 1968.

<sup>6</sup> Contenido revisado por el Prof. Jorge Mario BENÍTEZ PINEDO, Docente – investigador del Departamento de Derecho Laboral de la Universidad de Externado de Colombia.

<sup>7</sup> El instrumento se contiene en los «Criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales» aprobado mediante acta de 28 de agosto de 2014, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia.

## 2.4. Uruguay<sup>8</sup>

En cuanto obligación de garantizar la seguridad, salubridad y medio ambiente de trabajo, en Uruguay se encuentra consagrada y desarrollada en numerosos textos normativos, siendo de especial relevancia la Ley N° 5.032 de 1914, que establece que los empresarios «quedan obligados ... a tomar las medidas de resguardo y seguridad para el personal de trabajo, a efecto de evitar los accidentes originados en la utilización de máquinas, engranajes, etc. Así como para deficiencias en las instalaciones en general» (art. 1). Dentro de las normas reglamentarias destaca especialmente el Decreto N° 89/995 en materia de seguridad e higiene en la industria de la construcción y el Decreto N° 372/999 sobre igual materia en el sector forestal. La normativa reglamentaria aplicable a todos los establecimientos de los sectores comercial, industrial, rural y de servicios, tengan o no fines de lucro, consagra la obligación de las empresas de garantizar la salud y seguridad de los trabajadores, asumiendo a su propio costo la implementación de las medidas directamente relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo<sup>9</sup>.

En el año 2014 Uruguay aprobó la Ley N° 19.196, de Responsabilidad Penal Empresarial, que estableció un tipo penal especial asociado a la seguridad y salud en el trabajo en su artículo 1°: «El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión».

<sup>8</sup> Contenido revisado por Juan RASO DELGUE, Profesor de la Universidad La República de Uruguay.

<sup>9</sup> Alejandro CASTELLO en: Derecho del Trabajo, Juan RASO DELGUE (director) (Uruguay: Fondo de Cultura Universitaria, Tomo I, 2012), 281-282.

Si bien no ha habido casos de condenas relevantes, este precepto legal ha operado más bien en el ámbito de la persuasión.

Otro factor que debe atenderse es la característica fundamental uruguaya en la manera en que gestiona sus relaciones laborales, a través de una muy escasa normativa laboral e intensa negociación colectiva, siendo un modelo de excepción en Latinoamérica y que, en materia de seguridad y salud en el trabajo, al menos está reflejando una disminución en las tasas de accidentabilidad<sup>10</sup>.

Nos parece un buen ejemplo de manifestación del principio protector hacia el principio preventivo que, en ausencia de normas positivas, se ha ido manifestando en el ámbito de la negociación colectiva.

Con relación a la reparación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales Uruguay se rige por un modelo de seguro de naturaleza comercial pero gestionado en forma monopólica por el Banco de Seguro del Estado. La Ley vigente N° 16.074 del 10 de octubre de 1989 establece un seguro obligatorio para todo empleador, que de esta forma traslada –a cambio del pago de una prima– la responsabilidad reparatoria al Banco de Seguros del Estado, que también es responsable de la prestación de asistencia médica.

## 3. LA CONTRIBUCIÓN DEL PRINCIPIO PROTECTOR EN SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

El principio protector puede en lo sucesivo aportar contenidos al deber de seguridad del empleador en Latinoamérica, proponiendo un sistema de protección a la seguridad y salud laborales orientado a la gestión eficiente de los riesgos que genera la actividad del empleador, antes de que estos riesgos se manifiesten

<sup>10</sup> <https://www.presidencia.gub.uy/comunicacion/comunicacionnoticias/murro-accidentes-laborales-trabajo> [consulta 10 de abril de 2018]

en accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; de esta forma, la protección se manifiesta a los efectos del deber de seguridad del empleador, en el deber de prevenir.

En la forma en que se ha entendido hasta ahora en nuestra cultura jurídica y la de los países latinoamericanos en general, el principio protector no se satisface, porque opera una vez que estos riesgos se actualizan y exclusivamente para sancionar al sujeto responsable, que es muchas veces el empleador. Lo que se satisface es el principio de reparación integral, lo que pensamos no es la orientación correcta desde el derecho del trabajo, cuya finalidad esencial es proteger.

### 3.1. ¿Es el principio protector un principio jurídico?

Si buscamos reconocerle el carácter de principio jurídico, es preciso reconocer en el protector algunas características o funcionalidad que le concedan tal carácter. No es tarea fácil para Guastini<sup>11</sup>, pues aunque se convenga que los principios constituyen, dentro del género de las normas jurídicas, una especie particular, no es fácil identificar con precisión sus elementos característicos: en otras palabras, no está claro en absoluto qué propiedades tiene que tener una norma para merecer el nombre de «principio».

Los principios jurídicos están insertos en distintas áreas, los hay en relación con la razón de ser del derecho o *ratio essendi*, hay principios que conciernen a la construcción dogmática del derecho, vinculados a conceptos y doctrinas, hay principios de naturaleza general como los principios lógicos<sup>12</sup>. Al momento de conceptualizarlos se observa una suerte de promiscuidad pues se confunden con las funciones que están llamados a cumplir dentro

del ordenamiento jurídico, confundiéndolos con otras nociones como estándares, conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas generales, reglas jurídicas, aforismos, máximas jurisprudenciales, directrices políticas, etc<sup>13</sup>.

Los principios jurídicos tienen per se un determinado valor normativo, en cuanto conllevan la idea de un criterio de actuación jurídicamente lícita y, por ende, podemos afirmar que ellos *son* derecho<sup>14</sup>, son en expresiones de Díez-Picazo, auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta<sup>15</sup>.

Hasta ahora no se cuenta en nuestro medio con un aceptable grado de desarrollo en lo relacionado con una fundamentación teórica de los principios que inspiran el Derecho del Trabajo. No ha existido una comprensión dogmática de estos como normas jurídicas, sino que como fundamento material de la norma jurídica, pero no cabe duda que tienen dicho carácter, particularmente en el caso del principio protector, que no sólo se ha consolidado a nivel internacional, como un conjunto de mínimos intransables en favor del trabajador, sino que ha sido reconocido en distintos textos constitucionales y en declaraciones y tratados de derechos humanos. El principio protector ha sido la columna vertebral del Derecho del Trabajo y le ha dado continuidad, incluso ante los profundos cambios operados en el derecho del trabajo chileno –y Latinoamericano– desde su nacimiento<sup>16</sup>.

El principio protector, en tanto enunciado de carácter general ha establecido desde el origen del Derecho del Trabajo derechos

<sup>13</sup> Enrique ALCALDE RODRÍGUEZ, Los principios generales del derecho (Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003), 51.

<sup>14</sup> ALCALDE, Los principios generales, 53.

<sup>15</sup> Joaquín ARCE y FLORES VALDÉS, Los principios generales del derecho y su formulación constitucional (España: Civitas, 1990), 68.

<sup>16</sup> Sergio GAMONAL CONTRERAS, El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena (Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, 2013), 448,449.

<sup>11</sup> Riccardo GUASTINI, Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho (España: Editorial Gedisa, 1999), 144.

<sup>12</sup> Fernando QUINTANA BRAVO, Interpretación y Argumentación Jurídica (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 309.

mínimos irrenunciables para proteger al trabajador subordinado y dependiente, la parte económicamente débil en la relación jurídica de trabajo, impregnando el quehacer de jueces y legisladores.

Es, por tanto, un principio jurídico, y además, con un contenido moral claro y determinado, atendido su origen.

### 3.2. La función normativa del principio protector

El principio protector es a nuestro entender un principio implícito en el ordenamiento laboral general, y siendo así debe ser atendido por los operadores jurídicos y particularmente por los jueces.

Ahora bien, los principios no corren solos, es preciso que atiendan a los intereses en juego para concretar el proceso adjudicatorio a casos concretos, lo que puede llegar a ser un problema.

En efecto, el debate contemporáneo sobre los principios jurídicos se inicia en 1967 con la publicación de Ronald Dworkin de su obra «The Model of Rules», escrito con el cual inicia los debates en contra del positivismo jurídico encabezado por Herbert Hart con el «Concepto de Derecho». Más tarde se incorpora Robert Alexy quien, también contra el positivismo jurídico, plantearía en lo que interesa a este ensayo, la distinción entre principios y reglas y el juicio de ponderación como mecanismo para resolver conflictos, a través de sus obras «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica» y «Teoría de los derechos fundamentales».

Con todo, lo que ha ocupado a la filosofía del derecho durante el siglo XX y el presente siglo se explica y llena de contenido de un modo casi natural en materia de seguridad y salud en el trabajo, al observar los bienes jurídicos que subyacen, que son la vida y la salud de los trabajadores y el cuidado del medio ambiente laboral y general.

El protectorio permite que exista coherencia en la interpretación de normas laborales, o en su ausencia, en la solución de los casos difíciles, informando y orientando conductas.

### 3.3. Contenido del principio protector

El principio protector es el pilar fundamental del Derecho del Trabajo; en él se inspiran las normas y reglas de esta rama del derecho y, en tanto principio, orienta el proceso de subsunción legal cuando hay necesidad de interpretar la ley en casos difíciles (función interpretadora), ilustra el proceso legislativo (función informadora), aporta soluciones en caso de ausencia de normas (función normativa)<sup>17</sup> y, en fin, sirve de filtro y de dique ante las influencias del derecho común<sup>18</sup> (función que podemos llamar delimitadora).

Esto significa que, en caso de dudas en cuanto a la manera de aplicar una norma o ante su inexistencia, debe preferirse la interpretación que mejor proteja al trabajador, en todo el amplio abanico de posibilidades, desde sus derechos fundamentales hasta las normas reglamentarias y técnicas que regulan la actividad en que se desempeña.

En el origen del derecho del trabajo, a propósito de la cuestión social que planteó la revolución industrial en el siglo XVIII, el principio protector tuvo un carácter unidireccional, en cuanto buscó proteger a la parte económicamente débil en la relación de trabajo, esto es, al trabajador, y por su intermedio, fueron surgiendo las primeras leyes laborales que establecieron derechos laborales mínimos.

<sup>17</sup> Las funciones que cumplen los principios en el Derecho del Trabajo, clásicamente en Latinoamérica han sido descritas por Américo PLÁ en Los principios del Derecho del Trabajo (Buenos Aires: Depalma, 1978), 11.

