

Guía

Propuestas para la mejora del Marco Normativo de la P.R.C.
Razones para una necesaria reforma



Con la Financiación de: AI-0001/2015



FUNDACIÓN
PARA LA
PREVENCIÓN
DE RIESGOS
LABORALES

Guía

Propuestas para la mejora del Marco Normativo de la P.R.C.: Razones para una necesaria reforma

**Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente
UGT-CEC**

*“El contenido de dicha publicación
es responsabilidad exclusiva de la entidad ejecutante
y no refleja necesariamente la opinión de la
FUNDACIÓN de Prevención de Riesgos Laborales”.*

EDITA
Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC

DISEÑA e IMPRIME
Blanca Impresores S.L. 95 319 11 02

Depósito Legal: M-42190-2016



Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente
UGT-CEC

Guía

Propuestas para la mejora
del Marco Normativo de la P.R.C.:
Razones para una necesaria reforma

AUTORES

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

Margarita Miñarro Yanini

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Jaume I Castellón

Manuel García Jiménez

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

PARTICIPANTES EN LOS GRUPOS DE TRABAJO Y JORNADA DE DISCUSIÓN

ESPECIALISTAS ACADÉMICOS

Universidad Carlos III de Madrid

Jesús Rafael Mercader Uguina
*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Ana Belén Muñoz Ruiz
*Profesora Titular Visitante de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad de Oviedo

Carolina Martínez Moreno
*Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad de Zaragoza

Juan García Blasco
*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Sonia Isabel Pedrosa Alquézar
*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad Internacional de la Rioja

Guillermo García González
*Profesor Agregado. Acreditado para Profesor Titular.
Abogado en ejercicio.*

ESPECIALISTAS PROFESIONALES

Abogacía Especializada

Juan Ignacio Marcos González.
*Abogado.
Director del Observatorio Vasco sobre acoso moral
y no discriminación*

Judicatura

Fernando Salinas Molina.
Magistrado de la Sala 4ª del TS

Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social

Victor de Santos Sánchez
*Director Territorial Inspección de Trabajo
y Seguridad Social de Andalucía.*

Esther Azorit Jiménez
*Inspectora de Trabajo y Seguridad Social
Inspección Provincial de Sevilla*



*“Nunca menciona su origen/ No tiene atrás la mirada/Sus ambiciones le erigen/
Gran hijo, de la gran Nada”*

Jorge Guillén (Epigramas, 422; En Aire nuestro y otros poemas)



Índice

INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL ESTUDIO Y METODOLOGÍA DE ELABORACIÓN 13

1. ALGUNAS CUESTIONES DE “TÉCNICA REGULADORA”: ¿CODIFICACIÓN, REFUNDICIÓN, RECOPIACIÓN, SIMPLIFICACIÓN REGULADORA?..... 19

1.1. ¿Reformar la “legislación” o mejorar la “aplicación”? ¿La -necesaria- racionalización del marco regulador preventivo exige su “simplificación” y/o “adelgazamiento”? 21

1.1.1. ¿Qué papel tiene de verdad el factor -buena- Legislación en materia preventiva para la mejora real de la seguridad y salud en el trabajo? 21

1.1.2. La complejidad del sistema normativo de prevención de riesgos es inexorable; sus oscuridades, vacíos y contradicciones, no 24

1.2. ¿Cómo establecer un marco más eficaz-eficiente de relaciones entre las diferentes técnicas de regulación, esto es, entre la heteronomía y la autorregulación -convenios, normas de certificación ?..... 26

1.3. ¿Hay que cambiar la técnica de tipificación de las obligaciones, dejando las cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, para tornar a reglas concretas? 31

2. “POLÍTICAS” Y “ENFOQUES” PARA MEJORAR LA ACCIÓN REGULADORA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES: ENTRE CLASICISMO Y RENOVACIÓN..... 43

2.1. La estrecha relación entre el marco regulador de las relaciones de trabajo -mercado-, y el marco regulador de las relaciones de prevención de riesgos laborales 45

2.2. ¿Cómo corregir el fervor documentalista de la actividad preventiva a fin de dirigirnos hacia una cultura (ético-social) de eficacia frente a la apariencia preventiva -”cultura cosmética” de prevención-? 46

2.3. ¿Hay que incluir de forma específica referencias a modernos enfoques preventivos que, presentes implícitamente en la LPRL, deben reforzarse para su mejora práctica, en especial, al género y a la edad? 47

2.3.1. La necesidad de dar una mayor visibilidad en la LPRL al enfoque de género en la gestión de los riesgos laborales. 47

2.3.2. La conveniencia de dar transparencia al enfoque de edad de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo.....	49
2.4. ¿Cómo incorporar los diversos enfoques de la diversidad sociolaboral moderna en la política de seguridad y salud en el trabajo de las empresas?	51
2.5. ¿Hay que incluir una referencia específica a la seguridad laboral vial, en línea con lo sucedido ya en el ámbito del “Soft Law” -Guías- y de la normalización -sistemas de gestión normalizados mediante su certificación-.	52
2.6. ¿Debe incluirse expresamente alguna referencia a la gestión preventiva del riesgo de consumos problemáticos de drogas en el ámbito de trabajo?	55
2.7. ¿Qué influencia debe reconocerse normativamente a la dimensión de la empresa, más allá de las ya existentes?.....	56
2.7.1. “PYME” y riesgos laborales: ¿Es determinante la dimensión de la empresa para la comprensión de la siniestralidad laboral?	56
2.7.2. Nuestro sistema preventivo ya hace de la dimensión de la empresa un factor relevante para flexibilizar-aligerar la obligación preventiva.	61
2.8. Fortalecer la implicación institucional, en especial en la transparencia estadística. ¿Cómo mejorar la información estadística, en calidad y cantidad, dejando aflorar la siniestralidad laboral real, en particular las artificialmente desaparecidas EEPP?	63
2.9. Educación e Investigación ¿Qué hacer para que haya un espacio de investigación superior constante en esta materia, así como de I+D?.....	64
2.10. ¿Convendría recoger en la LPRL, en línea con lo que se hace en las Leyes de Salud Pública, la diferencia entre la “política de promoción de la salud laboral” y la de “prevención de los riesgos para la salud laboral”?	65

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES DE LA LPRL: REFORZAR LA UNIVERSALIDAD PROFESIONAL DEL DERECHO Y FAVORECER LA AUTONOMÍA DE SUS PRESUPUESTOS.. 67

- 3.1. ¿Requiere modificaciones el art. 3 LPRL para garantizar el carácter efectivamente “universal” del derecho profesional a la seguridad y salud en el trabajo? 69
- 3.2. ¿Es tiempo de redefinir el concepto de accidente laboral a los efectos preventivos, diferenciándolo del de aseguramiento social, así como su calificación? 80
- 3.3. ¿Hay que redefinir el concepto de “enfermedad del trabajo” a fin de eliminar el carácter exclusivo, para recoger la complejidad de los factores causales en la realidad del trabajo contemporáneo, al tiempo que se actualiza la lista de EEPP?..... 84

4. LA ORGANIZACIÓN PREVENTIVA EN LA EMPRESA: CÓMO ENCAUZAR LOS MERCADOS DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y DE LA FORMACIÓN DE PREVENCIÓNISTAS 87

- 4.1. Racionalización del sector hacia una dimensión cualitativa y de innovación. ¿Cómo garantizar desde la Ley el primado de los recursos internos y hasta qué intensidad? 89
- 4.2. Sombras y luces en el balance de los servicios de prevención mancomunados. La necesidad de una cierta revisión a fin de acotarlos de forma más precisa. 96
- 4.3. La asunción directa por el empresario de la gestión preventiva ha resultado, en la práctica, un gran fracaso: se propone la reversión de las reformas expansivas. 101
- 4.4. ¿Cómo racionalizar y dignificar la profesión de “técnico de prevención de riesgos laborales”? su necesaria configuración como una “profesión regulada”. 102

5. BLOQUE RELATIVO AL SISTEMA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES..... 105

- 5.1. ¿Se precisaría alguna sistematización mejor, con carácter general? 107
- 5.2. ¿Qué modificaciones concretas precisaría el deber de formación a fin de que resulte realmente eficaz y no meramente formal? 107
- 5.3. ¿Cómo podemos concretar el deber de adaptación razonable que establece, como principio general, los arts. 15 y 25 LPRL, de modo que se proteja de forma eficaz a los “colectivos especialmente vulnerables” y a las personas “especialmente sensibles”?..... 115

5.4. ¿Qué influencia reconocer a los actuales procesos de descentralización productiva, empresas en red (“fissured workplaces”), relaciones triangulares, gestión indirecta, cadena de contratas ? Pero, sobre todo, ¿cómo se concreta normativamente?	127
5.5. Repensar-revisar la vigilancia de la salud. ¿Cuáles serían las prioridades de reforma en relación a la vigilancia de la salud?	142

6. REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES”: EL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA DEL DELEGADO TERRITORIAL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS. EL DELEGADO DE MEDIO AMBIENTE..... 157

7. BLOQUE SOBRE LAS GARANTÍAS DE EFECTIVIDAD DEL CUMPLIMIENTO: EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES POR INCUMPLIMIENTOS 163

7.1. ¿Qué incidencia debe tener el carácter triangular de las relaciones de trabajo en los criterios de atribución de responsabilidad -administrativa y civil-?	163
7.2. ¿Qué se puede y se debe hacer para mejorar el sistema de responsabilidad “civil” por daños derivados del trabajo desde un punto de vista preventivo?	170
7.3. ¿Qué hacer con el recargo de prestaciones de la Seguridad Social: lo reformamos para su actualización o se deroga definitivamente, desplazando el efecto disuasorio de esta materia a un nuevo Derecho Laboral de Daños a la persona del trabajador?	172
7.4. ¿Qué revisión merece la cuestión de la responsabilidad de las Administraciones Públicas?	177
7.5. ¿Y qué podemos hacer para que la eventual responsabilidad penal sea más efectiva? ¿qué posición tenemos al respecto?	180
7.6. Reformas de coherencia en otras Leyes del Sistema Normativo relativo a la Prevención de Riesgos Laborales.	181

8. CONCLUSIONES 183



Introducción



INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL ESTUDIO Y METODOLOGÍA DE ELABORACIÓN

Aunque estaba expresamente previsto su refundición (Ley 20/2014, de 29 de octubre), al Gobierno español, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)-, varias veces modificada desde su publicación (1995), de forma parcial, pero con una profundidad mayor -y más alarmante- de la que suele afirmarse, le ha parecido bien como está, dejándola fuera de la técnica de la refundición, de modo que, a su juicio, nada habría que clarificar ni simplificar en su texto. De este modo, presumiendo que hay un pleno ajuste entre la versión originaria de la LPRL y las reformas sucesivas, el Gobierno situó a la materia de prevención de riesgos laborales en una marcada excepción respecto del resto de las grandes materias de las relaciones laborales y de la protección social -ET, Ley de Empleo, Seguridad Social-. Pese a que pudiera parecer anecdótico, entendemos que es ya un claro síntoma de la escasa atención que la materia preventiva de riesgos profesionales tuvo en esa Legislatura, salvo para ir invirtiendo, paso a paso, el modelo originario de regulación, reduciendo su componente o dimensión social -calidad protectora, por tratarse tanto de un derecho humano fundamental como de una “inversión productiva” en “capital humano”-, para introducir un enfoque más mercantilizado -liberación o reducción de obligaciones preventivas, entendidas como cargas.

Al tiempo, hemos visto cómo, desde 2013, precisamente con la retoma de la senda del crecimiento económico, se han vuelto a recrudecer los índices de siniestralidad laboral, con un significativo, y constante desde entonces, crecimiento del índice de incidencia en materia. Esto es, pese a que la LPRL pretendió incluir un cambio cultural e histórico en la materia -la clásica relación entre el crecimiento económico, el mayor empleo y la mayor siniestralidad laboral-, de modo que a partir de ese momento el crecimiento económico fuese también cualitativo y se acompañara de progreso social y de bienestar, al menos de seguridad y salud laboral, una vez más reemerge esa “lacración nacional” que asocia íntimamente el crecimiento económico y los accidentes de trabajo (relación directamente proporcional entre el crecimiento del PIB y el de los índices de incidencia de la siniestralidad laboral). Como hace década y media, y cuando se creía que la LPRL había tenido un importante impacto cultural, la convicción de tener en esta materia una “buena ley” chocaba de frente con una dura realidad, la de una siniestralidad en aumento, sin que la LPRL y su abultado desarrollo reglamentario, que no ha cesado ni siquiera con un Gobierno en funciones, parezca en condiciones de frenarlo ¿Tiene algo que ver una cierta deficiencia, incluso obsolescencia de la LPRL en esta situación, o se debe tan sólo a la desinversión en esta materia y al incremento de la precariedad laboral, a raíz de la crisis económica y de las soluciones precarizadoras adoptadas para intentar salir de ella?

Asimismo, una reciente sentencia del Tribunal Constitucional parece poner en duda la inclusión en el sistema preventivo de riesgos profesionales de algunos de los enfoques más novedosos que creíamos contenía la LPRL, como el enfoque de género (STCO 159/2016, 22 de septiembre). Al tiempo que algunas sentencias, igualmente recientes, del Tribunal Supremo arrojan dudas relevantes sobre planteamientos clave del modelo originario de la LPRL, como puede ser el carácter estrictamente voluntario de los reconocimientos médicos, o mantienen en una zona de sombra la protección de algunos de los llamados riesgos emergentes, como son los ergonómicos; e incluso los riesgos psicosociales, donde podemos hallar decisiones de diversa orientación, una favorable a su protección desde el sistema preventivo, y otra que crea muchas más dudas (“cal y arena”).