<sup>18</sup> Roberto GARCÍA MARTÍNEZ, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: teoría general de los principios e instituciones del derecho y de la seguridad social. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998), 173-174.

Gaete Berríos en el año 1951 expresaba que «las leyes del trabajo en los Estados modernos tienen fines de tutela y de valorización de las clases trabajadoras», y que «hoy por hoy, los problemas sociales tienen importancia destacada en el mundo. La cuestión social es el problema fundamental de la humanidad, y de ello se puede inferir la importancia que tiene la disciplina que se ocupa de ella: el Derecho del Trabajo»<sup>19</sup>.

En el proceso de gestación del Derecho del Trabajo, el principio protector tuvo una función normativa básica, favoreciendo el establecimiento de leyes que fijaron estándares básicos para el trabajo, tales como jornadas máximas, salario básico y edad mínima para trabajar. Una vez cumplida esta función, el principio ha ido nutriéndose de otros contenidos, como es el caso de la incorporación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, dotándolo así de valores fundamentales; también de la creación de normas para trabajadores autónomos o independientes; la consagración de procesos orales laborales o la regulación minuciosa del sistema de descentralización productiva<sup>20</sup>.

El desafío actual está dado por el logro del fin protector en las nuevas formas de trabajo y ello lo ha entendido muy claramente la OIT al impulsar la iniciativa de su centenario relativa al futuro del trabajo<sup>21</sup>.

Si bien en el surgimiento del Derecho del Trabajo el principio protector tuvo el sentido unidireccional que hemos relatado, desde hace unos años se viene planteando su carácter bidireccional.

<sup>19</sup> Alfredo GAETE BERRÍOS, Principios generales de Derecho del Trabajo (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1951), 20 y 27.

<sup>20</sup> La regulación de la descentralización productiva y el establecimiento de procesos orales laborales han sido aspectos consagrados en las legislaciones de Latinoamérica desde fines del siglo XX.

<sup>21</sup> Para mayores detalles sobre la iniciativa relativa al futuro del trabajo de la OIT, véase <http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/lang-es/index.htm>

Jesús Cruz Villalón plantea que no se puede seguir pensando tan solo en los intereses de los trabajadores, pues las normas protectoras del derecho del trabajo siempre se contemplan con paralelo respeto en lo esencial de los condicionantes necesarios para un efectivo funcionamiento del sistema capitalista de producción, contribuyendo de este modo el ordenamiento laboral al desarrollo de la actividad económica<sup>22</sup>.

En la misma línea, Luis Enrique de la Villa Gil expresa que en las nuevas normas laborales ya no se trata solo de la defensa de la persona del trabajador en la relación de intercambio que le vincula al empresario, o de la compensación o equilibrio a nivel colectivo del poder de negociación de empresarios y trabajadores en el mercado de trabajo. Debe prestarse atención a la productividad y buena organización de los recursos de las empresas. La unilateralidad o «dirección única» del derecho del trabajo ha desaparecido<sup>23</sup>.

En Chile, Pedro Irureta Uriarte también da cuenta de esta nueva expresión del principio protector, pues señala que principios que nos parecían clásicos dentro del ordenamiento legal ahora son reevaluados de acuerdo a la influencia ideológica, siendo el caso de la dicotomía entre el *principio protector* y el *principio de productividad*, tan propia del derecho del trabajo clásico y que ha ido evolucionando hacia una discusión en torno al *principio pro empleo-ocupación*. Agrega que si realmente el empleo típico se ha ido convirtiendo en un bien escaso, entonces una de las principales preocupaciones del derecho del trabajo se reduce a la obtención de empleos que aseguren un equilibrio entre garantismo y flexibilidad, cuestión que acarrea mayor armonía con los cambios tecnológicos y organizativos de la empresa actual<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN, Compendio de Derecho del Trabajo (Madrid: Editorial Tecnos, 2014), 63-64.

<sup>23</sup> Luis Enrique de LA VILLA GIL y Lourdes LÓPEZ CUMBRE, Los principios del derecho del trabajo (España: Centro de Estudios Financieros, 2003), 68.

<sup>24</sup> IRURETA: «El impacto de los principios ...», 293.

Este sentido bidireccional que viene teniendo el principio protector no significa pura y simplemente que debamos proteger al empleador como sujeto de la relación laboral, ya que el trabajador sigue estando subordinado a aquel, en términos económicos y en términos jurídicos, y de ello se sigue que mantiene su posición de la parte más débil en la relación laboral. El carácter bidireccional del principio protector se manifiesta, en el tema que nos ocupa de la seguridad y salud en el trabajo, en velar por los intereses del empleador en cuanto creador de fuente de empleo y desde allí, es preciso velar porque el empleo se desarrolle en condiciones de seguridad para quienes realizan la actividad laborativa.

### 3.4. Conexión con el principio de prevención

Prevención en sus dos primeras acepciones en el Diccionario de la RAE aparece como «acción y efecto de prevenir» y «preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo».

Elevado al rango de principio, implica entonces una regla de conducta, una acción, que obliga a evitar un riesgo con acciones previas. Y entendido como fuente del derecho, la prevención ha de irradiar sus efectos en la aplicación o interpretación de las normas que, en lo que nos interesa, buscan proteger el medio ambiente laboral.

Como se puede observar, su influencia pudiera llegar a ser relevante y de no aplicarse adecuadamente, puede arrasar con el principio protector. Una mala orientación dada por el principio preventivo trae como consecuencia una menor protección del ambiente de trabajo, o derechamente una desprotección. De ello se sigue una vez más que el principio de prevención es una concreción del principio protector dentro del ámbito del deber de seguridad del empleador.

El principio de prevención surge a propósito de riesgos laborales conocidos, no solo aquellos propios de las operaciones del empleador,

pero en todo caso presentes en la actividad laborativa. Son posibilidades concretas de riesgos que inciden en forma directa en la salud y seguridad de las personas que justifican la intervención normativa. El principio de prevención se ampara en la actuación inmediata buscando evitar el daño, no en la eficacia disuasoria, pues no tendría sentido, sino en el de evaluar, descubrir, controlar y corregir de forma previa los focos de riesgo<sup>25</sup>. De esta manera, el principio apunta a riesgos laborales previsible por el empleador, que deben ser gestionados activamente, y en ningún caso se agota en la sanción de las conductas que causan riesgos laborales.

Por ello, el principio de prevención comporta un deber u obligación abierta de evaluación, comprobación y análisis del riesgo, siempre dinámica y en consonancia con los avances técnicos, lo que genera una obligación de optimización de las medidas preventivas. Las medidas positivas deben estructurarse de tal forma que sean lo suficientemente flexibles para permitir esta protección dinámica, pero sin lesionar el principio de seguridad jurídica<sup>26</sup>.

### 3.5. Evolución del principio de prevención

Para entender su real dimensión es conveniente recordar sus orígenes, identificados más que en fechas concretas, en etapas de desarrollo de la protección de la seguridad y salud en el trabajo<sup>27</sup>. Se observan a lo menos tres fases: una primera, que responde a un contenido médico sanitario; una segunda, que

<sup>25</sup> Luis EZQUERRA ESCUDERO, La importancia de los riesgos ambientales y la salud laboral en las empresas. Visión sindical, (Granada: Editorial Comares, 2011), 131.

<sup>26</sup> EZQUERRA et al.: «La importancia de los riesgos ambientales», 132.

<sup>27</sup> Salvo indicación de contrario, en la descripción de las fases de desarrollo de la protección seguiremos a Manuel GONZÁLEZ LABRADA: «Seguridad y Salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario», (Barcelona: Editorial Comares, 1996), 198-207.

se enmarca en una concepción higienista e industrial, y la tercera, que aborda la mejora en las condiciones de trabajo.

En la primera fase, ciertamente no está presente el principio preventivo, porque la protección ha estado acotada a la reacción del sistema de seguridad social ante accidentes o enfermedades, ocupándose de recuperar la salud del trabajador. Es la etapa de la «seguridad e higiene en el trabajo» en donde la seguridad se asocia a la atención de daños derivados de accidentes del trabajo y la higiene hace lo suyo respecto de enfermedades profesionales. Este contenido no implica por sí solo la existencia de un derecho subjetivo de los trabajadores, sino la necesidad de establecer en los centros de trabajo condiciones materiales y técnicas<sup>28</sup> que eviten tales infortunios.

La segunda etapa se caracteriza por el inicio de una fase propiamente prevencionista. Se suelen ver regulaciones sobre límites de exposición de los trabajadores a determinados riesgos en el lugar de trabajo y sobre control de las medidas de vigilancia de tales riesgos. La mayoría de los países latinoamericanos se encuentran en esta fase, a excepción quizás de Colombia que exhibe notas más avanzadas hacia la tercera fase.

La mejora de las condiciones de trabajo es la tercera fase de desarrollo en la protección de la vida y salud de los trabajadores. Esta protección en algunos modelos se observa a través de un estándar de *razonabilidad y factibilidad* (como es el caso anglosajón), que ha dado lugar a la introducción de la categoría de riesgo consentido o tolerado, por el que se reconoce para el trabajador un área de peligro que no es posible eliminar, en cuanto está dominada por la prevalencia del interés en la producción. En otros modelos, como el español, impera el estándar de la *máxima seguridad tecnológicamente factible* según el cual todo

riesgo debe ser prevenido independiente del costo económico que ello implique.

Esta tercera etapa es la de la *seguridad integrada*, es decir, de la necesidad de dar satisfacción a la prevención en toda fase o proceso empresarial, en forma unitaria, y que en el caso europeo se consagra en la llamada Directiva Marco 89/391/CEE, en la cual la seguridad integrada se eleva a principio general de seguridad, unida al principio de adaptación del trabajo a la persona y demás principios de prevención específicos que en la transposición al derecho español, hoy figuran en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Se suele identificar el inicio de esta tercera etapa con la adopción del Convenio 155 de la OIT en el año 1981, en que se comienza a hablar de «seguridad y salud de los trabajadores», es decir, se reemplaza el viejo término «higiene» por el de «salud», poniendo el acento en el destinatario de la protección exigida<sup>29</sup>. Nace para el trabajador un derecho subjetivo en lo relacionado con la protección de su seguridad y su salud<sup>30</sup>.