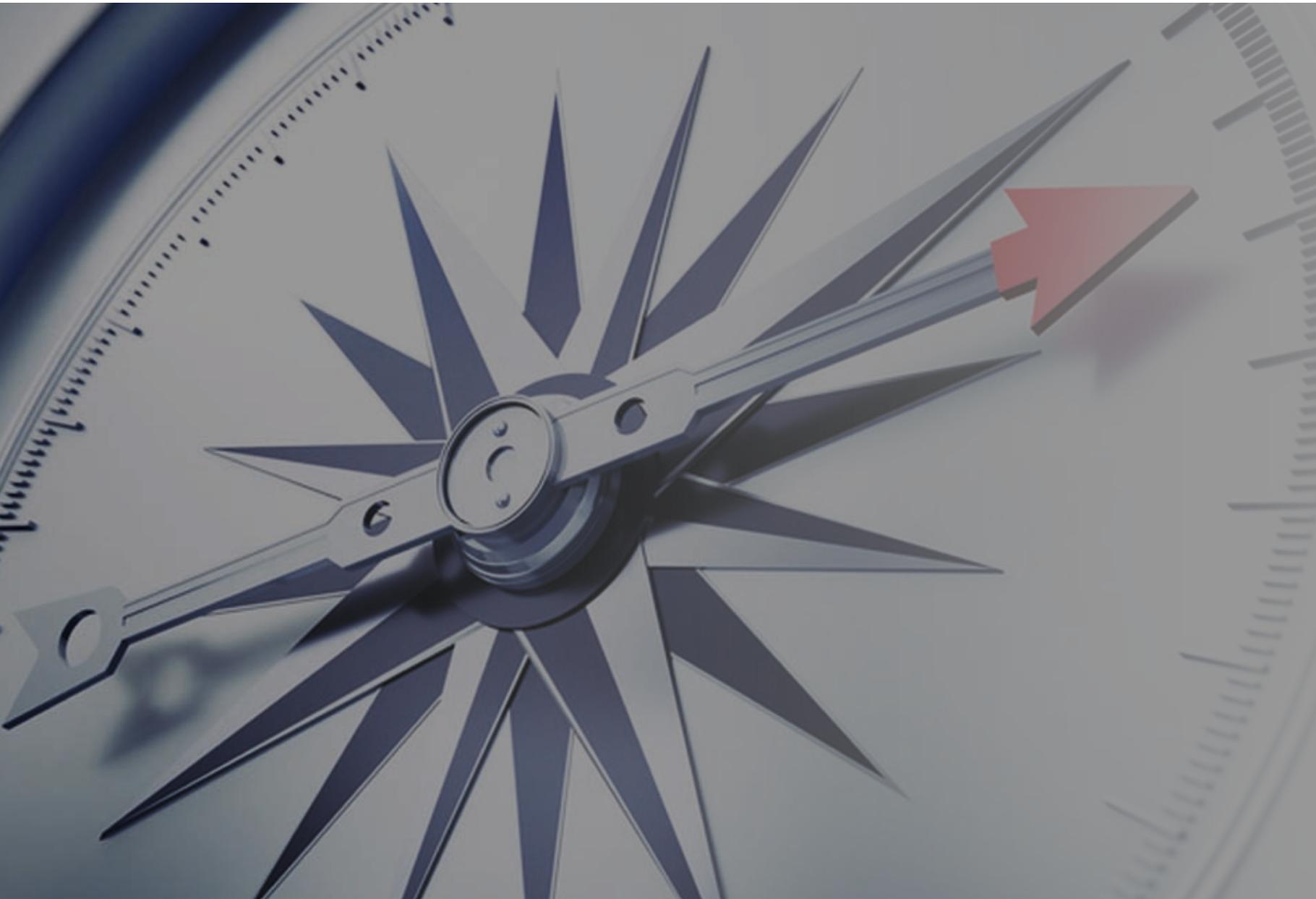
Todo ello, revela un creciente número de incongruencias, incertidumbres, sombras, vacíos legales -por ejemplo en relación a los sistemas de representación de los trabajadores en las pequeñas empresas- y otros “vicios jurídicos” que lastran notablemente la calidad jurídica del sistema normativo español, pues sostenidos en el tiempo se muestran más preocupantes por su incapacidad para adaptarse a nuevas realidades del mundo del trabajo contemporáneo. Al respecto, ha quedado más claro en este tiempo la errónea transposición de la Directiva marco comunitaria en diversos aspectos, algunos muy relevantes (opción del modelo organizativo de la actividad preventiva), así como los desfases con nuevos enfoques (como el “envejecimiento activo en las políticas de salud laboral”). En suma, sin perjuicio de las bondades y virtudes que atesora la LPRL, cuyos principales problemas se asocian más a una deficiente aplicación de la misma en las empresas, no es posible ya silenciar también sus vicios y deficiencias de regulación, ya que en ellas se halla una parte de la explicación de por qué no contamos con un sistema suficientemente protector y eficaz, impidiendo, o dificultando, ir más allá en la debida intensidad y calidad protectoras.

Precisamente, el objeto principal de este Estudio es identificar esos vicios jurídicos, o al menos los más relevantes, y proponer alternativas para su corrección. Al respecto, conviene hacer dos precisiones más para comprender el sentido de este Estudio. De un lado, el enfoque es netamente garantista, esto es, perseguimos identificar y seleccionar las deficiencias básicas del sistema normativo -no sólo de la LPRL, sino también de su bloque regulador, reglamentario y legislativo- a fin de mejorar su eficacia protectora (art. 14 LPRL). Por supuesto, no ignoramos la necesidad de que, además de eficaz y más garantista, y justo, el sistema normativo resulte también más eficiente, de modo que las empresas verifiquen la doble “rentabilidad” -social y económica- de invertir en prevención de riesgos laborales. Conviene advertirlo porque es sabido que hay una propuesta europea de hacer lo mismo, pero para aligerar las “cargas”.

De otro, somos inconscientes de que el principal problema de la LPRL es el altísimo grado de incumplimiento de la misma. Por lo tanto, hay que intensificar los mecanismos de garantía de la efectividad del cumplimiento (mejoras de la vigilancia inspectora; mejoras en la efectividad del riesgo de imputación penal; también mayores incentivos económicos para las empresas que cumplan adecuadamente). Sin duda, este otro enfoque es muy importante, pero, en la medida en que requiere sólo de políticas de efectividad y no reformas normativas, han quedado fuera de este análisis.

Desde esta doble perspectiva, quienes suscribimos este Estudio-Informe, profesorado de la Universidad de Jaén y de la Jaume I de Castellón, recibimos el encargo de la UGT-CEC, a través de su Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente, de llevar a cabo esa labor de identificación de vicios jurídicos -contradicciones o antinomias y lagunas- para proponer las mejoras necesarias. A tal fin, se realizan los estudios y propuestas que a continuación pasamos a exponer. La autoría de las mismas corresponde a los tres profesores firmantes del Estudio como tales, por lo tanto se elaboran bajo su estricta responsabilidad, como investigadores con experiencia en la materia. Ahora bien, para alcanzar tales conclusiones y propuestas en la materia, los autores consideraron más adecuado, como método de trabajo, crear un Grupo de profesores-as y profesionales especializados en el ámbito de la prevención de riesgos, desde las más diversas perspectivas -abogacía, prevencionistas, judicatura, inspectores de trabajo-. Con ese enfoque más dialogado y abierto, en el que tuviesen participación opiniones diversas, incluso opuestas, se realizaron diversas propuestas que fueron objeto de reflexión, estudio e intenso debate en diversas sesiones, la última en la Universidad Internacional de Andalucía, sede Baeza (los días 22 y 23 de septiembre).

A todos ellos-as, partícipes indispensables de este proceso de investigación, reflexión y discusión amplia, a veces incluso apasionada, sobre un tema de la magnitud y trascendencia del aquí tratado, queremos agradecer vivamente sus valiosísimas aportaciones. Algunas de ellas han sido recogidas casi tal cual en el Estudio, y así se hace indicación en el texto correspondiente; otras han sido profundamente reelaboradas, tras los debates y siguiendo las pautas y prioridades que los tres autores de este Estudio han considerado más adecuadas. La responsabilidad del Estudio-informe es, pues, de los autores, sin que el resto de integrantes del Grupo de Trabajo tenga que compartirlas necesariamente, incluso varias de ellas sabemos que no se asumen por los diversos miembros del mismo. Pero, en cualquier caso, el debate tenido al respecto ha sido enriquecedor y el espíritu de reflexión dialógica y comunicativa que traduce ha quedado reflejado en el documento final. Una vez más se evidencia que ninguna comunidad -científica y social- progresa si no hay pluralidad.



1

Algunas cuestiones de “técnica reguladora”:
¿codificación, refundición recopilación,
simplificación reguladora?



1. ALGUNAS CUESTIONES DE “TÉCNICA REGULADORA”: ¿CODIFICACIÓN, REFUNDICIÓN RE-COPILACIÓN, SIMPLIFICACIÓN REGULADORA?

1.1. ¿Reformar la “Legislación” o mejorar su Aplicación?: ¿ La -necesaria- racionalización del marco regulador preventivo exige su “simplificación” y/o “adelgazamiento”

1.1.1. ¿Qué papel tiene de verdad el factor -buena- Legislación en materia preventiva para la mejora real de la seguridad y salud en el trabajo?

Cuando en los albores del siglo XXI, las grandes expectativas de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales -LPRL- se vieron complemente frustradas, por el sigficativo crecimiento de la siniestralidad laboral “visible” -intrasparente o invisible permanecía otra, las “enfermedades profesionales”(EPPP9-, pese a la profunda renovación del sistema normativo de prevención de riesgos, todos miraron al “marco legislativo”, una vez más. Ciertamente, nadie llegaba tan lejos cómo para culpabilizar a la recién estrenada LPRL del incremento, a razón de más de un 10 por ciento anual, de la siniestralidad en esos cinco años -precisamente los de despegue económico tras la crisis de 1993 y galopante crecimiento económico (más PIB)-. Pero incluso los más fieles al valor de innovación de la nueva Ley evidenciaban, unos con más resignación, otros con más crítica, no sólo su ineffectividad (fala de cumplimiento), sino su ineficacia (incapacidad para, aun cumpliéndose, resolver el problema). Aunque nadie como un jurista para saber que ni una sola de las Leyes, por buena que sea, transforma por sí sola la realidad social, requiriéndose un paralelo marco de acción comprometida constante de los poderes públicos, organizaciones sociales y de los propios ciudadanos (de ahí el Convenio n. 187 OIT, que renuncia a reformar el marco legal para mejorar las políticas), muchos de ellos evidenciaron que una principal causa de su fracaso, la más visible, de la LRL era “*su complejidad*”, crítica recurrente donde las haya.

Uno de sus más conspicuos concedores, laboralista muy reconocido y ya maestro de maestros, en un difundido artículo de prensa del Diario más leído de aquél entonces -quizás también hoy-, llegó a comentar que la mala elección de los equilibrios entre los diversos sujetos interesados y afectados en el proceso regulador estaba en la base del problema, dando como su principal resultado “*una ley estatal de principios, ambigua en exceso, escoltada por docenas de reglamentos dispersos y asimétricos, inidóneos para su conocimiento, interpretación y aplicación. Brilla por su ausencia...cualquier racionalización que brinde a los pequeños.. empresarios -más del 95% del total- la facilidad de cumplir la ley, asignándoles facultades para cortar por lo sano la resistencia de sus trabajadores... Fallan*

también las funciones de control de los trabajos...lo que, aceptando el buen hacer de los inspectores, se traduce en la clamorosa insuficiencia de sus efectivos. Tampoco la amenaza de una dura represión penal es disuasoria para los empresarios desaprensivos que anteponen su provecho a la integridad ajena, pues las condenas por delito de esta naturaleza siguen contándose con los dedos de una mano..”. En suma, concluía, *“La ley ha sido, hasta ahora, un feliz hallazgo para los hombres [personas sería más adecuado hoy] prevenientes y apenas una anécdota para los hombres [y mujeres habría que añadir] a prevenir”*¹.

En cambio, la solución, o parte de ella, estaba, a su juicio, convertir a la LPRL en *“una buena ley”*. ¿Y qué es una buena Ley a tal fin? Para él, es una buena idea aquella que, además de llevar a la *“convicción social su necesidad”* (el *“amor a las Leyes”* de que hablara Rousseau, por ser la mejor solución a un grave cuestión social), propicia *“normas...claras y las menos posibles, reservando espacios normativos...a la negociación colectiva;...; los funcionarios, en número suficiente para que las empresas se visiten más antes que después de ocurrir los accidentes, fuercen con su rigor a cumplir las prescripciones legales;...; los jueces y fiscales hagan que el delito específico no sea papel mojado; los altos recursos para la prevención se traten en calidad de inversiones y no de costes, combinándose con programas subvencionados para la modernización del equipamiento, con líneas de crédito rápido y barato; (...)* los aspectos instrumentales se subordinan a los esenciales y... los hombres prevenientes no se justifican sino al servicio de los hombres a prevenir”. De otro modo, auspiciaba con gran pesar, y citando el verso de Jorge Guillen que encabeza nuestro Estudio, *“aquella ley sucumbirá al riesgo de convertirse en el gran hijo de la gran nada”* (L.E. De la Villa). En sentido análogo, con la crítica de estar ante un sistema normativo *“prolijo, disperso y complejo”*, incapaz de asegurar una adecuada política de prevención de riesgos profesionales, el *“Informe Durán”* (2001)

Todos hemos visto qué paso después al respecto. Los cambios cuantitativos -además de cualitativos- han sido relevantes. Pero ¿se debieron a reformas en el sistema legal según las direcciones apuntadas por sus críticos? No pretendemos aquí entrar en tan compleja cuestión, máxime teniendo en cuenta que ya se han hecho muchos estudios al efecto en estos dos años conmemorativos de su doble veinte cumpleaños (1995 y 1996), entre los que destaca, sin duda alguna, el Estudio promovido en 2015 por UGT-CEC. Precisamente, recogemos aquí la preclara conclusión evidenciada por uno de los articulistas de ese Estudio, según el cual:

¹ Se trata del artículo de Tribuna de Opinión publicado por el catedrático L. E. DE LA VILLA GIL. “El gran hijo de la gran nada”. En http://elpais.com/diario/2000/07/09/opinion/963093611_850215.html

“la crisis económica ha sido el principal motor del...descenso de la siniestralidad..., aunque, como veremos más adelante, también ha tenido una contribución no despreciable la “ingeniería estadística”. Ésta ha hecho que muchos accidentes que en épocas anteriores se hubieran considerado “con baja”, hayan pasado a ser “sin baja”, y por tanto a ser excluidos de la contabilidad oficial, que sólo considera los accidentes “con baja”².

Ciertamente, en absoluto este análisis puede reducir “a hijo de la gran nada” el papel del factor jurídico, como ilustra el que, según auspiciara el profesor L.E. De La Villa -cuya crítica global a la técnica reguladora de la LPRL los autores de este Estudio-Informe no compartimos, como tampoco en general a la que expresa el referido “Informe Durán”, aunque haya puntos de gran interés en ambos estudios-, el relevante crecimiento del riesgo de imputación penal en los casos de accidentalidad -no así de morbilidad laboral- con resultado de muerte fue un factor principal que explica el diverso comportamiento de los accidentes mortales y el resto: aquéllos decrecieron de forma constante, mientras que el resto mantuvo ascensos y subidas. Otros ejemplos de positiva incidencia jurídica en la prevención aflorarán en el Estudio-Informe.

Ahora bien, sabemos que hoy esta evolución se ha invertido y son ya varios los años en los que crecen significativamente todos los accidentes de trabajo, mortales y el resto, justo con la inversión del ciclo económico. Ahora que el crecimiento económico -otra cosa es su calidad para generar empleo decente y realmente seguro y saludable- crece y se consolida, desde el año 2014, se incrementa igualmente el índice de incidencia de la siniestralidad laboral. Qué duda cabe que, como venimos poniendo de relieve desde hace tiempo, este simple dato es una determinante carga de profundidad contra la línea de flotación del edificio preventivo muy mejorado que creíamos tener en estas dos décadas a raíz, precisamente, de la puesta en práctica efectiva del sistema preventivo de la LPRL. En suma, volvemos al principio: a más PIB, más siniestralidad laboral. Entonces *¿volvemos otra vez -ilusamente- la mirada a la LPRL?*

2 Vid. E. CASTEJÓN. “El Accidente de Trabajo a lo largo de los 20 años de PRL”. En AAVV. 20 años de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. UGT-CEC. Fundación para la PRL. 2015. p. 77.