Se ha sostenido que desde una perspectiva prevencionista, la obligación de seguridad del empleador queda delimitada en última instancia por las medidas exigidas por las circunstancias, para hacer desaparecer las situaciones peligrosas y mejorar la prevención de los accidentes, pues la obligación va más allá del cumplimiento formal de la normativa de prevención para garantizar la efectividad de la seguridad del trabajador. Y que, desde una perspectiva contractual, no se trata de individualizar un comportamiento sino de determinar los contenidos especificadores de la obligación de seguridad para que, como instrumento de tutela al servicio de la prevención, pueda cumplir con su función de norma de clausura

<sup>29</sup> LOZANO: «El tratamiento jurídico», 64.

<sup>30</sup> Ratificaciones del Convenio N°155 de la OIT en los países analizados: Argentina ratificó el protocolo de 2002 el 13 de enero de 2014; Chile no lo ha ratificado; Colombia no lo ha ratificado; Uruguay lo ratificó el 5 de septiembre de 1988.

<sup>28</sup> FRANCISCO LOZANO LARES: «El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral», (Madrid: Editorial Cinca, 2014), 62-63.

del sistema de prevención y garantizar la protección eficaz<sup>31</sup>.

Este principio, en su fase más evolucionada, debe entonces orientar la conducta del empleador para el proceso de evaluación y gestión de los riesgos que sus operaciones puedan crear, con la finalidad de prevenir los riesgos y no de reparar los daños. Esta es la influencia del principio en el marco protector de la seguridad y salud laboral.

Nos parece que la etapa de evaluación de los riesgos es determinante en una prevención eficaz. Es manifestación de la característica de previsibilidad típica del principio de prevención. Naturalmente, luego vendrá la planificación y adopción de medidas concretas, y la vigilancia permanente de todo el proceso.

¿Puede dotar de contenido el deber de seguridad del empleador, ante la inexistencia de normas que precisen de manera detallada las acciones concretas para evitar o disminuir los riesgos del medio ambiente laboral? El aporte del principio preventivo parece una vez más evidente: exige la evaluación de riesgos que luego servirá para medir la diligencia del empleador en el cumplimiento de su deber de seguridad.

No es posible lograr un medio ambiente con ausencia absoluta de riesgo y dada esta evidente realidad, es preciso que, desde el exterior, desde el ordenamiento jurídico, venga fijado el estándar mínimo de cumplimiento de la actividad preventiva necesaria para controlar los riesgos conocidos, en la medida en que éstos sean imposibles de eliminar. De no ser así, el empleador podría tender a fijar su labor preventiva a conductas mínimas e insuficientes prefiriendo la contratación de pólizas de responsabilidad civil, o bien podría darse el caso de extremar su evaluación de los riesgos al punto de hacer inviable su operación. Son cuestiones de sentido común. Es esta una materia en que no debiera existir espacio a la discrecionalidad de los intervinientes.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ: «Seguridad y salud en el trabajo», 318-319.

### 3.6. El impacto de los principios analizados en el deber de seguridad del empleador

En ausencia de un Derecho de la Prevención de riesgos en Latinoamérica como diagnóstico general, es posible recurrir a instituciones laborales fundamentales, como es el principio protector, que aplicado al tema que nos ocupa exige al empleador velar por la seguridad y salud de sus trabajadores, con un deber de diligencia cuya medida, dada por el principio de prevención, es la evaluación de los riesgos presentes en la actividad del empleador, vale decir, el entorno que está bajo su esfera de control, con responsabilidades basadas en criterios de culpa.

El énfasis reparador solo debiera estar presente ante el fracaso de la prevención y riesgos y no práctica generalizada, para atribuir responsabilidad a quien debiendo prever los riesgos, no lo hizo, siendo indudable, una vez más, el aporte del principio preventivo para la delimitación del deber de seguridad del empleador.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario: «Tratado de Derecho del Trabajo». Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, Tomo VI-A, 2° edición ampliada y actualizada, 2013.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique: «Los principios generales del derecho». Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
- ALEXY, Robert: «Teoría de los derechos fundamentales». Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2° edición, traducción y estudio introductorio de Carlos BERNAL PULIDO, 2007.
- ARCE Y FLORES VALDÉS, Joaquín: «Los principios generales del derecho y su formulación constitucional». España: Civitas, 1990.
- CASTELLO, Alejandro en: «Derecho del Trabajo», Juan RASO DELGUE (director). Uruguay: Fondo de Cultura Universitaria, 2012, Tomo I), 281-282.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús: «Compendio de Derecho del Trabajo». Madrid: Editorial Tecnos, 7° ed., 2014.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: «Los principios del derecho del trabajo». España: Centro de Estudios Financieros, 2003.

- DWORKIN, Ronald: «Los derechos en serio». Barcelona: Editorial Ariel, 4º reimpresión marzo de 1999.
- EZQUERRA ESCUDERO, Luis: «La importancia de los riesgos ambientales y la salud laboral en las empresas. Visión sindical», en: MONEREO PÉREZ José Luis y RIVAS VALLEJO, Pilar; coord.: «La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo». Granada: Editorial Comares, 2011.
- GAETE BERRÍOS, Alfredo: «Principios generales de derecho del trabajo». Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1951.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio: «El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena». Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 11, N° 1, 2013, 425-458.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto: «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: teoría general de los principios e instituciones del derecho y de la seguridad social». Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago: «La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución», en: Revista de Política Social, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, N° 121 (1979): 210-217. También «Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales», en: Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER (España: Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2006), 788-800.
- GONZÁLEZ LABRADA: «Seguridad y Salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario». Barcelona: Editorial Comares, 1996, 198-207.
- GUASTINI, Riccardo: «Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho». España: Editorial Gedisa, 1999.
- IRURETA URIARTE, Pedro: «El impacto de los principios jurídicos en el Derecho del Trabajo», en: «Principios jurídicos, análisis y crítica» (Chile: Legalpublishing, 2011), 293.
- LOZANO LARES, Francisco: «El tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral». Madrid: Editorial Cinca, 2014.
- MERCADER UGUINA, Jesús: «Los principios de aplicación del derecho del trabajo, formación, decadencia y crisis» (recurso electrónico). Tirant lo Blanch, 2014.
- PLÁ, Américo: «Los principios del derecho del trabajo», Buenos Aires: Depalma, 2º ed. actualizada, 1978.
- QUINTANA BRAVO, Fernando: «Interpretación y Argumentación Jurídica», Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

**RESUMEN**

En el presente trabajo se vincula el deber de seguridad del empleador con el principio protector y el principio preventivo, desde la perspectiva Latinoamericana, para proponer una nueva dimensión que proteja los valores implícitos en dicho deber: la vida y salud de los trabajadores.

**Metodología:** la metodología utilizada para el trabajo, de carácter monográfico, es el método deductivo, en cuanto toma como fundamento algunos principios y conocimientos generales que son aplicables, para inferir conclusiones particulares en el área; asimismo el método analógico, pues se compara (a título ilustrativo y no desde la ciencia del derecho comparado) un fenómeno por sus semejanzas, en una determinada región del continente americano, y finalmente el énfasis es dogmático, en cuanto aplica conceptos tales como principios jurídicos, principio protector, principio preventivo, que son de elaboración doctrinaria.

**Contenido:** En Latinoamérica no se observa la existencia de un derecho de la prevención de riesgos laborales como una rama especializada del Derecho del Trabajo. El sello principal permanece en la dimensión reparadora, a diferencia de Europa y más específicamente en España, en donde la doctrina desde hace varios años viene sosteniendo que el ámbito de la protección a que tiene derecho un trabajador, en lo relacionado con los riesgos presentes en su lugar de trabajo, abarca todo lo humana y técnicamente posible, vale decir, toda medida de prevención que estando disponible para su uso, se encamine a evitar los riesgos en el trabajo, o en su caso, a disminuirlos considerablemente. A título ilustrativo se comentan las notas distintivas de los modelos de protección en seguridad y salud en el trabajo existentes en Argentina, Chile, Colombia y Uruguay, destacando en los dos primeros altos niveles de judicialización.

Se propone como herramienta interpretativa de las normas existentes, un refuerzo del principio protector, pilar fundamental del Derecho del Trabajo desde su origen y que puede en lo sucesivo aportar contenidos al deber de seguridad del empleador, proponiendo un sistema de protección a la seguridad y salud laborales, orientado a la gestión eficiente de los riesgos que genera la actividad del empleador, antes de que estos riesgos se manifiesten en accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; de esta forma, la protección se expresa a los efectos del deber de seguridad en el deber de prevenir.

Se plantea la cuestión de si es o no el protectorio un principio jurídico, dado que no ha existido hasta ahora una comprensión dogmática como norma jurídica, sino más bien como fundamento material de la norma jurídica, y se afirma que no cabe duda que tiene dicho carácter, habiéndose consolidado a nivel internacional como un conjunto de mínimos intransables en favor del trabajador, y también ha sido reconocido en distintos textos constitucionales y en declaraciones y tratados de derechos humanos.

Sin embargo, como los principios no corren solos, es preciso que atiendan a los intereses en juego para concretar el proceso adjudicatorio a casos concretos, y para ello se revisa el contenido del principio protector, de carácter unidireccional en el origen del Derecho del Trabajo, a propósito de la cuestión social en el siglo XVIII, en cuanto buscó proteger a la parte económicamente débil en la relación de trabajo, esto es, el trabajador, y por su intermedio, fueron surgiendo las primeras leyes sobre derechos laborales mínimos. Este carácter unidireccional desde hace algunos años viene mutando en el carácter bidireccional, que se manifiesta, en el tema analizado, en velar por los intereses del empleador en cuanto creador de fuente de empleo y desde allí, es preciso velar porque el empleo se desarrolle en condiciones de seguridad para quienes realizan la actividad laborativa.

Su influencia puede llegar a ser relevante y de no aplicarse adecuadamente, puede arrasar con el principio protector; una mala orientación del principio preventivo trae como

consecuencia una menor protección del ambiente de trabajo o derechamente su desprotección. De ello se sigue una vez más que el principio de prevención es una concreción del principio protector dentro del ámbito del deber de seguridad del empleador, y su contenido apunta a riesgos laborales previsible por el empleador, que deben ser gestionados activamente, y en ningún caso se agota en la sanción de las conductas que causan riesgos laborales. En su fase más evolucionada, el principio preventivo debe orientar la conducta del empleador para el proceso de evaluación y gestión de los riesgos que sus operaciones puedan crear, con la finalidad de prevenir los riesgos y no de reparar los daños. No es posible lograr un medio ambiente con ausencia absoluta de riesgo y dada esta evidente realidad, es preciso que, desde el exterior, desde el ordenamiento jurídico, venga fijado el estándar mínimo de cumplimiento de la actividad preventiva necesaria para controlar los riesgos conocidos, en la medida en que estos sean imposibles de eliminar. Esta es finalmente la influencia del principio en el marco protector de la seguridad y salud laboral.