1.1.2. La complejidad del sistema normativo de prevención de riesgos es inexorable; sus oscuridades, vacíos y contradicciones, no.

Hoy, como ayer, la complejidad y extensión de la normativa preventiva de riesgos vuelve a aducirse como fuente de una gran incertidumbre en su conocimiento y, a raíz de ella, por su dificultar para cumplirla -no se puede cumplir lo que no se conoce (pese a la elemental regla de que “el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento”)-. De ahí que, el Nuevo Marco Estratégico Europeo de Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020, a diferencia de la Estrategia Española 2014-2020, centrada en la “mejora de la aplicación de la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo”, proponga la “simplificación” de esta normativa, sobre todo para las pequeñas empresas. De este modo, se asume la precedente propuesta de “adelgazamiento” (“programa REFIT” -p.66-) del sistema. Por eso, se apela a avanzar en lo que se denomina “*técnica de refundición*” de la legislación en materia.

Curiosamente, el Gobierno español, en la Legislatura 2011-2015 -la antepenúltima- ni siquiera consideró la opción de refundir la LPRL, pese al mandato legal existente al efecto, de modo que es la única ley laboral que, no obstante sus necesidades de refundición y también de coordinación con otras leyes, ante la sucesión de reformas parciales en los últimos años, todas en el mismo sentido re-mercantilizador del sistema preventivo y por lo tanto del derecho social humano a la seguridad y salud en el trabajo. Pero, como se decía, ahora se constata no ya sólo un sostenido incremento de la siniestralidad laboral -siguen infradeclaradas, pero son ya más evidentes, las enfermedades laborales y profesionales-, sino una profunda incidencia de ciertas obsolescencias y contradicciones del sistema normativo en los problemas, cuantitativos y cualitativos, que arrastra el sistema desde hace años. Los desarrollos reglamentarios no han dejado de crecer, evidenciándose incluso en un periodo como el actual de segunda Legislatura con un “Gobierno en funciones”, en unos casos obligados por cambios -o desajustes- comunitarios, en otros por los imperativos de la unidad de mercado, a veces igualmente por la necesidad de actualización de riesgos y medidas

¿Habrá llegado ya el momento de plantear una nueva reforma sistemática, pues 20 años sí es bastante tiempo para una Ley sobre materia tan compleja y dinámica? Ante tanta complejidad, superior a la de inicios de siglo XXI, **¿Tendría sentido plantear alguna modalidad de “Codificación”, aunque sea al estilo de los “Códigos franceses” o del “Texto Único italiano”?** En todo caso, sea cual sea la respuesta a este interrogante de técnica legal, la LPRL y su sistema normativo ha acumulado ya suficientes vicios -lagunas o vacíos legales, antinomias o contradicciones, obsolescencias- que, sostenidos en el tiempo, requieren corrección.

Es este cúmulo de deficiencias las que estarían perpetuando enfoques que dificultan un sistema más eficaz, equitativo y eficiente, frenando, sino invirtiendo el desarrollo -cuantitativo y cualitativo- de estos años. En suma, se precisa una notable mejora de la “factura normativa” de la LPRL, así como de la ordenación sistemática de sus contenidos. Para una parte del Grupo de Trabajo, incluso existen dificultades para identificar no sólo los contenidos concretos de los múltiples deberes y obligaciones que pueblan la norma legal y su sistema normativo, sino cada sujeto o sujetos obligados y eventualmente responsables.

Consecuentemente, no es dudoso que esas debilidades de la técnica legislativa vuelven a estar entre los factores causantes de las múltiples deficiencias aplicativas y, por lo tanto, de la falta de cumplimiento efectivo del deber de protección eficaz, como constatan de continuo las más diversas Estrategias de Seguridad y Salud en el Trabajo -europea, española, autonómicas-. Por lo tanto, admitiendo los autores de este Estudio-Informe, siguiendo la posición mayoritaria del Grupo de Trabajo creado al efecto, que la principal razón de las altas -y de nuevo crecientes- tasas de siniestralidad laboral en nuestro sistema de relaciones laborales es la ausencia de un compromiso serio de un buen número de empleadores con el cumplimiento de sus deberes en materia, sin que los mecanismos de garantía de efectividad del mismo estén ofreciendo toda la eficacia debida, no obstante sus progresos en estos años -tanto en sede administrativa como, incluso, en sede penal-, no es posible negar que también hay vicios de regulación -lagunas, antinomias y ambigüedades- que dificultan ese cumplimiento, por lo que se precisan reformas que clarifiquen y simplifiquen, en lo posible, la LPRL y su sistema normativo. Para ello, no sólo habrá que concretar algunos de los mandatos legales más oscuros o ambiguos, sino establecer con más precisión los sujetos obligados a cumplir esos mandatos:

- cuáles se dirigen a los diversos poderes públicos (autoridades e instituciones implicadas o que ejercen competencias relacionadas con la actividad preventiva y de protección de la seguridad y salud),
- cuáles van -y cuáles no- a los agentes sociales (papel real de la negociación colectiva en esta materia, donde está llamada a desplegar un papel innovador y más relevante)
- y, sobre todo, cuáles van a empresarios y demás sujetos privados concernidos, así como a los trabajadores. Es cierto que esta última parte es más clara. Pero, así y todo, merecería una reordenación y una formulación más sencilla, siempre en lo posible, de lo que pertenece a cada esfera, evitando reiteraciones y declaraciones programáticas, pues, de lo contrario, terminan, en la práctica, siendo o meros principios o simples intenciones más o menos generales, pero de observación formal y simbólica.

Por supuesto, en esta propuesta, hay un punto de encuentro con la crítica empresarial al respecto, que también vindica esa “clarificación” y “simplificación”. Pero, evidentemente, no se comparte el objetivo perseguido por aquella, que no es provocar un mayor desplazamiento de la responsabilidad por el cumplimiento en una doble dirección: hacia el trabajador -sobre la base, errada, de que la principal causa de los accidentes son los fallos humanos- y hacia los poderes públicos -la dimensión social de la seguridad y salud debería implicar una mayor implicación de la actividad y la financiación pública-. Al tiempo, se pide simultáneamente aligerar las “cargas preventivas”, que se tienen por “excesivas”, sobre todo en las PYMES.

En suma, es cierto que la normativa en materia preventiva es muy compleja (hecho), otra cosa es hasta qué punto puede ser diferente ante la propia complejidad y dinamismo de esta materia, evidenciando que es difícil que sea de otro modo, por lo que no puede calificarse toda ella sin más como “*demasiado compleja*” (juicio de valoración crítica, propio del enfoque empresarial). Asimismo, cabe aceptar que “en muchas ocasiones” resulta “difícil de cumplir” (constatación de un hecho), pero esta evidente dificultad legal no implica necesariamente una “*imposibilidad (práctica) de cumplir*” (juicio valorativo crítico interesado de parte). Por lo tanto, la solución estará en suprimir el nudo que dificulta ese cumplimiento, eliminando la causa, por lo general su indeterminación, inconcreción o ambigüedad de la redacción legal (constatación de un dato cierto), no en suprimir o reducir el “*elevado número de obligaciones*” que, vistas como auténticas “cargas formales derivan de la LPRL y su sistema normativo (que es un juicio de valoración crítico interesado de parte).

1.2. ¿Cómo establecer un marco más eficaz-eficiente de relaciones entre las diferentes técnica de regulación, esto es, entre la heteronomía y la autorregulación -convenios, normas de certificación ?

Se decía que un “pecado original” de la LPRL sería el no haber resuelto de una manera adecuada los equilibrios entre los diferentes “poderes reguladores” en la materia. Así, cuando se plantea la revisión simplificadora del sistema normativo suele pensarse, en un plano institucional (autoridades) y económico (posición empresarial), en aligerar la “*legislación*”, que tiene carácter vinculante o coercitivo, para que su lugar sea ocupado por la “*autorregulación*”, que tendría un carácter voluntario y, por lo tanto, de gestión más flexible. Por lo tanto, no está en juego tanto una política de auténtica “*desregulación*”, que se sabe imposible, sino el desplazamiento de la técnica legislativa imperativa por la técnica reguladora voluntaria.

En efecto, como se apuntaba más arriba, la extensión de esta materia, su dinamismo evolutivo y la complejidad técnica de la cuestión de los riesgos profesionales y la fijación de los estándares de seguridad y salud adecuados, tanto social como económicamente, hace poco o nada creíble un orden regulador más simplificado o ligero, adelgazado. En realidad, en el fondo del debate, y las políticas que promueve, está el referido desplazamiento del peso de “lo legislativo” -de cumplimiento general y coactivo- hacia un mayor peso de “lo autorregulado” -de fijación y de cumplimiento voluntario-. Buena prueba de ello, es que mientras se pide menor “legislación” -un ejemplo: dejar fuera de la prevención cuestiones como la seguridad vial y los muchos accidentes de trabajo viales que se producen- se multiplican las “*normas técnicas certificadas*” -un ejemplo: norma ISO 39011:2013 “Sistemas de gestión de la seguridad vial. Requisitos y recomendaciones de buenas prácticas”-. Éstas, sin duda, también conllevan “cargas”, si bien se ven como “mejores ojos” por los empleadores, entre otras cosas, porque saben que siempre podrán elegir, fuera de las compulsiones -ciertamente importantes- de mercado, si seguirlo o no, remitiendo más al mundo de las “buenas prácticas” -promueve sólo buenas voluntades- que al de las normas -que impone deberes-.

El célebre, muy polémico y temido, con razón, “*Programa REFIT*” contempla entre las técnicas de pretendida mejora de la calidad de la regulación, el referido desplazamiento desde las “legislaciones coactivas” hacia “vías de progreso” más “ligeras” (“*Soft Law*”). El Programa se ha incorporado al Acuerdo Interinstitucional de 13 de abril de 2016 sobre mejora de la legislación -que llama a todos los sujetos reguladores concernidos, incluidos los agentes sociales, porque reconoce la Comisión Europea que sola no puede llevar adelante esa “dieta de adelgazamiento normativo”. El carácter recurrente del enfoque se confirma en acuerdos precedentes -uno análogo en 2003-, si bien el vigente pretende ir un paso más allá, evaluando anualmente la Comisión el potencial en términos de reducción de la carga administrativa y de ahorro que supondrán -por lo general para las empresas, no para la sociedad en general ni la ciudadanía- las propuestas legislativas en el contexto más amplio de los costes/beneficios que aporta la normativa legislativa de la UE. Aunque la seguridad y la salud en el trabajo está incluida formalmente, todavía no se dispone de información específica al respecto, a diferencia de otras materias también incluidas. No obstante, esta materia ya ha sufrido los envites de este programa de aligeramiento de regulaciones-cargas administrativas, en la medida en que en 2015 se retiraron diversas propuestas de Directiva sobre temas muy relevantes en este ámbito (cánceres laborales, trastornos músculo-esqueléticos, Peluquerías). Asimismo, algunas de las principales reformas parciales sufridas en los últimos años han tenido como su principal referencia la identificación de la obligación legal con carga administrativa excesiva.

Esta tensión entre la regulación heterónoma -Legislación- y la autorregulación conoce, como es natural, diferentes ámbitos y presenta equilibrios diversos, según esté en juego una mayor o menor presencia de la autorregulación unilateral (reglas de responsabilidad social) o la colectiva, bien normativa (convenios y acuerdos) bien obligacional (acuerdos autónomos europeos; acuerdos obligacionales interprofesionales). También según se trate de entender estas regulaciones “más ligeras jurídicamente” como complementarias de las legislaciones, a fin de promover una aplicación más flexible (Guías, Notas Técnicas) o, más bien, alternativas.

Por supuesto, el sistema normativo de prevención de riesgos laborales actual conoce perfectamente esta complejidad de fuentes reguladoras, planteando una relación claramente complementaria entre ellas, siempre desde el primado de “la legislación”. Así, todavía hoy se puede hallar la referencia a las “*normas jurídico-técnicas*” (art. 9.1 a LPRL). Igualmente, y si bien fue objeto de fuertes críticas por un determinado sector doctrinal, la LPRL atribuye a su regulación el carácter de “*norma mínima*”, abriendo nuevos y muy notables espacios, otra cosa es que los haya ocupado realmente, a la negociación colectiva (art. 2.2 LPRL). Asimismo, en un buen número de normas reglamentarias, se abre la regulación, en caso de laguna en torno al régimen de ciertos aspectos preventivos básicos, a las “normas de certificación” o “normas de carácter meramente técnico” no vinculantes. Así sucede, por ejemplo, cuando la evaluación exija la realización de mediciones, análisis o ensayos y “la normativa no indique o concrete los métodos que deben emplearse, o cuando los criterios de evaluación contemplados en dicha normativa deban ser interpretados o precisados a la luz de otros criterios de carácter técnico”. En este caso, la legislación -en este caso reglamentaria- autoriza a utilizar -potestativamente- los métodos o criterios recogidos en “Normas UNE” o Guías del Institutos prestigiosos, públicos o privados, nacionales o internacionales (INSHT o análogos autonómicos; protocolos sanitarios oficiales), siempre que proporcionen “confianza” (art. 5.3 RSP).

La integración de las normas jurídico-técnicas en la normativa preventiva

En cuanto al tema de las normas jurídico-técnicas, se plantea por los integrantes del Grupo de Trabajo la supresión de tal expresión en el art. 9.1.a LPRL³. El artículo 1 de la LPRL se definiría la normativa de prevención de riesgos laborales en términos tan omnicomprensivos (toda norma susceptible de provocar efectos en la prevención de riesgos laborales) que puede tildarse de verdaderamente revolucionario, superando el concepto de “legislación laboral” a que se refiere el artículo 149.1.7 CE o de régimen jurídico de las Administraciones Públicas del artículo 149.1.18 de la CE (DA Tercera.1).

3 En el Grupo de Trabajo, los dos inspectores, proponen, como medida de clarificación, eliminar la referencia.

Sin embargo, por imperativo legal, integra la normativa de prevención de riesgos laborales tanto la normativa laboral o funcional, como cualquier otra que reciba una calificación distinta en los artículos 148 y 149 CE pero que pueda tener una influencia preventiva relevante en el ámbito laboral (piénsese en la normativa de seguridad vial; también en la de seguridad interior respecto de la violencia de terceros -el atraco como riesgo laboral-, o la legislación sanitaria para los riesgos biológicos; por supuesto la legislación industrial, e incluso hoy la legislación medioambiental para los “riesgos del desarrollo” y el principio de precaución en su proyección de seguridad y salud en el trabajo).

Si el artículo 1 de la LPRL define lo que es la normativa de prevención de riesgos y el artículo 9.1.a) encomienda a la ITSS vigilar su cumplimiento, no sería necesario hacer mención a otro tipo de normativa para asegurar la función inspectora. Dicho en otros términos, la definición del artículo 1 engloba a la del artículo 9.1.a) y lo hace reiterativo. Por otra parte hay que preguntarse si la expresión normas jurídico-técnicas es adecuada o no, en atención a que las “normas” son jurídicas, salvo las que proceden del ámbito de la normalización (normas UNE, o normas ISO, u OSHAS), y las “normas técnicas” para desplegar efectos jurídicos deben estar amparadas por ley o reglamento (ejemplos: las evaluaciones de riesgos sin método especificado reglamentariamente; o las Instrucciones Técnicas Complementarias -ITC-; reglas de remisión a Guías Oficiales, como en el caso del reglamento de obras).

La razón principal de que se mantenga esta definición de normas jurídico-técnicas no laborales con incidencia en las condiciones de trabajo como competencia de la ITSS es que se pudiera fundamentar el recargo de prestaciones, y por extensión, cualquier situación de riesgo que afectara a los trabajadores, para exigir responsabilidad al empleador. Ante la dificultad de la inexistencia de normas laborales, cuya vigilancia se reservaba a la ITSS, que regularan todas las condiciones de trabajo, había que acudir a otras normas, por ejemplo de industria, que sí regulaban aspectos de las condiciones materiales que repercutían en el derecho laboral a la salud en calidad de trabajador. Pero por otra parte había que dejar claro que el cumplimiento de esas normas técnicas no era competencia de la ITSS, salvo que se dejara claro su conexión con las relaciones laborales.

En síntesis, se puede decir que la alusión a las normas jurídico-técnicas que se contenía en la Ley 42/1997 supuso un antecedente del artículo 1 de la LPRL, pero que una vez definido por este la normativa de prevención de riesgos laborales quedan integradas en el mismo, por lo que supone una reiteración innecesaria mantener la mención a las mismas en el artículo 9.1.a) de la LPRL y puede ocasionar confusión al entender que además de la normativa de prevención de riesgos laborales del art. 1 hay otra normativa, la jurídico-técnica, que incide en las condiciones de trabajo pero que no sería normativa de prevención de riesgos laborales.

Por ello se propone que en el artículo 9.1.a) desaparezca la expresión “así como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral”.

Reforzamiento de la autonomía colectiva mediante técnicas de remisión promocional, no ya sólo en blanco

Por lo que hace a la negociación colectiva, se reclama la necesidad de darle, sino un mayor papel, sí una mayor visibilidad legislativa. Más allá de la típica función de mejora -art. 2.2 LPRL- tiene un amplísimo espacio la función de supletoriedad, integrando lagunas o dando concreción a conceptos indeterminados que ayuden a solventar los múltiples conflictos de aplicación, posibilidad legal a día de hoy no suficientemente explorada. Sin embargo, como se irá viendo en diversos casos a lo largo del Estudio-Informe, creer que sólo por remitir temas o aspectos preventivos a la negociación colectiva ésta los va a incorporar es ingenuo, como nos ilustra la experiencia de estos años. Por lo tanto, la legislación debe incorporar mandatos de remisión que incluyen, al tiempo, un poder convencional real de los interlocutores sociales, en especial de las representaciones de los trabajadores en general, y sindicales en particular.

Inclusión en los tipos normativos, legales y convencionales, de la obligación de adoptar protocolos de gestión preventiva negociada, incluidos los relativos a riesgos psicosociales

El carácter eminentemente técnico de los diferentes aspectos de gestión preventiva de riesgos profesionales eficaz ha venido explicando el persistente protagonismo de las llamadas “normas técnicas”, cuyo valor jurídico directo, otra cosa es el interpretativo, más abierto, sólo es posible identificarlo cuando las normas -legales, reglamentarias o convencionales- remitan a aquéllas. El referido artículo 5.3 RSP es suficientemente ilustrativo. También aparece en un buen número de Convenios Colectivos -construcción, transportes regulares y discrecionales de viajeros -. Si hay una larga tradición de estas remisiones para los riesgos y medidas de acción preventiva para los riesgos tradicionales, parece claro que también debe producirse ahora en relación a los riesgos emergentes, en especial a los riesgos psicosociales. Precisamente, en esta dirección, si bien no es una norma estrictamente preventiva, aunque sí pueda provocar efectos en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo, puede citarse el artículo 48 Ley de Igualdad entre Hombres y Mujeres, en relación a los Códigos de Conducta, Protocolos y otras formas de gestión del riesgo de acoso sexual.

Pues bien, sea la LPRL sean los convenios colectivos, deberían incluir análogas técnicas de remisión, generalizándose -ahora son experiencias limitadas-, a fin de favorecer una mayor coordinación, e incluso un equilibrio más eficaz, entre los diferentes instrumentos de progreso en la eficacia preventiva, como viene subrayando la Comisión Europea. Entendemos que no hay contradicción alguna entre solicitar la eliminación de las referencias a las normas jurídico-técnicas, como si éstas fuese diferentes a las norma jurídicas en sentido estricto, con pedir a estas que se dejen complementar por otras formas de regulación, no legislativa, y más flexible. De ahí, como luego se verá, que proponamos algunas reformas orientadas tanto a que la LPRL remita a acuerdos colectivos obligacionales como a Guías Oficiales, de modo que se fijen más estándares y procedimientos técnicos para facilitar el cumplimiento de los deberes existentes que nuevos deberes propiamente dichos⁴. Lo veremos de inmediato.

1.3. ¿Hay que cambiar la técnica de tipificación de las obligaciones, dejando las cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados, para tornar a reglas concretas?

Una de las grandes virtudes a las que aspiraba la nueva técnica legislativa implantada por la LPRL y su sistema normativo, en clara corrección de la técnica reglamentaria y detallada precedente, propia de un modelo intervencionista y autoritario (dado por una autoridad única que legisla), por tanto administrativo y rígido, era la de evitar sea (1) las *lagunas de regulación-acción* en el sistema, por la diversidad de situaciones del mundo del trabajo real (no prescrito ni tampoco prescriptible a priori), sea (2) una suerte de “*obsolescencia programada*” de sus mandatos, a consecuencia de la rápida evolución de los mundos de vida del trabajo, porque si dinámica y cambiante es esta realidad también lo son las ciencias y las técnicas para afrontar los “riesgos nuevos y emergentes” a partir de aquellas transformaciones del mundo del trabajo y del sistema económico-productivo en el que se desenvuelve. Para ello, pobló toda la LPRL, y su desarrollo reglamentario, de reglas generales (principios de acción preventiva) y conceptos jurídicos indeterminados (“suficiente”, “adecuado”, “especial sensibilidad”). Pues bien, con el tiempo, y desde luego fruto de una insuficiente cultura preventiva en el mundo actual, lo que quiso nacer como una “virtud” parece haber devenido, para muchos, un importante “vicio”, una significativa debilidad del sistema, fuente de oscuridad de sentido, dificultad cognitiva y, por lo tanto, de incumplimiento práctico o de multiplicación de conflictos interpretativos.

⁴ Vid. para estas complejas relaciones A. B. MUÑOZ. El sistema normativo de PRL. Lex Nova. 2009. pp. 336 y ss.

En consecuencia, se propone una revisión de esa técnica legislativa y de tipificación a fin de introducir mayor precisión y claridad, aunque sea a costa de retornar, bien consciente bien inconscientemente, al modelo precedente, que ya se evidenció insuficiente y caduco. En esta propuesta, aunque con diversas e incluso opuestas motivaciones, veremos coincidir a los más variados sectores, desde los que proponen una mayor protección -añadiendo previsiones específicas que clarifiquen- hasta los que abanderan lo contrario, un aligeramiento de la carga.

Un claro ejemplo del problema se plantea en torno a cómo hacer frente a los llamados “factores” y “riesgos” nuevos y/o emergentes, un concepto en boga desde hace más de década y media (inicios del siglo XXI, a partir de una Comunicación de la Comisión Europea de 2000). De un lado, en el Grupo de Trabajo constituido para este Estudio, representando una de las líneas de opinión más difundidas, se propone hacer inclusión específica respecto de aquéllos factores y riesgos emergentes más difundidos en la práctica, como son los “factores de riesgo psicosocial”, si bien las fórmulas para su regulación expresa varían -remisión legislativa a una normativa reglamentaria concreta (Bélgica) o remisión a una Guía Oficial (Reino Unido, Italia)-. De otro, en el mismo seno del Grupo, se cuestiona la utilidad tanto normativa como de eficacia práctica de esta opción de técnica reguladora legislativa, en la medida en que ni hay un criterio suficientemente preciso para establecer en qué casos sí se introduce la referencia, e incluso un catálogo de riesgos -la LPRL renunció a ello expresamente-, como los ergonómicos, o los derivados de la “economía verde”, o de las “nano-tecnologías”, “disruptores endocrinos”-- ni la existencia de una norma específica garantiza mayor eficacia preventiva, pues la clave está en establecer un marco de compromisos aplicativos reales del deber legal ya establecido por parte de todos los sujetos implicados, públicos, sociales y privados.

a) ¿Una “legislación específica” reguladora de los “riesgos psicosociales”? Sí, pero mejor un modelo promocional de la autonomía colectiva que otro imperativo.

Que existe una auténtica obligación legal de gestionar desde el sistema preventivo de riesgos laborales los riesgos de naturaleza psicosocial relacionados con el trabajo está fuera de toda duda hoy. Tanto el TCO (SSTCO 62 y 160/2007) como el Tribunal Supremo (STS, 4ª, 16 de febrero de 2016, Rec. 250/2014) han reafirmado el deber empresarial de prevenir los riesgos a la salud psíquica de los trabajadores en el marco de las obligaciones y principios de la LPRL. En consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico-preventivo, pese al silencio del texto de la LPRL, existe obligación de realizar la correspondiente evaluación de los factores (estresores) que están en la base de esta tipología de riesgos y la adopción, en su caso, de las medidas de acción preventiva, debidamente planificada con-

forme a la previsión legislativa, para evitar tanto que se creen riesgos de esta naturaleza como que se actualicen en daños psicosociales.

Por enésima vez, sin embargo, tenemos que constatar un fuerte contraste entre lo que prescribe el sistema normativo -deber ser-, y lo que sucede en la realidad -ser, pues sabemos que este tipo de evaluaciones de riesgos son las menos realizadas, de modo que apenas un 20 por cien de las empresas españolas de ciertas dimensiones -superior a 50 trabajadores-, hacen este tipo de evaluaciones y, por lo general (casi 2 de cada 3), a requerimiento inspector. Esto podría explicar, nunca justificar, por qué proliferan tanto este tipo de riesgos. Precisamente por ello, son muchos los sectores de opinión -científica, profesional e inspectora- que creen que tal situación también se debe a la incertidumbre legislativa en la materia, al silenciar este tipo de riesgos. Por eso, proponen incluir un concepto legal de riesgos psicosociales y una lista abierta, eso sí, esto es, con valor ejemplificativo, como una forma adecuada de garantizar el efectivo y eficaz cumplimiento de las obligaciones preventivas respecto a los mismos, seguida de una norma reglamentaria específica de desarrollo.

Y para ilustrar esta propuesta de mejora de la efectividad normativa -no de innovación o incremento de obligaciones preventivas, pues ya existe, como se dice-, se traen a colación experiencias diversas del Derecho comparado europeo⁵. La más reciente y completa en Bélgica (*Arrêté Royal Relatif à la prévention des risques psychosociaux au travail, de 10 de abril de 2014, Moniteur Belge de 28 de abril*). No es la única. Junto a los países nórdicos (Suecia, Finlandia), incluso Portugal incluye referencias específicas a este tipo de factores de riesgo, aunque no contemple una normativa específica, o Hungría, que sí tiene una Ley específica.

Ahora bien, es cierto que la mayor parte de los países europeos no cuentan con esta normativa específica, como Francia -salvo en relación al acoso moral en el trabajo-, Alemania u Holanda, entre otros muchos. Más aún. Se constata igualmente que países sin normativa específica aparecen en el ranking ESSENER-2, que trata de medir en qué países sus empresas adoptan mayores acciones en materia de riesgos, en unos puestos más destacados que otros países que sí tienen esa legislación, como son

⁵ La propuesta de reforma normativa específica procede de los profesores Juan García Blasco y Sonia Isabel Pedrosa Alquézar. Esta propuesta cuenta también con la conformidad de los dos inspectores del Grupo de Trabajo, así como del Magistrado del TS y del abogado que lo integran igualmente, que proponen también introducir el carácter obligatorio de los protocolos de gestión preventiva consolidados en la disciplina preventiva y en ciertas experiencias -acoso moral, acoso por razón de sexo y sexual, violencia de terceros...-.

los típicos del mundo anglosajón (Reino Unido e Irlanda). Ahora bien, en estos países, ciertamente, no hay norma específica, pero sí hay exigencia de asumir “Guías” y/o “Códigos de Conducta” oficiales y obligatorios, a fin de facilitar a las empresas la implementación de medidas preventivas sobre estos riesgos.

Por otro lado, hay que recordar que en relación a este tipo de riesgos no hay ninguna normativa jurídica obligatoria comunitaria, descartada de manera expresa por las autoridades europeas, pero sí un importante acervo de acuerdos de diálogo social, esto es, acuerdos entre empresarios y sindicatos en el plano europeo. Todos ellos han sido transpuestos, mediante acuerdos interprofesionales de negociación colectiva, a nuestro país (estrés laboral, acoso y violencia en el trabajo). En suma, vemos cómo, de un lado, hay una opción mayoritaria de técnica reguladora orientada a favorecer las vías de autorregulación, de forma preferente a la heteronomía. De otro, incluso cuando se introduce de forma específica, como ocurrió en una norma sectorial preventiva española -Orden ESS/1451/2013, de 29 de julio, por la que se establecen disposiciones para la prevención de lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario y hospitalario-, precisamente por necesidad de transposición de una Directiva comunitaria que incorporaba un Acuerdo de Diálogo Social, no ha tenido repercusión práctica. Así lo demostraría el rosario de sentencias que están saliendo estos días de personal sanitario -médicos y enfermeras (más que enfermeros)- donde se deja en evidencia que los servicios públicos del SNS singuen sin hacer este tipo de evaluaciones

¿En esta dialéctica entre el modelo de heteronomía -legislación específica- y el de autorregulación -remisión a protocolos, Guías, o Códigos de Conducta obligatorios y oficiales- qué proponemos los autores del Estudio-Informe? A nuestro juicio, y una vez evidenciada la diversidad de posiciones, incluso dentro del Grupo de Trabajo, sería más conveniente, esto es, más factible en términos de política socio-sindical y también de política jurídica, seguir una “tercera vía”, una opción intermedia, que llamamos “modelo promocional” y que pretende una transacción entre ambos modelos -el de heteronomía pura y del de autorregulación pura-. Al respecto, se propone que la LPRL incluya, en efecto, una referencia específica a este tipo de riesgos, pero que la regulación no se fije directamente por una norma reglamentaria propia, sino que se remita a lo ya acordado en el ámbito comunitario, dándole así un mayor valor, sea político sea jurídico, redundando en favor de la autonomía colectiva, tanto comunitaria como, claro está, nacional.