En conclusión: ante la ausencia de un Derecho de la Prevención de Riesgos en Latinoamérica como diagnóstico general, es posible recurrir a instituciones laborales fundamentales, como es el principio protector, que aplicado al tema que nos ocupa, exige al empleador velar por la seguridad y salud de los trabajadores, con un deber de diligencia cuya medida, dada por el principio de prevención, es la evaluación de los riesgos presentes en la actividad del empleador, vale decir, el entorno que está dentro de su esfera de control. El énfasis reparador solo debiera estar presente ante el fracaso de la prevención de riesgos y no como práctica generalizada.

**Palabras clave:** Seguridad y salud en el trabajo; principio protector; principio de prevención; deber de seguridad del empleador; evaluación de riesgos.

**ABSTRACT**

In the present work the duty of security of the employer is linked to the protective principle and the preventive principle, from the Latin American perspective, to propose a new dimension that protects the values implicit in said duty: the life and health of the workers.

**Methodology:** the methodology used for the work, monographic, is the deductive method, as it takes as a foundation some principles and general knowledge that are applicable, to infer particular conclusions in the area; also the analogical method, because it compares (by way of illustration and not from the science of comparative law) a phenomenon by its similarities, in a certain region of the American continent, and finally the emphasis is dogmatic, insofar as it applies concepts such as legal principles, protective principle, preventive principle, which are of doctrinal elaboration.

**Content:** In Latin America the existence of a right of occupational risk prevention is not observed as a specialized branch of Labor Law. The main seal remains in the restorative dimension, unlike Europe and more specifically in Spain, where the doctrine for several years has been holding that the scope of protection to which a worker is entitled, in relation to the risks present in its place of work, covers everything human and technically possible, that is to say, any prevention measure that being available for its use, is directed to avoid the risks in the work, or in its case, to diminish them considerably. By way of illustration, the distinguishing marks of occupational safety and health protection models in Argentina, Chile, Colombia and Uruguay are discussed, highlighting in the first two high levels of judicialization.

It is proposed as an interpretative tool of the existing standards, a reinforcement of the protective principle, fundamental pillar of the Labor Law from its origin and that can in the future contribute contents to the security duty of the employer, proposing a protection system for safety and health labor, oriented to the efficient management of the risks generated by the employer's activity, before these risks manifest themselves in occupational accidents and diseases; in this way, protection is expressed for the purposes of the duty of security in the duty to prevent.

The question arises whether or not the protector is a legal principle, given that there has not been a dogmatic understanding as a legal norm until now, but rather as a material basis of the legal norm, and it is affirmed that there is no doubt that it has said character, having been consolidated at the international level as a set of untenable minimums in favor of the worker, and has also been recognized in different constitutional texts and in declarations and human rights treaties.

However, as the principles do not run alone, it is necessary that they attend to the interests at stake to specify the adjudicatory process in specific cases, and for this purpose the content of the protective principle, of a unidirectional nature in the origin of Labor Law, is reviewed. with regard to the social question in the eighteenth century, insofar as it sought to protect the economically weak part of the labor relationship, that is, the worker, and through it, the first laws on minimum labor rights were emerging. This unidirectional nature for some years has been mutating in the bidirectional nature, which manifests itself, in the analyzed topic, in ensuring the interests of the employer as creator of employment source and from there, it is necessary to ensure that employment develops in security conditions for those who perform the work activity.

Its influence can become relevant and, if not applied properly, it can destroy the protective principle; A bad orientation of the preventive principle results in less protection of the work environment or rightly its lack of protection. It follows once again that the principle of prevention is a specification of the protective principle within the scope of the duty of security of the employer, and its content points to occupational hazards foreseeable by the employer, which must be actively managed, and in no case it is exhausted in the sanction of the conducts that cause labor risks. In its most evolved phase, the preventive principle

must guide the behavior of the employer for the process of evaluation and management of the risks that their operations may create, in order to prevent the risks and not to repair the damages. It is not possible to achieve an environment with absolute absence of risk and given this obvious reality, it is necessary that, from the outside, from the legal system, the minimum standard of compliance with the preventive activity necessary to control the known risks is set, in the extent to which they are impossible to eliminate. This is finally the influence of the principle in the protective framework of occupational health and safety.

In conclusion: in the absence of a Risk Prevention Law in Latin America as a general diagnosis, it is possible to resort to fundamental labor institutions, such as the protective principle, which, applied to the subject at hand, requires the employer to ensure safety and security. workers' health, with a duty of care whose measure, given by the principle of prevention, is the evaluation of the risks present in the activity of the employer, that is, the environment that is within its sphere of control. The reparative emphasis should only be present in the face of the failure of risk prevention and not as a generalized practice.

**Keywords:** Safety and health at work; protective principle; prevention principle; duty of employer safety; risk assessment.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL



REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

## II. Documentos



# Conclusiones generales del XXVIII Congreso de la AEDTSS, celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela

# General Conclusions of the 28th Conference of the Spanish Association of Labour Law and Social Security (AEDTSS), held at the University of Santiago de Compostela

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO\*

---

- Relatores:**
- 1.1. Yolanda Maneiro Vázquez (Universidad de Santiago de Compostela);
  - 1.2. Emma Rodríguez Rodríguez (Universidad de Vigo);
  - 2.1. Asunción López Arranz (Universidad de A Coruña);
  - 2.2. Rosa Rodríguez Martín-Retortillo (Universidad de Vigo);
  - 3.1. Nora María Martínez Yáñez (Universidad de Vigo);
  - 3.2. Alicia Villalba Sánchez (Universidad de Santiago de Compostela);
  - 4.1. Belén Fernández Docampo (Universidad de Vigo);
  - 4.2. Iván Vizcaíno Ramos (Universidad de A Coruña).

Sra. Presidenta, Sres. Presidentes de Honor, Sres. Vicepresidentes, Sr. Secretario General, Sr. Gerente de la Asociación y demás congresistas:

Iniciamos la última parte del XXVIII Congreso de la AEDTSS, celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela, con la exposición de las Conclusiones Generales. Como se ha dicho, el congreso anual es el evento científico más relevante de entre los que organiza la Asociación. En la presente edición ha tenido por objeto el estudio de un tema que despierta tanta complejidad, sensibilidad y preocupación como es el de la «Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial». Además de la celebración

del congreso, se conmemora el quincuagésimo aniversario de la Asociación.

Han participado en el evento cerca de trescientos asistentes, gran parte de ellos profesores de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de cincuenta universidades de España. Pero también han contribuido a enriquecer el éxito del congreso prestigiosos juristas del ámbito de la Administración laboral, la Seguridad Social, la Magistratura, la Inspección de Trabajo, Sindicatos, Asociaciones empresariales, Consejos de Relaciones Laborales, Abogados, etc.

La estructura del seminario ha variado ligeramente con respecto a la de años anteriores. Tras una primera ponencia general, para introducir el tema de la descentralización

---

\* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo.

productiva, se celebraron cinco paneles, uno de ellos de Derecho comparado. Los cuatro paneles restantes se desarrollaron en sesiones simultáneas, dos a dos, para estudiar cuestiones suscitadas en nuestro Derecho interno y estrechamente vinculadas a las más recientes experiencias de descentralización productiva y a las nuevas formas de prestar trabajo y las estrategias de organización empresarial que comportan. Cada panel se introdujo con dos ponencias temáticas, y, a continuación se expusieron algunas de las comunicaciones admitidas en el panel correspondiente, con voluntad de dar respuesta a desafíos concretos que se le presentan al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El elevado número de comunicaciones presentadas por la doctrina laboralista (noventa y una aceptadas), impidió que se pudieran presentar todas en las sesiones simultáneas.

Como novedad, se introdujo un interesante panel de Derecho comparado, para conocer la perspectiva del Derecho interno italiano, francés y alemán. Y también, esta misma mañana, han tenido lugar talleres de doce proyectos de investigación, activos entre la doctrina iuslaboralista, que nos han permitido conocer algunas de las interesantes líneas de investigación de varios grupos de investigación de universidades españolas. Varios de los proyectos están estrechamente vinculados a la temática general del congreso o al estudio de la normativa internacional y europea, así como a la jurisprudencia, en especial, del TJUE. Tras la lectura de las conclusiones generales, se impartirá una conferencia de clausura sobre Incapacidad y Derecho y una ponencia para conmemorar los cincuenta años de la Asociación.

La estructura y dimensión del congreso da cuenta del trabajo desarrollado por la Junta directiva de la asociación, que, junto con el Prof. Gárate Castro integran su comité organizador y que, con la colaboración del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela, han conseguido que todos los asistentes al congreso hayamos podido disfrutar profesio-

nalmente de la calidad de las ponencias expuestas en las distintas mesas de trabajo que se han desarrollado durante el día de ayer y de las bondades de esta ciudad, en lo cultural y en lo lúdico.

Los ponentes han conseguido transmitir con rigor y entusiasmo los grandes retos que debe afrontar el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como consecuencia de las más recientes experiencias de descentralización productiva, las nuevas formas de prestar trabajo y las nuevas estrategias de organización empresarial. La estructura de los propios paneles y varios de los talleres vinculados a los proyectos de investigación en los que están integrados actualmente investigadores de nuestra disciplina dan cuenta de la dimensión y preocupación de esos desafíos. Subcontratación, empresas multiservicios, cesión ilegal de trabajadores, sucesión de contratados, responsabilidades, derechos colectivos... y la desprotección de las personas trabajadoras involucradas en las distintas experiencias de descentralización constituyen buena parte de esos retos.