El ejemplo o modelo en la experiencia comparada Europea nos lo ofrece Italia, con carácter general (para todas las empresas, si bien en relación al estrés laboral), e incluso, más limitadamente Francia (para el estrés laboral en las empresas de más de 1000 trabajadores). En efecto, el artículo 28 de la norma legal italiana en materia de seguridad y salud en el trabajo dice así, en lo que aquí interesa -volveremos después sobre él, a otros efectos relevantes- y tras diversas reformas -2008 y 2010-, precisamente para adaptarse al derecho comunitario:

“Art. 28 (Objeto de la evaluación de riesgos)⁶

“1. *La evaluación a la que hace referencia el artículo 17, apartado 1, letra a) ..., así como el diseño del lugar de trabajo, **deben cubrir todos los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, incluidos los de los grupos de trabajadores expuestos a riesgos particulares, entre ellos los asociados con el estrés relacionado con el trabajo, de conformidad con los contenidos del Acuerdo europeo, de 8 de octubre de 2004...** (...). La evaluación del estrés relacionado con el trabajo se llevará a cabo de acuerdo con las directrices mencionadas en el artículo 6, apartado 8, letra m-quater [remite a una Guía Oficial elaborada en el seno de una Comisión mixta, en la que tiene participación la administración, los sindicatos y empresarios; lo que vendría a ser nuestra Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo]*”

Para nuestro Derecho, la reforma que proponemos se incluiría en el art. 16.1 LPRL, añadiendo un nuevo párrafo a la letra a), de modo que podría decir algo así:

“a) El empresario deberá realizar una evaluación inicial **de todos** los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o

⁶ En su versión en su lengua original dice: “Art. 28 (Oggetto della valutazione dei rischi)

1. La valutazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a)... nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro.1-bis. La valutazione dello stress lavoro-correlato di cui al comma 1 è effettuata nel rispetto delle indicazioni di cui all'articolo 6, comma 8, lettera m-quater, e il relativo obbligo decorre dalla elaborazione delle predette indicazioni e comunque, anche in difetto di tale elaborazione, a fare data dal 1° agosto 2010...”

preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido.

*La evaluación a la que hace referencia este apartado debe incluir también **los factores asociados con los riesgos psicosociales, cuya gestión se realizará de conformidad con lo dispuesto en los Acuerdos europeos en la materia, así como lo dispuesto en la negociación colectiva nacional.** A fin de facilitar la práctica de la evaluación de estos riesgos, en especial para las PYMES, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo [creemos que mejor que el INSHT, por dar más juego a los interlocutores sociales] elaborará una Guía orientativa sobre los aspectos más relevantes para realizar de forma eficaz y eficiente la evaluación y la gestión de este tipo de riesgos*

Quando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas”

Esta propuesta debería ser completada, como veremos al analizar las reformas en el concepto de enfermedades del trabajo, con el reconocimiento de enfermedad profesional de aquellas patologías relacionadas con el estrés y demás riesgos psicosociales. Además de estar así ya recogido en la Lista revisada de la OIT (2010), también se recoge en las listas de enfermedades profesionales de numerosos países de la Unión Europea, pese a que este nivel no lo reconoce globalmente, actuando como mejora nacional o norma más favorable. Es el caso de Dinamarca, Hungría, Italia, Lituania, Letonia, Rumanía y Países Bajos (*ILO, Workplace stress, 2016*).

b) Otros riesgos “nuevos y emergentes” asociados al desarrollo tecnológico y a las nuevas formas de economía (economía verde, economía digital): riesgos laborales, riesgos ambientales y riesgos del desarrollo

Como es natural, el hacer especial énfasis en cierta tipología de riesgos, nos pone de manifiesto de inmediato la necesidad de evidenciar la existencia de otros nuevos y emergentes. La automatización de los procesos productivos nos lleva irremediablemente a una realidad de tecnología y digitalización. La electrónica ha producido “una prodigiosa dilatación del mundo accesible, aquel en que se puede comunicar, percibir y actuar”, decía Julián Marías en su “*Cara y cruz de la electrónica*”. Los nuevos escenarios laborales advierten de cambios en la fisonomía de la mano de obra ya que un número creciente de trabajos son ahora desarrollados por robots. Sin duda, la sustitución de trabajadores por robots en las tareas peligrosas puede arrojar aspectos positivos en cuestiones de seguridad en el trabajo.

El cumplimiento de la normativa de seguridad en el trabajo, y la disminución de los riesgos inherentes a determinadas áreas (como la soldadura o pintura en el área de automoción) son buenas manifestaciones de ello. Por ejemplo, la pintura con pistola pulverizadora mediante robots permite evitar que los trabajadores se contaminen, la superficie pintada resulta más uniforme, se pierde menos pintura, son necesarios menos retoques, y hay menos desechos. Diversas investigaciones señalan cómo disminuyen el número de accidentes laborales, pero aumenta el riesgo de sufrir accidentes laborales más graves, derivados de las características de los sistemas tecnológicos instalados, y de las condiciones de trabajo en ese contexto. Así, las características tecnológicas de los robots introducen nuevos riesgos⁷.

En un periódico alemán (Hessische/Niedersächsische Allgemeine) se relataba el accidente sufrido por un trabajador en la cadena de producción de Volkswagen en junio de 2015 que desgraciadamente supuso el fallecimiento del trabajador. El técnico era un joven contratista externo que estaba instalando el robot junto con un colega cuando fue golpeado en el pecho por el robot y aplastado contra una placa de metal. No está claro si la causa determinante del accidente fue un error de la máquina o humano.

⁷ Estas aportaciones se deben a los profesores J.R. Mercader y A.B. Muñoz, que nos han resultado de especial interés para comprender la magnitud y dinamismo del problema

Los impactos de la robótica sobre la seguridad y la salud en el trabajo disminuyen los riesgos físicos, pero generan nuevas condiciones de trabajo en las que aparecen nuevos factores estresores, lo que sirve para reforzar más la idea de que han de tener alguna referencia expresa esta tipología de riesgos, como se ha propuesto más arriba. Todo ello hace pensar que se precisa de un enfoque proactivo que se dirija a evaluar y gestionar los riesgos asociados a la presencia de robótica en los lugares de trabajo y las nuevas necesidades de capacitación, responsabilidad y nivel técnico de los trabajadores⁸.

La extensión paulatina del uso de ordenadores y otros instrumentos portátiles (PDAs, teléfonos inteligentes, tabletas, etc.) es palpable en términos de número de usuarios y sectores de ocupación. Se hace necesario, pues, adoptar medidas para prevenir los riesgos y realizar controles, especialmente, para los aquellos trabajadores cuya actividad laboral se caracterizan por usar las TICs con una intensidad alta. En Francia, en 2016, se ha regulado por ley el derecho a la desconexión. La nueva reforma laboral francesa incluye un novedoso punto sobre “el derecho a desconectar”, medida que se dirige a las empresas con 50 o más empleados y que pretende impedir que los trabajadores reciban correos electrónicos fuera de la oficina.

Pero esas innovaciones tecnológicas no se frenan aquí. Surge de inmediato una doble conexión de la salud laboral con problemas de seguridad, salud y calidad de vida mucho más amplios, como son las cuestiones de los riesgos ambientales -conexión entre el ambiente laboral interno y el externo- y los “riesgos del desarrollo”, de manera que el principio típico de prevención, clave en este ámbito, se conectaría con el principio de precaución, característico de los riesgos del desarrollo. Los riesgos de desarrollo se definen como aquellos presentes en los sectores productivos en los que el incremento de los conocimientos científico-técnicos pueden hacer que parezca, ex post, como perjudicial un producto, proceso, actividad, material que, en el momento de su puesta en marcha, no se consideraba como tal. En definitiva, serían riesgos sobrevenidos como consecuencia de la insuficiencia científico-tecnológica.

Al margen de las cuestiones relativas a eventuales responsabilidades -es el caso de lo que sucedió, en su día, con la utilización del amianto: en tiempos desconocido en sus efectos letales, hoy lamen-

⁸ Algunas de estas ideas son expuestas en el interesante trabajo de Murashov, Hearl & Howard, “Working Safely with Robot Workers: Recommendations for the New Workplace”, publicado en 2015 en la Journal of Occupational and Environmental Hygiene.

tablemente verificados y con daños de larga latencia y gravísimos-, aquí se quiere llamar la atención, en línea con la Comisión Europea, sobre la necesidad de revisar cómo pueden estar incidiendo diferentes innovaciones tecnológicas (nano-materiales), y también nuevas formas de economía (como la economía verde y sus tecnologías especiales), en la salud laboral. Sin duda, nos movemos ahora en un terreno mucho más sombrío y pantanoso, pero inexorable. Así, el nuevo Marco Estratégico comunitario llama la atención sobre la **lucha contra el cáncer** laboral, una de las principales causas hoy de mortalidad y morbilidad asociadas al trabajo.

En este sentido, pese a los cambios legislativos con objetivo de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana y del medioambiente, plasmada en los Reglamentos REACH y CLP, y frente a la exposición a los campos electromagnéticos, quedan ámbitos ligados a los nuevos riesgos huérfanos de regulación como pueden ser las nanotecnologías o los nanomateriales, que han de ser objeto de investigación y ensayo. Esta extensión generalizada suscita una creciente preocupación a distintos niveles, sin embargo, hasta el momento, se carece de una normativa específica a nivel europeo que regula esta compleja y trascendental cuestión, quedándose de momento sólo en Recomendaciones y algunas Propuestas legislativas fallidas. La posible inclusión de estos nuevos materiales en el ámbito de aplicación del REACH, aunque factible, dado que encajarían, algo forzosamente en la definición de sustancia que nos ofrece, resulta completamente insuficiente, por la falta de adaptación de las medidas preventivas para combatir los riesgos específicos derivados de su utilización. Precisamente, en la línea arriba referida de promover técnicas de autorregulación y de “valor regulador ligero” (soft law), la Comisión -en su Informe de Evaluación- propone medidas no legislativas, como el intercambio de buenas prácticas, campañas de sensibilización. Una recomendación análoga, y coherente, aunque criticable, con la tendencia más general al referido “aligeramiento de normas-cargas”, también presente en otro sinfín de aspectos, como las tecnologías verdes (reciclado de basuras, construcciones verdes, bioenergías), riesgos derivados de la ingeniería genética o de la biología sintética, etc

Cierto, en el ámbito del derecho de la seguridad ambiental se va imponiendo otro tipo de principios, que desbordan el preventivo, como es el de precaución, que proporciona una vía más garantista de promoción de un modelo seguro y sostenible de desarrollo tecnológico, sin renunciar a éste, pero también sin sacrificar en extremo lo social por lo económico. La UE, sin embargo, parece seguir fiando ese equilibrio más a la autorregulación que a la legislación.

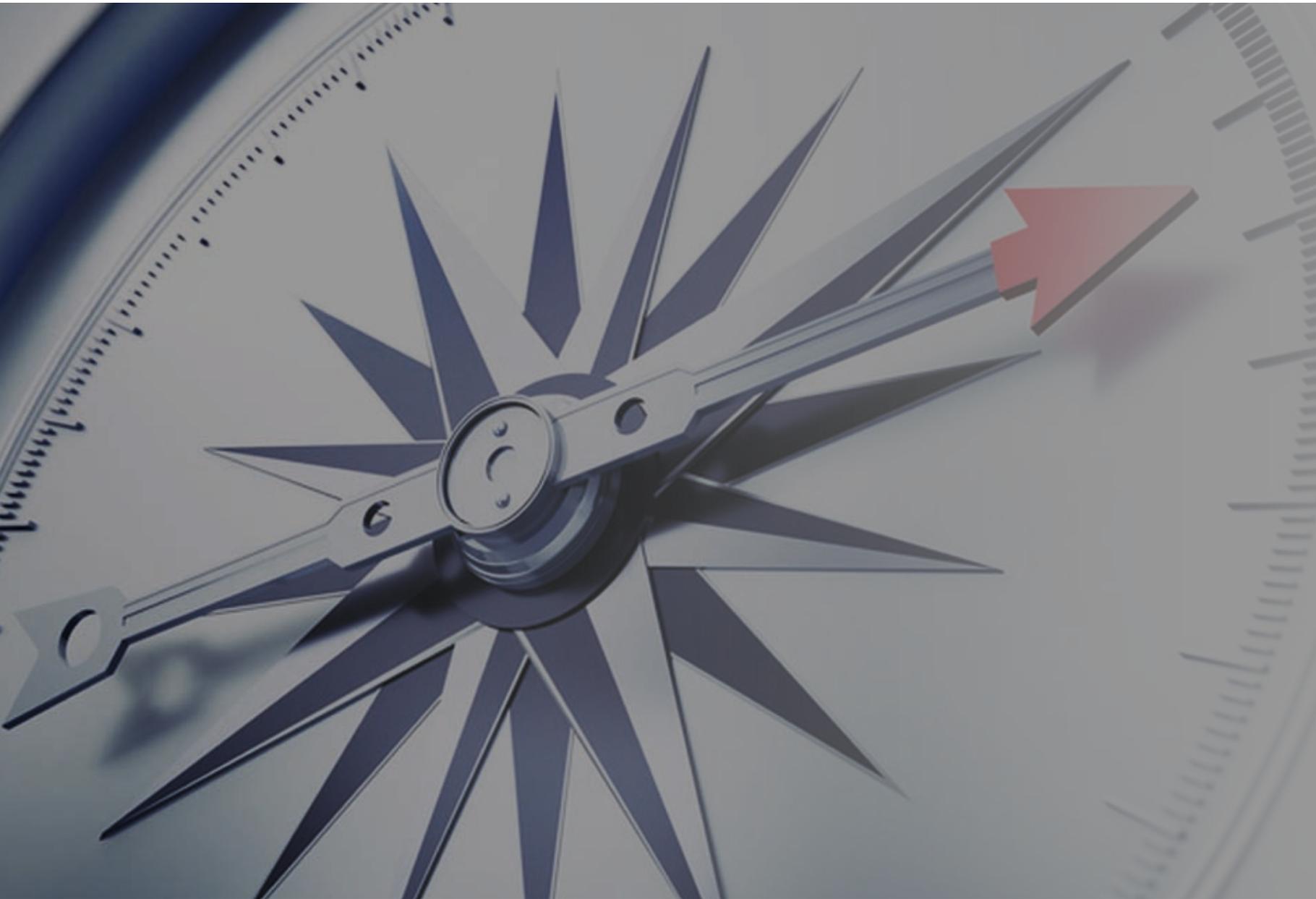
Precisamente, siguiendo con los planteamientos de las anteriores Estrategias, que han dado escasos frutos, en orden a la pretendida simplificación-aligeramiento de la legislación de la UE, la referencia a este tipo de cuestiones nuevas está llevando a promover un proceso de desautorización del valor de las evaluaciones sistemáticas. Así, considera llegado el tiempo de “progresar” a través de técnicas reguladoras basadas en el intercambio de buenas prácticas, en la creación de foros permanentes de información y comunicación sobre los avances, la fijación de estándares voluntarios y protocolos de conducta, o la implantación de herramientas informáticas, entre otras, pero siempre no legislativas. Naturalmente, esta propuesta corre paralela a la promoción de políticas de incentivo público para que se investigue más sobre todos estos riesgos y factores emergentes, premiando el ajuste a los objetivos promocionales de los marcos estratégicos, sin sancionar incumplimientos, que se eluden evitando que haya normas vinculantes, incluso en el campo del Diálogo Social, de modo que ya no se promueve, salvo contadas excepciones, que los acuerdos europeos se refuercen con Directivas⁹.