Se han planteado numerosas cuestiones frente a las que se han tratado de aportar propuestas y soluciones, para dotar al Congreso de utilidad social, más allá de su dimensión académica. Las conclusiones que aquí se presentan deberían ser probablemente reelaboradas, tras una minuciosa revisión de las comunicaciones presentadas en este Congreso, también de las que, por falta de tiempo, que no de interés, no se han podido defender. Por tanto, con cierto carácter de provisionalidad destacaré a modo de conclusiones generales de este Congreso algunas de las reflexiones y propuestas surgidas durante el congreso y que hemos elaborado de forma coordinada los nueve relatores que hemos tomado notas en los distintos paneles. Yo soy la persona en la que el Comité organizador ha delegado, de forma seguro inmerecida, el honor y responsabilidad de dar lectura de las mismas ante este auditorio. Permítanme agradecer a los profesores Yolanda Maneiro Vázquez (Uni-

versidad de Santiago de Compostela); Emma Rodríguez Rodríguez (Universidad de Vigo); Asunción López Arranz (Universidad de A Coruña); Rosa Rodríguez Martín-Retortillo (Universidad de Vigo); Nora María Martínez Yáñez (Universidad de Vigo); Alicia Villalba Sánchez (Universidad de Santiago de Compostela); Belén Fernández Docampo (Universidad de Vigo); e Iván Vizcaíno Ramos (Universidad de A Coruña) el trabajo desarrollado a lo largo del día de ayer para elaborar estas conclusiones.

Hemos estructurado esas **CONCLUSIONES** siguiendo el orden de exposición de los paneles, aunque algunas cuestiones fueron reiteradas en las distintas mesas.

En la **PONENCIA GENERAL**, «**DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y DERECHO DEL TRABAJO**», el Prof. Gárate Castro analizó los retos y problemas de las nuevas estrategias de organización empresarial en el campo de las relaciones laborales y de empleo, centrándose en los supuestos de externalización de fases o actividades del ciclo productivo y en la subcontratación de la propia actividad, del art. 42 ET.

Cuatro reflexiones y una propuesta ambiciosa sintetizan su magnífica ponencia:

1. Los cambios producidos en la descentralización productiva, en términos cuantitativos y cualitativos, como consecuencia de 3 factores principalmente:

(i) Su expansión en aumento hasta convertirse en una forma de organización empresarial claramente predominante;

(ii) La ampliación de su ámbito funcional y las variaciones derivadas de los cambios tecnológicos, la digitalización de las empresas y la transformación digital de los procesos productivos (la industria 4.0, la robotización);

(iii) La ampliación de su ámbito geográfico, que se hecho internacional y transnacional, con el objeto en numerosas ocasiones

de abaratar costes y eludir ciertas responsabilidades en relación con los trabajadores asalariados o autónomos de las empresas colaboradoras;

2. La penetración y fuerte implantación de la descentralización productiva en el sector público, ámbito al que se aplica una regulación propia (la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) que debe coordinarse con la normativa laboral. Problemas de coordinación de los arts. 130.3 y 308.2 LCSP, pero sobre todo la disposición adicional vigésimo sexta de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, que prohíbe expresamente y con vigencia indefinida, que los trabajadores de las contratistas puedan ser incorporados como empleados públicos a la administración o entidad pública que asuma directamente la prestación –parece que ni personal laboral fijo, ni temporales, ni indefinidos no fijos–. Habrá que esperar a conocer la interpretación judicial, sin olvidar la condición de la LCSP de ley posterior y especial. Toda la doctrina se ha manifestado muy crítica con la creación de un nuevo tipo de personal laboral subrogado sin condición de empleado público en la Administración.

3. El amparo constitucional del fenómeno de la descentralización en la libertad de empresa del art. 38 CE, que incluye en su contenido esencial la facultad de cesar, también parcialmente, en las actividades empresariales para externalizarlas. No cabe, en consecuencia, por parte del legislador una prohibición general y absoluta de la descentralización productiva, aunque sí restricciones o límites a la misma que, con amparo en derechos e intereses legítimos de los trabajadores dependientes o de los trabajadores autónomos, pueden afectar al ámbito laboral y de prevención de riesgos.

La protección frente a abusos e incumplimientos laborales, establecida fundamentalmente en el art. 42 ET y que daba respuesta a los problemas que planteaba la descentralización en los años 80, se ha mostrado deficiente e inadecuada para abarcar los cambios

producidos en la descentralización. Situación que se agrava por la inexistencia (no solo inadecuación) de normas internacionales o de la UE que garanticen una protección integral de los derechos laborales de los trabajadores adscritos a los procesos de subcontratación, al margen de buenas prácticas, acuerdos marco o códigos de conducta de algunas multinacionales. O, en el ámbito de la UE, de las Directivas 2001/23/CE de traspasos de empresas o partes de empresas; 89/391/CEE de salud laboral; 2014/23/CE, 24 y 25, de contratos del sector público; 2009/52/CE en materia de sanciones a empleadores de nacionales de terceros Estados en situación irregular; y 96/71/CE y 2014/67/UE sobre desplazamiento transnacional de trabajadores, que dan cobertura a las subcontrataciones transnacionales cuando hay un desplazamiento de los trabajadores.

4. Esa inadecuación e insuficiencia de la regulación ha obligado a los tribunales laborales a buscar soluciones a las cuestiones controvertidas que se les plantean. Es precisa y urgente una intervención del legislador que dé mayor seguridad y protección a los trabajadores. Entre otros aspectos, en relación con la dispersión normativa, la regulación sectorial de la construcción, el concepto de contrata de propia actividad, en relación con la nueva realidad de las empresas multiservicios, la concreción de las responsabilidades en materia de seguridad social o la mejora general de las condiciones de trabajo de las personas destinadas en las actividades descentralizadas.

Para ello, el Prof. Gárate realiza una propuesta ambiciosa: acometer una reforma técnica, en el ET o en una Ley especial, capaz de unificar regulaciones hoy dispersas, de concretar el fenómeno de la descentralización productiva, de garantizar una adecuada tutela a los trabajadores y de delimitar la posición, las obligaciones y las responsabilidades laborales y de Seguridad Social de cada una de las empresas que participan en la descentralización, con las particularidades que se consideren necesarias para el sector de la construcción

o por la contratación de extranjeros en situación irregular u otros supuestos especiales. Se pueden destacar 6 aspectos centrales de esta propuesta, serían:

(i) Definir el supuesto de hecho sometido a regulación a partir de su objeto: la asunción de funciones productivas, con independencia de su naturaleza nuclear o accesoria y estructural o coyuntural o de si implican un resultado o una mera actividad, delimitando el poder de dirección y control de las empresas afectadas así como quién aporta los medios y la organización empresarial y asume los riesgos para distinguir la subcontratación lícita de la cesión ilegal. También debería aludirse a los instrumentos mediante los que se formaliza la contrata e incluso al lugar de ejecución de la misma, que puede ser relevante para determinar responsabilidades, no solo en materia de seguridad y salud laboral, sino también de obligaciones laborales y de derechos colectivos de representación;

(ii) Una mejor delimitación legal de los encargos de la propia actividad de la empresa principal, con una interpretación más amplia que la recogida por la jurisprudencia, que permita incluir actividades frecuentemente prestadas por empresas multiservicios. Probablemente solo deberían quedar al margen de la protección laboral los encargos que resulten ajenos a las exigencias de la función productiva de la empresa (ej. ampliación de los locales de la empresa, obras de reacondicionamiento o mejora de esos locales...);

(iii) Una adecuada, sistemática y exhaustiva regulación de la responsabilidad solidaria en materia de seguridad social y del tránsito a la responsabilidad subsidiaria prevista con carácter general por el art. 168.1 LGSS;

(iv) La posible atribución a la empresa que descentraliza de la condición de co-empleadora respecto de los trabajadores adscritos a la ejecución de las actividades productivas descentralizadas, compartiendo dicha posición con la empresa colaboradora durante

la ejecución del encargo, pero sin necesidad de compartir el ejercicio efectivo y real de todas las obligaciones y facultades inherentes a tal posición;

(v) La igualación o aproximación de las condiciones del trabajo esenciales de los trabajadores empleados en la contrata con respecto a los de la empresa principal, aunque con las limitaciones que puedan derivarse de la libre prestación de servicios en los desplazamientos transnacionales de trabajadores, al menos hasta que se modifique la Directiva 96/71/CE;

(vi) Regular las empresas multiservicios, puesto que gran parte de sus colaboraciones constituyen suministros de mano de obra. No debe reconocerse necesariamente su ilicitud pero sí deben ser reguladas, pudiendo admitirse esa cesión fuera de las ETTs pero con un régimen jurídico propio y garantista para los derechos de los trabajadores.

En el **Panel 1, SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS**, en la primera ponencia temática, «**Cesión ilegal de trabajadores**», D. Antonio Martín Valverde, tras realizar un completo análisis exegético de los cuatro apartados del complejo artículo 43 ET, hizo hincapié en que, en la regulación legal, la prohibición de la cesión de trabajadores es la norma general, mientras que la licitud de la cesión, a través de empresas de trabajo temporal, es la excepción.

Para extraer los criterios hermenéuticos necesarios para afrontar los actuales problemas de interpretación que plantea el artículo 43 ET, se acude a los antecedentes legislativos desde la segunda mitad del pasado, con alusión especial a la Ley 43/2006, que incorpora al art. 43 la definición de cesión ilegal a través de la jurisprudencia existente sobre la materia. Pero también a una interpretación teleológica y sistemática, que debe tener en cuenta la finalidad de la regulación –la prohibición del tráfico de mano de obra–, el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, consagrados en

el art. 10.1 Constitución, y la regulación del Código Penal.

A través de un exhaustivo análisis, tanto legal como jurisprudencial, se abordan en esta ponencia cinco cuestiones principales:

1. La cesión de trabajadores por tiempo indefinido. Opción esta, que presenta un peligro mayor que la cesión temporal de trabajadores, pero que no se menciona expresamente en el art. 43.2 ET y apenas ha merecido atención por la jurisprudencia.

2. La compleja cesión de trabajadores en grupos de empresas y su tratamiento a través de la evolución jurisprudencial.

3. La amplitud del derecho de opción que corresponde al trabajador cedido y el particular problema del ejercicio de esta opción en el ámbito de la Administración pública, vinculada por los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo.

4. Las particularidades de la cesión de trabajadores en las relaciones laborales especiales, señaladamente en las cesiones temporales de deportistas profesionales, la promoción interna de un trabajador con relación laboral común hacia un puesto de alta dirección y, aunque dejó de ser relación laboral especial tras el RD-Ley 8/2017, con una alusión también a la puesta a disposición de los estibadores portuarios por los centros portuarios de empleo.

5. La subcontratación fraudulenta o seudocontrata, mediante la que el pretendido contratista se limita a suministrar mano de obra a otros empresarios, sin ejercer o sin poner en marcha una actividad propia con organización y medios estables. Supuesto éste constitutivo de la cesión ilegal de trabajadores prohibida por el art. 43 ET.

Por su parte, la magistrada Doña Lourdes Arastey Sahún abordó el complejo estudio de la «**Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios**» y la correspondiente subrogación en los derechos y obligaciones

laborales y de Seguridad Social del empresario cedente, regulada en el art. 44 ET y en la Directiva 2001/23, que ha suscitado también gran número de litigios no solo ante nuestros tribunales sino ante el TJUE.

La ponente aclara con suma precisión conceptos generales. La unidad transmitida debe ser una entidad económica o conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica suficientemente estructurada y autónoma y que persigue un objetivo propio, incluso cuando esa actividad la desarrolla una administración pública. Dos son los requisitos que debe cumplir la «entidad económica»: preexistencia y mantenimiento de su identidad tras el traspaso, para lo que deben evaluarse en su conjunto las circunstancias del caso, como hace el TJUE, entre otros, en el asunto *Aira Pascual*: el tipo de empresa o actividad, la transmisión o no de elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, si el adquirente se hace o no cargo de la mayor parte de los trabajadores, si se transmite la clientela, el grado de analogía de las actividades realizadas antes y después de la transmisión...

Atención especial se dedica a la sucesión de las empresas de servicios. Fundamentalmente sucesión de contratas o de empresas en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Se entiende, en estos casos, que la identidad de la entidad económica no puede mantenerse si el cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla. El número de trabajadores incorporados a la nueva plantilla tiene que ser significativo, a diferencia de lo que ocurre cuando la transmisión es de una unidad productiva, supuesto en el que lo relevante es la transmisión de elementos patrimoniales y la mera contratación de la plantilla.

Mención concreta, por la litigiosidad planteada en los últimos años, merecen los supuestos de rescate o reversión de contratas. Se plantea si existe o no sucesión cuando al poner fin a la contrata, es la empresa princi-

pal o comitente la que internaliza o asume la actividad previamente externalizada. Situación frecuente, con la crisis, en el ámbito de la Administración pública y, en particular, de la administración local.

No hay reversión –ni, por tanto, sucesión empresarial– cuando no se mantiene viva la actividad. En caso de rescate de la actividad, la reversión puede ser solo de la actividad; de la actividad y los medios materiales o personales para su ejecución; o de la actividad y de los medios, que ya eran propios de la administración comitente. Habrá o no sucesión de empresa, en cada caso, en función del tipo de empresa o actividad transmitida.

Polémica sigue siendo también la subrogación por imposición del convenio colectivo, cuando la contrata no es en sí misma una unidad productiva autónoma. Los requisitos y alcance de la subrogación son los que delimite el propio convenio colectivo que la impone –sin exigir muchas veces la responsabilidad solidaria del adquirente respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión–. En el caso de contratas en el sector público, el art. 130.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, prevé también que las deudas no se transmiten a la empresa entrante, reproduciendo, por tanto, la duda en este ámbito.

No obstante, existen varias cuestiones prejudiciales planteadas sobre la aplicación de la Directiva 2001/23/CE cuando la actividad descansa predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones), y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla por imperativo de lo pactado en el convenio colectivo.

Fueron diversos los temas abordados por las **comunicaciones defendidas en el Panel 1**. Se atendió, en particular, a la protección de los derechos de los trabajadores afectados por situaciones muy concretas, como la de las personas discapacitadas que prestan servicios en los centros especiales de empleo o las cadenas mundiales de suministro, que dan idea de

las enormes ramificaciones que puede presentar esta cuestión.

Se abordaron, asimismo, problemas clásicos en materia de cesión y subrogación de trabajadores, también a la luz de las experiencias normativas en otros sistemas jurídicos como el chileno o el italiano, y se aportaron soluciones como los protocolos empresariales anti-cesión ilegal, o la eficacia *erga omnes* de la responsabilidad derivada de estas figuras.

También incidieron algunas comunicaciones en otros grandes problemas a los que debe enfrentarse actualmente la cesión de trabajadores y la subcontratación, como, el uso y abuso de los contratos de obra o servicio determinado, que no han sido adecuadamente corregidos por unas medidas legales y jurisprudenciales hasta ahora claramente insuficientes; la remunicipalización, en el sector público, y la normativa de la LCSP y la disposición adicional vigésimo sexta de la Ley 3/2017; o el uso de la cesión ilegal y la subrogación de trabajadores en los sectores tecnológicos y especialmente digitalizados, que no pueden convertirse en una ETT privilegiada, sino que a ellos ha de dar respuesta el legislador o los tribunales a través de los medios oportunos. En este sentido, ha de concluirse que la descentralización basada en el abaratamiento de costes de personal no ha de verse como un fenómeno irreversible al que no pueda ponerse límites.

Del **Panel 2, RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES: OBJETO Y ÁMBITO**, ante la imposibilidad de asistencia de la Prof.<sup>a</sup> María Fernanda Fernández López, consultada la ponencia escrita sobre las «**Responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas**», cabe destacar las siguientes conclusiones:

1. El fenómeno de la descentralización productiva, ha ido introduciendo en la normalidad el fraccionamiento de los procesos productivos, mediante una a veces muy intensa cooperación entre empresarios y el trabajo conjunto de trabajadores de unos y de otros,

con condiciones de trabajo, mandos y herramientas de trabajo entremezclados.

2. La rígida interpretación jurisprudencial del concepto legal de propia actividad del art. 42 ET, deja fuera del régimen de responsabilidades gran parte de contratas de servicios. Ello genera una tutela secundaria de los derechos de los trabajadores, contenida fundamentalmente en el arcaico art. 1597 del Código Civil, sobre arrendamiento de obras, el art. 168 LGSS, sobre responsabilidad subsidiaria del empresario principal en orden al pago de prestaciones, y el art. 24 LPRL, respecto del ámbito de la protección de riesgos.

3. En relación con la delimitación del ámbito del art. 42 ET y lo que ha de entenderse por contrata, se destaca la interpretación flexible del término por el TS, para proteger a los trabajadores implicados en ciertos procesos de colaboración interempresarial, sin predeterminedar la naturaleza del vínculo existente entre la empresa principal y la auxiliar. Puede incluir relaciones de derecho público o privado, temporales o permanentes, a título oneroso o gratuito, típicas o atípicas, prestaciones de obras o servicios, referidas a un aspecto nuclear o a una cuestión colateral del proceso productivo, etc. No existe, en definitiva, una correspondencia entre la subcontratación de obras y servicios contemplada por el legislador laboral y los contratos de derecho privado de arrendamiento de obra.

4. Es doctrina constante, por otra parte, que la responsabilidad solidaria opera respecto de deudas de naturaleza salarial nacidas durante la contrata –teniendo en cuenta la noción de salario del art. 26 ET en toda su extensión, incluidas vacaciones y obligaciones retributivas de pago diferido, y con todas sus limitaciones–. Quedan al margen de la solidaridad de origen legal las indemnizaciones, así como las mejoras voluntarias de Seguridad Social. La referencia «hasta un año después» del art. 42 ET se vincula al plazo de ejercicio de la acción por el trabajador afectado del art. 59 ET. Y la responsabilidad solidaria no se limita a la imputable al contratista inme-

diatamente anterior sino que se extiende a todos los contratistas implicados en la cadena de contratación.

5. Respecto de la responsabilidad solidaria en el ámbito de la prevención de riesgos, la regulación se encuentra desordenada y descoordinada en la LPRL, la Ley 32/2006, para el sector de la construcción y la LISOS, lo que obliga a reconstruir el régimen de responsabilidades de todo tipo –obligaciones de prevención, sanciones administrativas, recargos de prestaciones de seguridad social por falta de medidas de seguridad e indemnizaciones por daños derivados de accidentes de trabajo– y a colmar lagunas de necesaria cobertura.

En relación con las «**Responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social**», D. Andrés Trillo García puso de manifiesto que, pese a que llevamos cincuenta años abordando el tema de las responsabilidades de Seguridad Social en materia de contrataciones y subcontratas, y pese a los numerosos pronunciamientos, todavía no sabemos cuál es el alcance de esa responsabilidad.

Destacó la falta de sistematización normativa, la dispersión y la regulación remisoría de esta materia, tanto externa (al art. 42 ET, fuera del ámbito de la Seguridad Social), como interna (dentro de dicho ámbito arts. 18, 142, 168 LGSS). También abordó los principios y finalidades que se proponen en la legislación en cuanto a la subcontratación en materia de Seguridad Social, variables en función de la cuestión a tratar, y que adquiere las diversas dimensiones de esa responsabilidad según se produzcan incumplimientos en materia de afiliación y alta, de cotización, de prestaciones o de recargo de prestaciones.

En particular analizó el deber de comprobación del empresario principal del alta en la Seguridad Social de los trabajadores de la contratista (no solo en contrataciones de propia actividad sino también de actividades accesorias desarrolladas en la empresa principal) y el alcance exonerador de la comprobación de la obligación del contratista de estar al co-

rriente en el pago de las cotizaciones; la delimitación objetiva, subjetiva y temporal de la responsabilidad solidaria del art. 42.2 ET en las contrataciones de propia actividad; los supuestos en los que opera la responsabilidad subsidiaria del art. 168 LGSS. También analizó los procedimientos para hacer efectivas esas responsabilidades, de oficio por la TGSS o a través de actas de liquidación de cuotas de la ITSS; la responsabilidad en orden al pago de prestaciones; y la responsabilidad sobre los recargos.

Finalmente, concluyó señalando que las responsabilidades deberían estar coordinadas, y diseñarse una nueva regulación adaptada a la situación actual, a un mercado de obras y servicios más sofisticado.

Las ocho **comunicaciones defendidas** verbalmente en el **Panel 2** trataron temas de gran interés como la responsabilidad de la empresa principal en materia de SS, la responsabilidad laboral solidaria en torno al salario o a los grupos de empresa, o las infracciones y sanciones administrativas y penales en materia de descentralización productiva, responsabilidades de la empresa en materia de riesgos laborales o la salud laboral y prácticas *outsourcing*. También, se propusieron modificaciones al art 42 o propuestas para combatir la trata y la esclavitud en las cadenas de suministro. Finalmente, se habló de la responsabilidad social empresarial ente la ética y el derecho, la responsabilidad en la sucesión de empresas y la responsabilidad de los herederos de los administradores.