A nuestro juicio, sin embargo, sin perjuicio de la complementariedad de la función promocional del Derecho de Prevención, debe seguir valorándose la utilidad de la Legislación, en especial comunitaria, así como de las Directivas que recogen Acuerdos Comunitarios, para un progreso más rápido, efectivo y armónico en el conjunto de la UE. En este tipo de materias, es evidente que el “Estado-nación” tiene importantes límites para abordar procesos de este tipo tan complejos y de alcance globalizado. En este sentido, es necesario comprometerse en una visión más social y equitativa de la justicia del desarrollo que utilitarista y libertaria, que reduce la intervención pública a favor del progreso en términos de libertad de mercado y la función de las normas sólo a la de incentivo económico de la realización de objetivos sociales, pero sin exigirlos de forma vinculante. Es por ejemplo el caso del “sistema Bonus”, que no ha querido contemplar un sistema completo, de ida y vuelta, “Bonus-Malus”.

9 Vid. M. Teresa IGARTÚA MIRO. “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”. En CEF-Trabajo y Seguridad Social, n. 383/2015. pp. 44-45

En todo caso y a fin de plantear algunas cuestiones concretas parece claro que lo que hay es que promover:

- Cláusulas generales en las técnicas de seguridad y salud que vinculen la protección al estándar de la máxima seguridad tecnológicamente posible. No es recomendable una lista cerrada, pues ni cumpliría con la jurisprudencia comunitaria ni sería útil, pues quedaría desfasada de inmediato por la evolución científico tecnológica
- Inclusión de los temas ambientales y del desarrollo dentro de los temas sobre los que debe haber información obligatoria, así como consultas
- Plantearse la conveniencia de incluir en la LPRL como un principio de acción en el ámbito de la salud laboral, o al menos de la promoción de la salud, el principio de precaución
- Favorecer la creación, hoy prevista en pocos convenios, de Delegados Ambientales.



2

“Políticas” y “enfoques” para mejorar la acción reguladora en materia de prevención de riesgos profesionales: entre clasicismo y renovación

PREVENT

2. “POLÍTICAS” Y “ENFOQUES” PARA MEJORAR LA ACCIÓN REGULADORA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES: ENTRE CLASICISMO Y RENOVACIÓN

2.1. La estrecha relación entre el marco regulador de las relaciones de trabajo -mercado-, y el marco regulador de las relaciones de prevención de riesgos laborales?

¿Cabe plantear una reforma creíble o fiable del marco normativo específico previsto para los riesgos profesionales, que se oriente a la mejora de su eficacia preventiva y calidad tutelar, en aras sin duda también de un modelo de crecimiento económico más competitivo e innovador, sin afectar al marco general de las condiciones contractuales del trabajo? No. Hoy está constatado, incluso por la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el trabajo, que la *“inseguridad -contractual- en el trabajo”* es una de las principales fuentes de factores de riesgo profesional de todo tipo, clásicos y emergentes (psicosociales)

Evidentemente, no podemos entrar aquí en detalles, pues desbordaría el encargo. Pero sí queremos dejarlo bien patente a fin de dar credibilidad a nuestro planteamiento y ubicar adecuadamente el programa de reformas legislativas que proponemos dentro de un claro enfoque de garantías y de defensa del derecho social humano a un ambiente laboral seguro y saludable. En este sentido, sería conveniente hacer alguna referencia en el ámbito bien del artículo 15 -principios de la acción preventiva- bien en el del artículo 16 LPRL -técnica de evaluación de riesgos laborales-, a la inseguridad en el trabajo (job insecurity) como grupo de factores de riesgos diversos -psicosociales, sí, pero no sólo-

Valoración de las resistencias estimadas para su introducción.

Ciertamente, los empresarios mostrarán una fuerte resistencia a este cambio, al igual que el Partido en el Gobierno, que tienden a deslindar netamente ambas cuestiones socio-laborales, creyendo que una es técnica -la prevención- y la otra -la que cuenta-, económica -la regulación de las condiciones de trabajo a efectos de gestión rentable y productiva-. No obstante, habría que aprovechar tanto algunas de las pequeñas revoluciones introducidas por la jurisprudencia comunitaria -en materia de contratación temporal, por ejemplo-, como la actual circunstancia política, de un Gobierno en minoría, para plantear esta conexión, de modo que la *“seguridad contractual en el trabajo”* aparezca como clave no sólo de una nueva política de mercado de trabajo (y empleo), sino de unas políticas realmente confiables de seguridad y salud en el trabajo

2.2. ¿Cómo corregir el fervor documentalista de la actividad preventiva a fin de dirigirnos hacia una cultura (ético-social) de eficacia frente a la apariencia preventiva -“cultura cosmética” de prevención-?

Aunque cueste creerlo, máxime si se tiene en cuenta que este vicio fue uno de los más relevantes que motivaron la primera reforma parcial relevante de la LPRL -la de 2003-, son todavía mayoría los empresarios que creen que la LPRL se cumple documentalmente, por lo que bastará con cumplir con sus “deberes de gestión”, al margen de cuáles sean realmente las condiciones -materiales y contractuales- en las que presten servicios sus trabajadores. Ello sigue manteniendo una convicción de “falsa seguridad preventiva”, asentada solo en el tener más o menos en regla “los papeles” o documentos administrativamente exigidos, cuyo existir por sí solo evitaría cualquier tipo de sanción laboral y las “molestas visitas inspectoras”. La burocratización del sistema preventivo, que va en detrimento de una eficaz, e incluso eficiente implantación del mismo, no sólo no remitió, sino que va en aumento. A título de ejemplo, el cumplimiento formal de la normativa o “prevención de papel” ahora encuentra una absoluta expresión en la coordinación de actividades empresariales, que ha devnido un auténtico “monstruo burocrático”, pero sin sustrato preventivo real alguno. Una vez desarrollados los más diversos, y costosos, programas de gestión informática, la coordinación habría derivado sólo, o principalmente, en el intercambio de documentación entre empresas para cubrir las responsabilidades legales que controlar las situaciones de riesgo que puedan presentarse por la concurrencia de actividades.

Por supuesto no sólo nuestra valoración. Ilustrativo en este punto son, como pusieron de relieve en el seno del Grupo de Trabajo los dos inspectores que lo integran, los sucesivos **Informes Anuales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**, que año tras año, dejan por escrito una misma decepción, asentada sobre una práctica constatada que parece no tener ya tiempo, repitiéndose hasta la actualidad desde los orígenes del modelo:

*“Se comprueba la realización de evaluaciones de riesgos de carácter genérico y, en general, una tendencia en muchas ocasiones a las actuaciones preventivas de carácter meramente documental, **implicando un cumplimiento más formal que real de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas.** A ello contribuyen en buena medida las entidades especializadas concertadas por la empresa, constatándose la existencia de deficiencias graves en las funciones de asesoramiento que llevan a cabo”.*

Pero no sólo palabras, por muy sólidamente que estén asentadas en prácticas de control, como las inspectoras. También son datos verificables internacionalmente y que nos deja fielmente retratados en relación a otros

países europeos, donde el cumplimiento de papel es menor y la eficacia real de la prevención mayor. Nos referimos, de nuevo a la Encuesta ESENER-2, realizada por la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo¹⁰, según la cual, las empresas españolas ocupan nada menos que el sexto lugar en el ranking de empresas que más evaluaciones de riesgos laborales hacen. Eso sí, como luego se verá también con detalle, como también los terceros, pero esta vez por la cola, en realización de tales evaluaciones con recursos propios o internos: un 11%, cifra en la que sólo nos vemos “superados” por Eslovenia (7%) y Croacia (9%). En cambio, Francia y Alemania se sitúan alrededor del 40%, y Dinamarca ocupa el puesto de honor de la lista con el 73%, seguida del Reino Unido con el 68%. La media de la UE es el 35%. Los datos nos dicen, pues, que la mayoría de las empresas de nuestro país, en su prevalente visión del deber preventivo como primario “*deber de gestión documental*”, reducen el significado de la cultura preventiva a un sentido meramente formal, a una cultura meramente “cosmética” de la prevención¹¹.

2.3. ¿Hay que incluir de forma específica referencias a modernos enfoques preventivos que, presentes implícitamente en la LPRL, deben reforzarse para su mejora práctica, en especial, al género y a la edad?

Con la férrea persistencia de este deficiente “enfoque de gestión preventiva” laboral, no sorprenderá ya que algunas de las vertientes más novedosas promovidas por la LPRL, y por sus sistema normativo, también en leyes externas, como la Ley de Igualdad de Sexos (2007), hayan quedado en meramente simbólicas y testimoniales en nuestro sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales, reduciéndose su presencia a meras buenas prácticas en las empresas con mayor compromiso de “responsabilidad social corporativa”, o a algún puñado de convenios colectivos, de sector y de empresa, que han asumido la innovación legislativa y se han comprometido con promover un avance cualitativo real. Me refiero, por citar sólo a dos de los más relevantes y transversales, de un lado, al **enfoque de género** en la gestión de prevención de riesgos profesionales, y, de otro, el enfoque de salud laboral de la lógica del “**envejecimiento activo**”, ambos promovidos en los enfoques estratégicos comunitarios.

2.3.1. La necesidad de dar una mayor visibilidad en la LPRL al enfoque de género en la gestión de los riesgos laborales

El artículo 4 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece como principio informador del ordenamiento jurídico la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres,

¹⁰ <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/esener-ii-first-findings.pdf>

¹¹ La expresión pertenece al profesor J.R. Mercader.

principio que se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Por otro lado, *la disposición duodécima de esta Ley introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5 de la LPRL estableciendo como objetivos de la política en materia preventiva que las Administraciones Públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres*, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores. Estos artículos deberían justificar, por sí solos, que la Administración y la Empresa consideraran la dimensión de género como una clave básica de toda evaluación de riesgos y, en su caso, como fuente para planificar y aplicar, cuando así estuviera justificado, medidas preventivas diferentes a hombres y mujeres no sólo en función de su diferencia biológica, sino también las diferencias socioculturales que hacen que las mujeres se encuentren, en el acceso y desarrollo del trabajo, en circunstancias distintas a los hombres.

De nuevo, sin embargo, lo que estaba normativamente prescrito que sucediera -el deber ser (siempre más innovador y ambicioso)- no ha sucedido en la práctica (siempre más resistente y apegado a la tradición reduccionista)-. Un claro ejemplo es la reciente STCO 159/2016, de 22 de septiembre, según la cual, si bien en el marco de un problema relativo a la delimitación de competencias, la obligación de prevenir con un enfoque de género no está recogido en la LPRL, por lo que la previsión que a tal fin hacen diversas Leyes autonómicas -en el caso era la catalana, relativa a la igualdad entre mujeres y hombres- sería inconstitucional. A su juicio -que no compartimos-, la inexistencia de esa obligación en el marco estatal haría que su previsión en el marco autonómico excediera las competencias constitucionales de ésta.

Por eso, creemos, a propuesta de una parte del Grupo de Trabajo¹², asumida de forma unánime, que es necesario una **mención específica de esta perspectiva de género**. Ciertamente, en lo que hay disparidad es en el método para hacerlo más efectivo, y al tiempo más sencillamente, que será garantía de mayor eficacia. **Si** para unos es necesario incluirlo (1) en la regulación de todas y cada una de las obligaciones preventivas fijadas en la LPRL, así como en los Reglamentos sobre riesgos específicos o sobre ciertas condiciones de trabajo, para otros bastaría con (2) evidenciar la necesidad de ese enfoque en los principios y/o técnicas de carácter general para la actividad preventiva -art. 14 LPRL, en especial el principio de adaptación del trabajo a la persona; art. 16, en el ámbito de la evaluación de riesgos laborales-, de modo que sea, luego, en los criterios y reglas técnicas conforme a las que se desarrollan, donde se vayan concretando en cada caso.

12 La propuesta procede de los profesores Juan García Blasco y Sonia Isabel Pedrosa.

2.3.2. La conveniencia de dar transparencia al enfoque de edad de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo

La OMS, referente para el concepto de salud laboral, lo es también para comprender que se entiende por “envejecimiento activo” en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, que por supuesto no se identifica exactamente con otros usos, dada la anfibología que tiene ya el concepto, en especial en el marco del discurso -más ideológico que técnico- de la viabilidad del sistema de pensiones públicas. Así, esa solvente Organización Internacional lo define como el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad de cada persona con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que van creciendo en edad, esto es, haciéndose mayores. Un enfoque amplio y de garantías que, como ha hiciera con la salud, ha avalado igualmente la OIT, que viene requiriendo políticas de todo tipo, y sobre todo prácticas, que favorezcan la mayor continuidad posible de los trabajadores en la vida activa con el mejor estándar, igualmente posible, de seguridad, salud y bienestar en su entorno laboral¹³.

Curiosamente, sin embargo, una cuestión de política social que emerge asociada a un fenómeno socio-demográfico, el aumento de la esperanza de vida y en mejores condiciones para su disfrute, incluso como activo, evoluciona en el ámbito europeo en una dirección que se torna parcialmente diferente, por cuanto ahora asume primacía el enfoque económico, que está muy presente en todo el nuevo Marco Estratégico comunitario en esta materia. Si en el origen, conforme a la OMS y a la OIT, estamos ante una cuestión positiva, ligada al bienestar, para la UE se tornaría más bien un problema, en la medida en que se trata de realizar todo lo posible para mantener saludable al trabajador y que así pueda incrementar su tiempo laboral, es decir, productivo, en la medida en que, de esa guisa, será más sostenible el sistema de las pensiones públicas de cada país. Al respecto, el nuevo Marco Estratégico no tendrá ningún rubor en reconocer que evitar la siniestralidad de los trabajadores de mayor edad, tanto en el ámbito de los accidentes como de las enfermedades, constituirá una condición necesaria para esa prolongación de la vida activa, que tanto preocupa, a efectos de pensiones públicas, a los Estados Miembros, incluida España (leonino y eufemista RDL 5/2013, 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de más edad y promover el envejecimiento activo), si bien más en el ámbito de pensiones que en el de la seguridad y salud en el trabajo, en el que no aparece de forma expresa.

Ciertamente, la edad como parámetro a tener en cuenta en la política de seguridad y salud en el trabajo sí tiene encaje en la LPRL, pero lo hace conforme a pautas tradicionales, tanto que mantiene una regulación de 1957 y lo focaliza en los menores y “jóvenes”, como se verá en su momento al hablar de las modificaciones en el ámbito de la

¹³ Vid. OIT. Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación. Ginebra. 2010, p. 8.

prevención para los colectivos más vulnerables. Asimismo, parece claro que podría también reconducirse tanto en atención al principio ergonómico de adaptación del trabajo a la persona, atendiendo de forma específica el estatuto biológico y competencial que va teniendo en cada momento, conforme va progresando en edad (art. 15.1 d) LPRL), o incluso podría reconducirse, si bien con matizaciones por el efecto estigmatizador que inmediatamente puede surgir, en relación al tratamiento de las personas “con especial sensibilidad” (art. 25 LPRL). Finalmente, también la OIT, en coherencia con lo que viene siendo una preocupación que se remonta en el tiempo, elaboró la Recomendación -por lo tanto norma, de nuevo, no legislativa, no vinculante- n. 162/1980, sobre los trabajadores de edad avanzada, cuyo contenido incorpora disposiciones específicas de prevención de riesgos, entre las que enfatiza el estudio -evaluación o valoración- de la incidencia de cada proceso de maduración o envejecimiento en las capacidades de adaptación a los puestos de trabajo, a fin de identificar las causas y poner soluciones que permitan una adaptación más adecuada.

Qué duda cabe que, a pesar de la inexistencia de una regulación específica, sí sería posible, plenamente factible, en el marco de estas regulaciones -nacionales e internacionales- inferir un derecho de adaptación-adequación/cambio de puesto de trabajo cuando así resulte adecuado para el trabajador y razonable para el empleador¹⁴. Igualmente, como evidencian los criterios o pautas técnicos -no vinculantes, pero muy orientadores de la práctica de gestión preventiva conforme a la edad- del INSHT, cabe derivar una la obligación específica de cuidar o mantener una atención especial a esta evolución biológica-sanitaria ligada a la mayor edad en el ámbito de la obligación de vigilancia de la salud laboral (NTP INSHT 367, Envejecimiento y Trabajo. La gestión de la edad). Ahora bien, no menos cierto es que, pese a todo ello, tanto la inexistencia de un marco específico, nominal, obligatorio, cuanto las dificultades inherentes a esta gestión, tan significativas o más que en el caso de la gestión preventiva de sexo-género, está en la base de que este enfoque sea prácticamente inexistente a día de hoy en el mundo de la prevención y del trabajo de nuestro país. Algunas experiencias muy aisladas y tan sólo como expresión de “reglas de responsabilidad social empresarial” -ético-sociales y voluntarias, pues, podríamos encontrar, pero siempre como rara avis

14 Vid. STSJ Navarra 22 de enero de 2010 Rec. n. 241/2209, que extrae del artículo 15.1 d) LPRL una obligación de adaptación que afectaría a todas las facultades empresariales y una obligación disyuntiva entre adecuar/adaptar o cambiar de puesto de trabajo, cuando sea posible. Lo veremos en el apartado correspondiente

2.4. ¿Cómo incorporar los diversos enfoques de la diversidad sociolaboral moderna en la política de seguridad y salud en el trabajo de las empresas?

Pero si somos rigurosos, no son sólo la edad y el género las únicas variables biológicas, sociodemográficas y culturales que cabría incluir en una moderna gestión eficaz preventiva de riesgos laborales. Fenómenos hoy muy extendidos como la inmigración y la diversidad cultural, pero también sanitaria que implica, cabría incluirla, a fin de una gestión óptima, del derecho a una protección eficaz de la seguridad y salud en un entorno o ambiente -interno y externo- de trabajo. Consecuentemente, surge un problema análogo, a la hora de reflejar desde un plano de técnica legislativa toda esta complejidad, esta creciente diversidad, que hemos visto para la tipificación y tratamiento de los riesgos nuevos y emergentes: ¿dónde y cómo se incluyen? ¿Lo incluimos nominalmente en un catálogo de grupos de trabajadores “vulnerables”, en línea con el art. 25 LPRL, llamando a regulaciones específicas y con cierta estigmatización por esa diferencia biológico-social, sin que sepamos hasta dónde llegar? ¿Se incluye una referencia nominal en los preceptos que recogen principios y obligaciones generales preventivos, a fin de que irradian luego en todas las medidas específicas a través de los procedimientos, criterios, protocolos de evaluación y gestión específica de cada una de esas variables? ¿Hacemos llamadas a desarrollos reglamentarios específicos, que clarifiquen pero que complicarán hasta el extremo el sistema, del que ahora se dice complejo y denso?

Siendo conscientes de la diversidad de opciones técnicas, y siendo denso el debate en el seno del Grupo de Trabajo, los autores del Estudio-Informe hemos creído útil, de nuevo, acudir a una pauta de Derecho comparado que nos parece especialmente afortunada en la materia, como es la italiana. Se trata del ya citado -en relación a los riesgos psicosociales- art. 28.1 (Evaluación de Riesgos) de su Texto único de seguridad y salud en el trabajo. El precepto, a estos efectos, dice:

*“1.La valutazione di cui all’articolo 17, comma 1, lettera a) nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, **deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari**, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro correlato, secondo i contenuti dell’accordo europeo dell’8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, **nonché quelli connessi alle differenze di genere, all’età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro.** 1-bis. La valutazione dello stress lavoro-correlato di cui al comma 1 è effettuata nel rispetto delle indica-*

zioni di cui all'articolo 6, comma 8, lettera m-quater, e il relativo obbligo decorre dalla elaborazione delle predette indicazioni e comunque, anche in difetto di tale elaborazione, a fare data dal 1° agosto 2010...”

En los términos que aquí interesa, el precepto italiano viene a exigir que:

“La evaluación de riesgos laborales debe realizarse en función de todos los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores incluidos los asociados a sus diferencias de género, de edad, de origen nacional y de tipología contractual a través de la que presta sus servicios...”

A nuestro juicio, todos los referidos enfoques de diversidad biosocial y cultural pueden tener un adecuado encaje, de forma precisa pero sencilla, con una doble regla legal:

- **Inclusión de una referencia de ese tipo en el art. 16 LPRL**, a la hora de delimitar qué aspectos generales debe contener la evaluación de riesgos laborales, sin perjuicio de su remisión a un desarrollo reglamentario
- **Inclusión de una remisión, bien en la LPRL, bien en el reglamento de desarrollo, a una mayor concreción o especificación en criterios o normas técnicas que, oficialmente realizados, en lo posible, no tengan carácter vinculante, sino orientador**. De este modo evitamos sobrecargar a la Ley y evitamos su rigidez, sin perder compromiso vinculante en el deber de evaluar, no así en el modo, que debe quedar tanto a pautas técnicas, que deben admitir adaptación, cuanto a la negociación colectiva. Entendemos que reproducir lo previsto para los riesgos psicosociales -si bien aquí no hay acuerdos de origen comunitario-, con las modulaciones que procedan, podría ser una buena guía.

2.5. ¿Hay que incluir una referencia específica a la seguridad laboral vial, en línea con lo sucedido ya en el ámbito del “Soft Law” -Guías- y de la normalización -sistemas de gestión normalizados mediante su certificación-.

Dentro del concepto de seguridad no sólo integrada sino “integral”, que evidencia la estrecha conexión entre el “ambiente interno” (laboral) y el “ambiente externo” (ciudadano), emerge una de las dimensiones hoy más relevantes en la práctica del mundo del trabajo diario derivadas del moderno enfoque ergonómico de la comprensión de las condiciones de vida en los ambientes de trabajo, cuál es la conexión entre la “seguridad en el trabajo” y la “seguridad vial” o la “seguridad circulatoria en las urbes” modernas. La razón práctica la da el extremado número

de accidentes de trabajo ligados a los desplazamientos, in itinere y/o en misión, de ahí el crecimiento vertiginoso de esta interacción

El nuevo concepto-enfoque de “Seguridad Vial Laboral” tiene como objetivo la mejora de la seguridad en la conducción de vehículos por carretera por motivos laborales, ya sea durante la prestación laboral (en misión) o con motivo de ir o volver del trabajo (in itinere). Si el empresario debe realizar la evaluación de los riesgos teniendo en cuenta, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos (art. 16 de la LPRL) no hay duda que el empresario debe evaluar los riesgos para la conducción cuanto ésta forme parte de la actividad laboral del empleado. Ahora bien, dada la multiplicidad de supuestos en los que esa conducción forma parte de la actividad laboral del trabajador (conductores de autobús, transportistas, mensajeros pero también aquellos cuya función en la empresa exige desplazarse continuamente durante la jornada como comerciales, visitantes médicos, servicio de mantenimiento en clientes...), se propone, por un sector del Grupo de Trabajo¹⁵, que la LPRL incluya una remisión específica a un **Reglamento que regule los aspectos a tener en cuenta en la prevención de riesgos laborales relacionados con la conducción (versión fuerte, vinculante) o a una Guía Técnica Oficial** sobre seguridad vial del INSHT (*herramienta no legislativa*).

Ciertamente, una previsión de este tipo, en un formato u otro, podría ser factible. Primero, porque la Estrategia Española 2015-2020 incorpora como uno de sus objetivos promover la seguridad vial laboral, a través de instrumentos de cooperación con la Dirección General de Tráfico, para prevenir los accidentes de este tipo en el ámbito laboral. Segundo, el Pleno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, celebrado el día 17 de junio de 2016, aprobó el “Informe del GT Seguridad Vial Laboral de la CNSST“, presentado por un Grupo de Trabajo de Seguridad Vial Laboral. En el documento se presentan los resultados del análisis de los datos de siniestralidad y mortalidad de los accidentes laborales de tráfico, la información obtenida sobre el consumo de alcohol y las drogas y la descripción de la antigüedad del parque móvil existente en España; así como un recopilatorio de las actuaciones relativas a la seguridad vial laboral que han desarrollado las administraciones públicas. Aunque la prevención de accidentes in itinere no entra dentro de la obligación preventiva empresarial, es necesario seguir fomentando que los empresarios se interesen por el interés de casa al trabajo y del trabajo a casa y se impliquen, en consecuencia, en la lucha contra la siniestralidad en las carreteras en las que la mayoría de ellos ocurren. El interés por la prevención del accidente in itinere se ha manifestado hace

15 Profesores J. García Balsco y Sonia Pedrosa

unos pocos años, debido, sobre todo, al aumento de la accidentabilidad de tráfico en relación con aquél. También con base en los planteamientos éticos que sugiere la Responsabilidad Social Corporativa.

Tercero, existe una clara evolución en ese sentido tanto en el ámbito de la actividad de las Mutuas con cargo a cuotas como en el marco del sistema Bonus del RD 404/2010, de 31 de marzo, para aquellas que cuenten, junto con otras medidas, con planes de movilidad vial en la empresa como medida para prevenir los accidentes de trabajo en misión y los accidentes “in itinere”. Cuarto, en esta dirección evoluciona también, como se recordó, el ámbito, diferente, cierto, pero conexo, de las “normas técnicas certificadas” (regulación normalizada). Quinto, este camino es el que ya comienzan a recorrer otras experiencias vecinas, como Francia, que, sobre la base de sus artículos L.230-2 y 230.3 de su *Códe du Travail*, promueve la prevención del accidente en de tráfico en misión e in-itinere por el empresario. A través de su Institut National de Recherche et de Sécurité (INRS) ha realizado determinadas acciones para prevenir el riesgo de que un accidente de trabajo in itinere se produzca. Destaca, a este respecto la Guía de evaluación de riesgos relacionada con los accidentes de tráfico en misión o in-itinere, “*Risque routier encouru par les salariés. Comprendre pour agir*”(INRS, 2001) que parte del hecho de que el accidente de tráfico no es una fatalidad, que no sólo es asunto del trabajador, sino del empresario en la medida en que si toma en consideración los factores implicados en el mismo, muchos de ellos organizacionales que pueden afectar al comportamiento del trabajador, podrá ayudar a éste a prevenirlos.

Como es obvio, la crítica más plausible a esta opción de política legislativa, presente también en varios sectores de los expertos-as integrantes del Grupo de Trabajo seleccionado para este Estudio, es la de reclamar la atención sobre el riesgo que tiene ir contemplando cada vertiente de innovación preventiva como exigencia de una regulación reglamentaria específica. Consecuentemente, una reforma de racionalización llevaría a una creciente complejidad del sistema normativo, con lo que se ahondaría en una cierta dispersión y un manifiesto desbordamiento de lo preventivo, de manera que se apueste por un “*enfoque normativo eco-preventivo*”, de modo que el referente no serían ya los riesgos laborales sino los ambientales y los riesgos del desarrollo. Consecuentemente, y sin perjuicio de tratarse de un debate muy abierto, los autores de este Estudio-Informe entendemos que la mejor opción, la más viable, a fin de que las propuestas de reforma sean factibles, encuentren puentes entre los diversos intereses y no sean sólo propuestas de máximos desde un enfoque garantista, loable, incluso necesario, pero algo irrealista en este contexto, sería la de incluir en un Reglamento básico, como puede ser el relativo a los servicios de prevención, una llamada a la elaboración de una **Guía Oficial sobre Seguridad Laboral Vial**

2.6. ¿Debe incluirse expresamente alguna referencia a la gestión preventiva del riesgo de consumos problemáticos de drogas en el ámbito de trabajo?

La OIT, en el marco de la centralidad de los riesgos psicosociales, y del enfoque de la promoción de la salud en el trabajo, evidencia la imposibilidad de una gestión eficaz y eficiente de los riesgos laborales sin atender a las adicciones -tanto con sustancias como sin ellas-, y le da una relevancia análoga al estrés -laboral y económico-. La propia patronal ha pedido que se *“analice la problemática que se deriva del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral”*. Su planteamiento es que *“se debe distinguir entre la prevención del consumo y los efectos y riesgos que de este se derivan, especialmente en el ámbito laboral. Las empresas carecen de herramientas para poder actuar en esta materia”*. Sin embargo, la OIT tiene otro enfoque. ¿Qué hacer al respecto dada la creciente conexión entre los accidentes de trabajo y estos consumos, haya o no estadísticas suficientemente fiables al respecto?