Respecto del **Panel 3, DERECHOS COLECTIVOS EN PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA**, en relación con el «**Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva**», de la intervención del Prof. Goerlich Peset hemos sintetizado en cinco las conclusiones en relación con los problemas del ejercicio del derecho fundamental de huelga de personas trabajadoras inmersas en procesos de descentralización productiva:

1. La existencia de una relación que podemos calificar de inversamente proporcional entre el incremento de la descentralización y las garantías de éxito de las convocatorias de huelga. Entre otras, se señalan las siguientes razones por las que resulta compleja la huelga en los supuestos de descentralización productiva: condiciones de trabajo diferentes que dificultan la existencia de un interés colectivo, dispersión física de los trabajadores, un marco normativo pensado para empresas tradicionales, la existencia de vínculos de derecho privado entre las empresas, que facilita que puedan recurrir a otras fórmulas de actuación empresarial frente a la huelga.

2. La presencia de problemas comunes de la huelga en los procesos de descentralización interna, con trabajadores a distancia (a quienes compete el derecho de huelga) o de plataformas digitales (respecto de los que resulta más complicado atribuirles el derecho dependiendo de si son asalariados o autónomos). Así, dispersión física, actuación de los piquetes, uso de la tecnología a favor de la acción sindical (redes sociales), dificultades para garantizar la prohibición de sustitución de los huelguistas... A modo de conclusión, parece que debería abrirse un proceso de reflexión sobre el reconocimiento del derecho de huelga a todos los trabajadores, también a los autónomos.

3. La ilicitud de la utilización de la descentralización como arma antihuelga, a la luz de la configuración legal y constitucional del derecho de huelga, lo que sucede cuando se recurre a la descentralización para neutralizar los efectos de la huelga. La conducta, que pretende despojar de efectividad al derecho de huelga, constituye una especie de esquirolaje descentralizado, que podría tener cabida en una interpretación amplia del art. 6.5 del RD-Ley 17/1977. Sí se prohíbe, en cambio, expresamente recurrir a la contratación a través de una ETT para sustituir a los trabajadores huelguistas.

4. La licitud o ilicitud del llamado «esquirolaje comercial u organizativo», por vulnerar el derecho de huelga. Se parte de las reper-

cusiones que una huelga puede provocar en casos de descentralización sobre las otras empresas con las que aquella tenga la empresa de los trabajadores huelguistas lazos mercantiles y plantea la posibilidad de que la empresa no afectada por la huelga pueda recurrir a otra empresa para sustituir la actividad de la empresa afectada por la huelga. Tradicionalmente el TS consideró lícito este proceder hasta la STC 75/2010 y otras, en casos de grupos de empresas, doctrina del TC muy discutida y no siempre aceptada por el TS. El Prof. Goerlich defiende que de esa sentencia no se desprende de forma indudable la prohibición de este esquirolaje, al menos si no hay grupo de empresas, y entiende que el régimen jurídico de la huelga se produce dentro del marco del contrato de trabajo y que no pierde efectividad ni afecta a su contenido esencial por el hecho de que otras empresas busquen otros proveedores. Por tanto, si se quiere extender el derecho de huelga al conjunto de la organización empresarial, deberían hacerse los correspondientes reajustes legislativos.

5. A modo de conclusión final, se hace una llamada al legislador para que intervenga, dada la complejidad de resolver de forma armónica por vía interpretativa el elevado número de problemas que se producen en materia de huelga en el contexto de la descentralización (ej. el preaviso, la huelga abusiva, si los huelguistas pueden acceder a las instalaciones de otras empresas, servicios mínimos...).

En relación con los «**Deberes de información, derechos de representación y negociación colectiva**», la Prof.<sup>a</sup> Martínez Barroso destaca la incapacidad del Derecho Sindical vigente para asegurar la acción colectiva en un modelo de empresa red, habida cuenta de la fragmentación de plantillas que origina la externalización y el correspondiente déficit representativo.

Algunas de las conclusiones más relevantes de su ponencia son las siguientes:

1. El deber de información trimestral a los representantes de los trabajadores del

art. 64 ET constituye un medio de participación débil o atenuada, puesto que no condiciona la futura actuación empresarial, al no tener carácter vinculante. Los deberes de información del art. 42 ET (el deber de la empresa principal y de la empresa contratista de informar, respectivamente, a sus representantes sobre distintos extremos de la contrata antes de su celebración y el deber de la empresa contratista de informar a sus trabajadores individualmente y a la Seguridad Social sobre la identidad de la empresa principal) pueden contribuir a reducir, en alguna medida, la opacidad e inseguridad jurídica que, con demasiada frecuencia, rodea este tipo de prácticas de descentralización empresarial.

2. El déficit representativo, sufrido por los trabajadores de las empresas contratistas, obedece al escaso volumen de empleo que caracteriza a las empresas principales y, especialmente a las auxiliares, y no se ajusta a las nuevas formas de organización empresarial ni a los nuevos métodos de organización del trabajo, con numerosas microempresas (unidades de lugar y empresas interdependientes) que no superan el umbral mínimo para constituir instancias de base electiva. Ese déficit se pretende paliar reconociendo a los trabajadores de las empresas contratistas que carezcan de representación el derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral mientras compartan centro de trabajo. Con todo, esa representación resulta francamente limitada y se construye sobre la presunción, no siempre real, de que en la empresa principal existen instancias colectivas y que la empresa auxiliar carece de ellas.

3. En cuanto a la negociación colectiva, existe cierta reticencia a negociar convenios en las unidades transversales de ámbito supraempresarial, por el deseo de aplicar distintos estándares laborales a los trabajadores de los servicios externalizados, que en la mayoría de las ocasiones gozan de condiciones de trabajo inferiores y con contratos de trabajo con una

duración vinculada a la de la contrata o la de la concesión. Doctrinalmente se han propuesto otras fórmulas de solución, para paliar la desigualdad en las condiciones de trabajo que la descentralización productiva genera. Así, se ha defendido la aplicación directa del convenio colectivo de la empresa principal a los trabajadores de las contratas y subcontratas, si bien esta solución no es viable en numerosos supuestos por la disparidad de actividades que confluyen, al no incluir el convenio de la empresa principal las tareas descentralizadas.

4. La creación de nuevas unidades de negociación plantea asimismo numerosas cuestiones desde la perspectiva de la estructura de la negociación colectiva y, en su caso, ante la posible concurrencia de los convenios sectoriales con los convenios de afectación a una pluralidad de empresas y/o con los convenios propios de cada una de las empresas.

5. La prioridad aplicativa del convenio de empresa ha permitido constatar una reducción peyorativa de las condiciones de trabajo. Esta regla ha sido corregida, en el sector público, por la LCSP, que exige que los pliegos de cláusulas administrativas particulares obliguen al adjudicatario a cumplir las «condiciones salariales» de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación correspondiente a la actividad de la empresa contratista.

6. Se analizan también las cláusulas restrictivas que impiden contratar trabajadores a través de empresas multiservicios, sin ningún tipo de motivación económica, en cuanto podría considerarse una conducta susceptible de restringir la competencia. En su lugar, se propone «vetar únicamente la contratación de aquellas empresas auxiliares que no respeten los estándares mínimos fijados en los convenios sectoriales aplicables a la principal» o establecer «deberes de negociación» o procesos de información o consulta, que pueden conducir al ejercicio de un derecho de veto de los sindicatos fundado en la necesidad de evitar prácticas ilegales.

7. A modo de conclusión, se afirma que el problema no son las contrataciones o la externalización de actividad productiva, que es parte de la organización de la empresa y funciona con razonabilidad en la mayor parte de las ocasiones, sino ciertos abusos localizados en las empresas multiservicios, que precisan de una adecuada solución para pasar de la extensión de la responsabilidad a la de parificación de condiciones de trabajo, que implica «una cierta consideración del comitente como empleador de los trabajadores adscritos, al menos durante el tiempo de la adscripción y, en definitiva, imponer a una empresa independiente los términos y condiciones convenidos por otra».

Las **comunicaciones defendidas en el Panel 3** ahondaron en cuestiones, aludidas algunas en las ponencias, y suscitaron un interesante debate. En concreto, trataron aspectos relevantes de la huelga en el contexto de las contrataciones, en relación con la recepción de la doctrina constitucional del caso Samoa, o el esquirolaje tecnológico, a partir de algoritmos predeterminados entre la empresa contratista y las subcontratas. Se incidió también nuevamente en la insuficiencia del marco normativo para atender la representación de los trabajadores en la empresa fragmentada y se prestó especial atención a la determinación del centro de trabajo en los procesos electorales afectados por la descentralización productiva. Por último, con carácter general se planteó una reflexión sobre la atomización del trabajo que ha acarreado la descentralización productiva a través de todas sus expresiones, analizando su impacto sobre las relaciones laborales.

En cuanto al **Panel 4**, «**EMPRESAS MULTISERVICIOS**», el Prof. Monereo Pérez, en su ponencia titulada «**Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades**», sitúa esta realidad empresarial entre la legalidad y la ilegalidad formal, en una zona gris de tolerancia, amparada por la libertad de empresa del art. 38 CE y del Derecho de la Unión Europea, atemperada por la protección de otros

derechos legítimos, pero no comprendida frecuentemente en el art. 42 ET y excluida del régimen de las ETT. Parte del planteamiento de dos importantes premisas: Primera, la desregulación legislativa de las empresas multiservicios y la indefinición e insuficiencia del marco normativo legal de las relaciones triangulares, disperso en distintos preceptos del ET, fundamentalmente, arts. 42, 43 y 44, sin que ninguno de ellos sirva para dar cuenta de todas las fórmulas de externalización y descentralización productiva y funcional. Y segunda, la existencia de una negociación colectiva que ha permitido fórmulas de elusión de la aplicación de las garantías laborales y situaciones de abuso de derecho y fraude.

Expone a continuación los nexos problemáticos con la cesión de trabajadores, la subcontratación de servicios y la sucesión de contrataciones y formula interesantes propuestas de reforma normativa. Respecto de la cesión legal o ilegal de trabajadores, propone reflexionar sobre el contenido del art. 43 ET, habida cuenta de la ambigüedad del objeto de las empresas multiservicios, de modo que permita distinguir una actividad de suministro lícito de mano de obra para las empresas multiservicios, aunque con las garantías de las ETT, de otra ilícita y por lo tanto prohibida por el ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a la subcontratación de obras y servicios, figura a la que acuden mayoritariamente las empresas multiservicios para ejercer su actividad, se defiende una interpretación más flexible del art. 42 ET. En particular, la supresión del concepto de propia actividad, para poder aplicar íntegramente su sistema garantista de responsabilidades, cuando las empresas multiservicios no se limiten al mero suministro de mano de obra.

Y en relación con la sucesión de empresa, en particular, la sucesión de plantillas en las contrataciones, situación impuesta normalmente por la vía de la negociación colectiva, propone actualizar el concepto de empresa para incluir las empresas de servicios o empresas desmaterializadas y así garantizar los derechos de

los trabajadores ante la sucesión de plantillas. No en vano, se incluye en el ámbito de aplicación de las garantías de la Directiva 2001/23 y, por tanto, también del art. 44 ET.

En lo que concierne a la estabilidad en el empleo y la contratación en el marco de las empresas multiservicios, se pone el acento en tres ejes fundamentales: inestabilidad, temporalidad y contratos de obra o servicios vinculados a las contrataciones o concesiones de que se hace cargo la empresa multiservicios. Ello ha provocado una precarización generalizada y la consiguiente falta de garantías jurídico-laborales específicas para el trabajo prestado en el ámbito de estas empresas. Toda esta situación se ha visto agravada, además, con la aprobación de la Ley 3/2012 y su tendencia antijurídica hacia la supresión de los mecanismos subrogatorios convencionales a través de la preferencia aplicativa de los convenios de empresa de las empresas multiservicios. En particular, se propone exigir, también para los contratos de obra o servicio vinculados a una contrata singular, la temporalidad y la sustantividad de la obra o servicio con respecto a la actividad general de la empresa multiservicios contratante.

En cuanto a los poderes directivos y las prestaciones de trabajadores de empresas multiservicios para empresas clientes como relaciones triangulares de facto, la concreción del concepto de subordinación resulta una cuestión especialmente problemática. Para distinguir la subordinación jurídica o formal de la técnica o real, acompaña una propuesta de reforma del art. 1 ET capaz de hacer frente, de modo menos formalista, a las nuevas realidades empresariales.

En relación con los derechos colectivos en el ámbito de las empresas multiservicios, destacó en particular, la distorsión funcional de la negociación colectiva, que se está utilizando como instrumento sistemática y deliberadamente peyorativo de regulación de las condiciones de trabajo y de los derechos colectivos de los trabajadores contribuyendo así a un

vaciamiento del estándar de derechos garantizados en el convenio sectorial.

Por su parte, la Prof.<sup>a</sup> Rojas Rivero aborda con rigor la compleja cuestión de la «**Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable a las empresas multiservicios**». Tras evidenciar algunos de los cambios del Derecho del Trabajo derivados de fenómenos como el incremento de la descentralización y de la externalización de tareas, la desconcentración productiva, la subcontratación de actividades y la afectación del empleo con personal subcontratado, pone especial énfasis en el desarrollo de empresas especializadas en actividades y servicios, no solo auxiliares o complementarios para la empresa contratante, sino también servicios estratégicos (distribución logística, diseño, marketing, sistemas de información o actividades financieras), servicios o actividades múltiples que no encajan frecuentemente con un sector de actividad determinado ni con un convenio determinado. Coincide en gran parte de las valoraciones del Prof. Monereo –su ámbito propio de la cesión de trabajadores, alejado frecuentemente de las contrataciones de propia actividad, la ausencia de regulación legal, la precariedad «negocial» de los trabajadores de la empresa multiservicios, la necesaria reforma del art. 42 ET, la eliminación de la limitación de la responsabilidad solidaria a contrataciones de la propia actividad...–. Ya en relación con la negociación y los convenios colectivos, algunas de sus conclusiones y propuestas esenciales pueden sintetizarse en las siguientes:

1. La reforma laboral de 2012, al establecer la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, ha provocado un evidente resultado de atomización de la negociación colectiva española, una de cuyas manifestaciones más relevantes es la proliferación de convenios colectivos propios de las llamadas empresas multiservicios. Sorteando estas empresas la aplicación de los convenios de sector por la inclusión de actividades productivas muy diferenciadas, es decir por su multifuncionalidad y la segmentación de sus trabaja-

dores. Evitan así los mecanismos subrogatorios incluidos en los convenios de sector.

2. Esa proliferación, que no siempre es posible por falta de representación de los trabajadores en los centros de empresa, se traduce en un empeoramiento de las condiciones de empleo y de trabajo de los trabajadores al servicio de dichas empresas –convenios *low cost*–.

3. Se impone una reforma legislativa que facilite el control de las situaciones de fraude de ley y abuso de derecho provocadas por esa proliferación de convenios colectivos empresariales de las empresas multiservicios, que funcionan como instrumentos de competitividad y falsean la libre competencia empresarial. La regulación actual impide una actuación eficaz de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a efectos de corregir las situaciones de fraude de ley y abuso de derecho provocadas por la existencia de una multitud de convenios colectivos empresariales de las empresas multiservicios. Esa regulación provoca también una excesiva judicialización de los asuntos, sin que hasta el momento la jurisprudencia y la doctrina judicial hayan aportado criterios seguros para determinar el convenio sectorial aplicable en cada caso.

4. La reforma debería fijar con claridad el ámbito de juego de los principios dominantes en el terreno cubierto por la negociación colectiva de las empresas multiservicios, que son los criterios de actividad principal o predominante y de unidad de empresa, de especialidad y fragmentación empresarial y de correspondencia.

5. En tanto no se produzca esta reforma legislativa, debe potenciarse la autonomía colectiva de los interlocutores sociales en el plano multisectorial y a nivel estatal, considerándose una solución puente o transitoria la estipulación de un convenio marco interprofesional o de otro tipo, que diferencie las diversas situaciones y criterios aplicables y contrarreste la excesiva atomización negocial actualmente existente en el ámbito de las empresas multiservicios.

6. Si la actuación de la autonomía colectiva no resulta posible o efectiva, «la intervención del legislador es ineludible». Deberían legitimarse para negociar en las empresas multiservicios a las organizaciones sindicales legitimadas a nivel supraempresarial, garantizar la aplicación de las condiciones esenciales del convenio de la empresa cliente cuando se trate de contratistas de la propia actividad y aplicar a las empresas multiservicios el convenio sectorial correspondiente a la actividad del trabajador, o el convenio empresarial, en caso de que establezca condiciones más beneficiosas.

Las **comunicaciones defendidas en el Panel 4** trataron distintos temas, todos ellos relacionados con la identidad de las empresas multiservicios y la negociación colectiva en su ámbito. En concreto, se analizaron las insuficiencias de la normativa vigente en materia de legitimación para negociar y, al tiempo, se propusieron interesantes reformas. Se pusieron también de manifiesto fuertes desigualdades de género encontradas en los convenios colectivos de las empresas multiservicios. La promoción profesional en los sistemas de clasificación profesional de las empresas multiservicios fue otro de los temas estudiados sobre el que, más allá de exponer los criterios dominantes, se incidió de nuevo en la dificultad de identificar, en no pocas ocasiones, el convenio colectivo aplicable. La degradación de las condiciones laborales del sector en la contratación pública fue asimismo objeto de tratamiento exhaustivo. Por último, se analizó la situación particular de las empresas multiservicios en el sector aeroportuario y se destacó, una vez más, el conflicto existente entre la mejora de la competitividad empresarial y el deterioro de los derechos laborales de los trabajadores.

De gran interés ha resultado el **Panel DE DERECHO COMPARADO** con aportaciones sobre la regulación de la descentralización productiva en los ordenamientos italiano, francés y alemán, que, al igual que el debate enriquecido por las comunicaciones presentadas, no resulta posible sintetizar en estas conclusiones generales.



# Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MTMSS

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (MTMSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MTMSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportarán las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un resumen, en castellano y en inglés, de al menos mil palabras, que describa en detalle la metodología, resultados y conclusiones del mismo; así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados y tiene como referencia el Código de conducta y buenas prácticas para editores de revistas científicas que define el Comité de Ética de Publicaciones (COPE: Committee on Publication Ethics). El plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: [proproeditorial@mitramiss.es](mailto:proproeditorial@mitramiss.es)

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social  
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones  
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305      Fax number: 913632349      Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

# Guidelines for submitting collaborations to the MTMSS magazine

The magazine of the Ministry of Labor, Migration and Social Security (MTMSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MTMSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Labor, Migration and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: [proproeditorial@mitramiss.es](mailto:proproeditorial@mitramiss.es)

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social  
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305 Fax number: 913632349 Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

# Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

10 números  
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

### DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC     RTD     RTS     RTL     RTE     RMI     N.º ...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

### FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social  
Subdirección General de Información  
Administrativa y Publicaciones

Librería  
Agustín de Bethencourt, 11  
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: [sgpublic@mitramiss.es](mailto:sgpublic@mitramiss.es)

Librería Virtual

<https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual>





## SUMARIO

EDITORIAL: *Joaquín García Murcia* • ESTUDIOS: Marco estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud: retos y repercusión en el ordenamiento español. *M<sup>a</sup> de los Reyes Martínez Barroso* • La intervención normativa de la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales. *Icía Alzaga Ruiz* • Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT. *Margarita Isabel Ramos Quintana* • Beneficios de la promoción de la salud en las organizaciones productivas. *María Gea Brugada* • De la prevención de riesgos a la promoción de la salud en el trabajo: avances en la negociación colectiva. *Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo* • Vigilancia de la salud laboral y protección de datos. *Sonia Isabel Pedrosa Alquézar* • La prevención laboral efectiva frente al riesgo durante la lactancia: historia, estado de la cuestión y expectativas. *María Amparo Ballester Pastor* • Sostenibilidad ambiental y prevención de riesgos laborales: reflexiones sobre el sector de la construcción ecológica. *Susana Rodríguez Escanciano* • Riesgos laborales en carretera. *Beatriz Agra Viforcós* • Prevención de riesgos y actividad laboral de estiba y desestiba. *María Teresa Igartua Miró* • Prevención laboral y protección social de los trabajadores expatriados. *Lourdes López Cumbre* • Prevención y protección de los riesgos profesionales en el trabajo autónomo. *Sira Pérez Agulla* • La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la política institucional en prevención de riesgos laborales. *José Ignacio Sacristán Enciso* • La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo. *Juan Gil Plana* • El recargo de prestaciones y su compleja convivencia procesal con las responsabilidades penales y administrativas derivadas de accidente de trabajo. *Paz Menéndez Sebastián* • La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo. *Yolanda Maneiro Vázquez* • El deber de seguridad del empleador y el principio protector en Latinoamérica. *María Cristina Gajardo Harboe* • DOCUMENTOS: Conclusiones generales del XXVIII Congreso de la AEDTSS, celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela. *Marta Fernández Prieto*