En apretada síntesis, a fin de no hacer demasiado extenso este Estudio-Informe y centrarnos en las propuestas de reforma legislativa de manera concreta y precisa, aunque con la debida fundamentación que permita comprenderlas adecuadamente, cabe concluir en este ámbito la necesidad de establecer un puente entre el actual marco estratégico sobre drogas y el ordenamiento jurídico-laboral, tanto preventivo como estatutario. Como hemos evidenciado ya parte de los autores-as de este Estudio-Informe, en análisis específicos, en nuestro sistema hay una contradicción muy intensa entre la modernidad que se propone en la Estrategia Nacional Sobre Drogas -y en el Plan Nacional sobre Drogas-, que evidencia una estrecha conexión de la gestión de los consumos problemáticos en los ambientes laborales con el marco de la prevención de riesgos laborales, y el marco regulador específico laboral, que ignora por completo esta conexión. Tan sólo algunas experiencias convencionales han avanzado, en los últimos años, en un sistema de gestión integral de los consumos problemáticos en los lugares de trabajo presididos tanto por la lógica preventiva, en su caso, como, de fallar, en la lógica de la seguridad en el empleo, facilitando el tratamiento médico y el retorno laboral. Más aún, lejos de un enfoque preventivo y socio-sanitario, en nuestro sistema rige un arcaico enfoque disciplinario, que apuesta más por la reprobación ético-social de la conducta que por atender las necesidades de una persona que, en realidad, sufre una enfermedad. Enfermedad, que, además, no sólo tendrá factores externos como causantes sino laborales¹⁶.

16 Más ampliamente vid. UGT-CEC. Condiciones de trabajo y riesgos psicosociales relacionados con las Adicciones... op. cit. pp. 127 y ss.

En suma, y como propuesta más concreta e inmediata tenemos¹⁷:

- **derogación del art 54.f ET**, para que las adicciones no sean causa de despido o sanción sino presupuesto de un plan de reinserción del trabajador adicto como persona enferma que es-
- **Reconocimiento del derecho a la suspensión de la relación laboral -y de cualquier medida de tipo disciplinario- en tanto tiene lugar el programa de desintoxicación**
- **Incentivos para facilitar la adaptación del puesto** de trabajo a fin de mantener en el empleo lo más posible al trabajador adicto, reduciendo al máximo el periodo para que se produzca el tránsito desde la adicción a la normalización
- Promoción de **sistemas integrales de gestión en la negociación colectiva**, beneficiarios de los incentivos del “sistema bonus” -en línea con otras medidas, como los planes de movilidad en las ciudades y la seguridad vial-
- Elaboración de una Guía Oficial del INSHT que promueva la incorporación del PROGRAMA SOLVE de la OIT en la política de gestión de la seguridad y salud en el trabajo. Con especial referencia a la inclusión en las evaluaciones de riesgos laborales de los factores -laborales y sociales- que inciden en las drogas, y en las adicciones en general

2.7. ¿Qué influencia debe reconocerse normativamente a la dimensión de la empresa, más allá de las ya existentes?

2.7.1. “PYME” y riesgos laborales: ¿Es determinante la dimensión de la empresa para la comprensión de la siniestralidad laboral?

Sabemos que en todas las “quinielas” en torno a los aspectos a reforma de la LPRL está la enésima petición de aligerar la carga preventiva a las pequeñas empresas, cuando menos, según una reivindicación recurrente del sector empresarial plenamente asumida por el actual marco regulador en la materia, e intensificada en cada reforma parcial que viene sufriendo. La cuestión están en resolver dos cuestiones básicas:

¹⁷ Más ampliamente UGT-CEC. Condiciones de trabajo y riesgos psicosociales relacionados con las adicciones: Prevalencias de consumo y acciones preventivas en el entorno laboral. UGT-CEC. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2016.

- ¿La dimensión de la empresa es una buena guía de eficacia, atendiendo tanto a la igualdad de estándares de protección como a la incidencia -real y/o pretendida- de los accidentes en las “pequeñas empresas”?
- Si lo fuese ¿cómo hacerlo para no perjudicar la equidad preventiva?

Al respecto, la necesaria equidad que hay que mantener en este ámbito de derechos humanos fundamentales, enfrenta la garantía, jurídicamente prevalente, de igual protección que tienen todos los trabajadores, al margen del sector de actividad en que trabajen y tamaño de su empresa, con la conveniencia, sin duda social y económicamente razonable, de que esa protección no resulte especialmente gravosa a las pequeñas empresas. El problema práctico mayor es que son la gran o inmensa mayoría de nuestro sistema.

En un plano prejurídico, e incluso metajurídico, extrajurídico en todo caso, el punto de partida ha sido siempre el de reconocer el hecho diferencial que representa, normalmente desde un plano generador de dificultades y problemas específicos, la dimensión de la empresa. Este particularismo de la pequeña empresa sería doble: económico, de un lado -tiene menor solvencia para afrontar el coste de la protección, incrementándose por lo tanto su “carga”, y sus dificultades de cumplimiento-, y fáctico, o socioestadístico, de otro -el imaginario colectivo asocia a este tipo de empresas una mayor siniestralidad laboral-. Consecuentemente, se ligaría esta mayor -al menos pretendida- incidencia de la siniestralidad de forma directa con la falta de recursos para afrontar los costes de la prevención, no obstante el perenne discurso de la prevención como inversión productiva y no como gasto, dados los retornos importantes que tiene (de ahí que, incluso, algún sector del Grupo de Trabajo proponga establecer *la obligación de establecer un porcentaje de inversión mínima de cada empresa*, en función de su tamaño).

Sin embargo, recientes Estudios del INSHT exigen modular esa convicción, matizándola notablemente, para evitar que devenga en puro mito interesado (de los tantos que hay en prevención de riesgos laborales -como que las causas de los accidentes de trabajo están sobre todo en el error humano más que en la organización del trabajo, cuando la razón científica evidencia lo contrario-), de modo que la realidad estadística no avale un mayor índice de siniestralidad laboral en las microempresas. Cierto, se repite de continuo esta idea, que incluso cuenta con un gran predicamento mediático. Así, el diario ABC titulaba hace unos meses del siguiente modo: “**Pymes, autónomos y temporales registran la mayor siniestralidad laboral**”¹⁸

18 http://www.abc.es/economia/abci-pymes-autonomos-y-temporales-registran-mayor-siniestralidad-laboral-201511052013_noticia.html

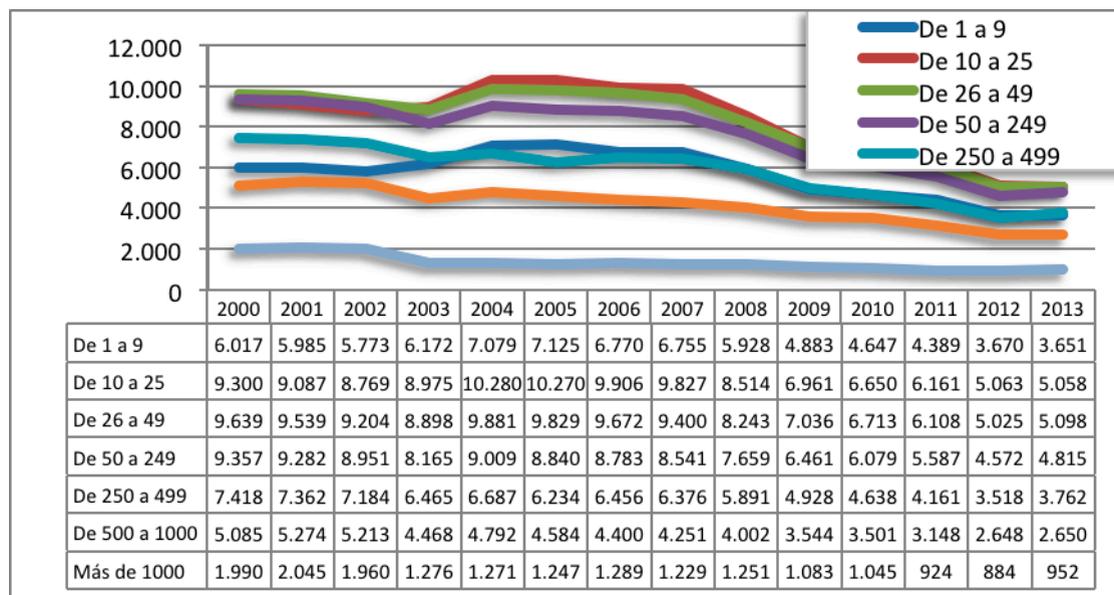
Aunque, lamentablemente, el último informe anual del INSHT no nos ofrece datos al respecto, sí se dispone de datos en su página web (no incluyen el sector agrario), que sí nos da la posibilidad de profundizar más sobre la realidad de la incidencia del tamaño de las empresas en su índice de incidencia de los accidentes de trabajo. Al respecto, si bien es cierto que el tamaño o dimensión tiene relevancia al respecto, es bastante menor de la que se nos hace creer continuamente e interesadamente¹⁹. Uno de los problemas que explican esta distorsión es la falta de conceptos precisos, por cuanto se usa muy alegremente, como si se tratase de una realidad uniforme, del concepto de PYME.

Si adoptamos como definición de PYME la que da la Comisión Europea, que incluye empresas hasta 250 trabajadores, las estadísticas parecen mostrar que las PYMES españolas, que acumulan aproximadamente el 75% de los accidentes, en efecto, sí tienen la más alta siniestralidad. Ahora bien, si desagregamos esas cifras, y se pone de relieve que las PYMES españolas ocupan el 78% de los trabajadores asalariados, parece relativamente “normal” que acumulen aquel 75% de los accidentes laborales. Ahora bien, si analizamos la cuestión desde la doble perspectiva de los índices de incidencia (mide los accidentes con baja al año por cada 100.000 trabajadores), que son medida de la probabilidad de accidentarse, y el tamaño de los diferentes tipos de empresas que integran ese concepto tan vasto de las PYMES (microempresas, empresas pequeñas, empresas medianas), vemos que sí cambia el resultado. Así, queda claro que la siniestralidad es mínima en los extremos (las empresas grandes y las microempresas -que son más del 90 por cien-) y se concentra en los tramos intermedios, entre 11 y 250 trabajadores, que corresponden a las empresas pequeñas (11 a 29 trabajadores) y medianas (de 50 a 250). Por lo tanto, dos conclusiones parecen confirmarse en estos datos:

- la siniestralidad no se concentra en las microempresas (de 1 a 10 trabajadores), que presentan una siniestralidad inferior incluso a la de las empresas muy grandes.
- En todo caso, las diferencias entre las empresas grandes y las pequeñas no son muy significativas, de modo que desde este punto de vista no se justificaría el que se ligase de continuo la pretendida mayor incidencia determinante en éstas respecto de aquellas para solicitar rebajas de derechos, por ser una carga excesiva que explicaría ese dato diferencial peyorativo, que no parece confirmarse en la realidad estadística.

19 Un análisis abreviado de esta información en E. CASTEJÓN. “Siniestralidad laboral: ¿es importante el tamaño?”. http://www.belt.es/articulos/HOME2_articulo.asp?id=12332

Accidentes por tamaño de la empresa

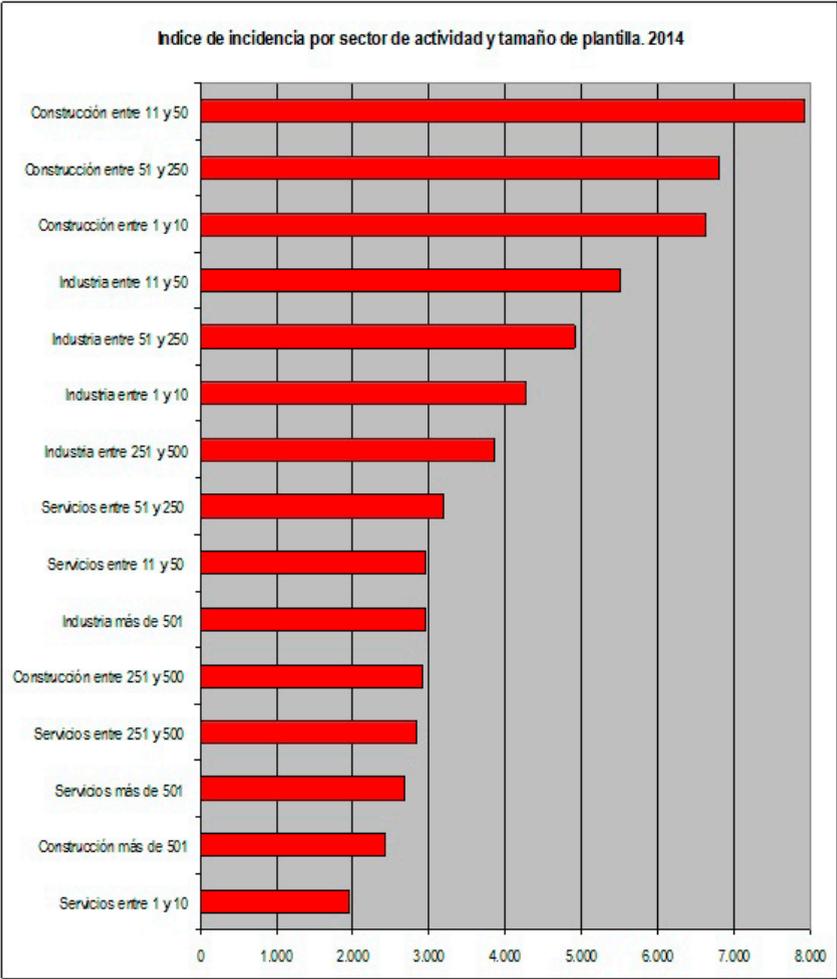


Fuente: Datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

En suma, siendo la variable dimensión de empresa significativa, no es determinante, ni la más prevalente, o menos de lo que a menudo se nos quiere hacer creer, sobre todo si se utiliza aisladamente. Estadísticamente son las microempresas las organizaciones que tienen la menor incidencia en accidentalidad clásica (riesgos físicos), en especial las microempresas de servicios (pequeño comercio, oficinas). Ahora bien, para ser precisos en el análisis, es oportuno poner de manifiesto la estrecha relación entre la variable sector de actividad -que sí es determinante en los índices de siniestralidad, al menos en relación a los accidentes clásicos, los físicos, menos si se atiende a los accidentes modernos, los no traumáticos- y la de tamaño de la empresa. ¿Por qué? Porque siendo la construcción el sector que sigue ocupando los primeros lugares del ranking, esto sólo sería así atendiendo al tamaño de plantilla. Mientras que las grandes constructoras “parecen” tener una bajísima incidencia, las de menor tamaño, tienen una altísima incidencia²⁰. Sin embargo, como se sabe y luego se verá al analizar la incidencia de la descentralización

20 Vid. E. CASTEJÓN. “Siniestralidad laboral: ¿es importante el tamaño?”. Cit.

productiva en la regulación-gestión-organización de la actividad preventiva de riesgos, son aquellas, las grandes empresas, las que subcontratan la práctica totalidad de las actividades que presentan riesgo con las empresas más pequeñas -incluidos autónomos, que, como se ha visto, tienen cada vez mayor incidencia de riesgos de carácter profesional-.



Fuente. Emilio Castejón con datos del INSHT.

2.7.2. Nuestro sistema preventivo ya hace de la dimensión de la empresa un factor relevante para flexibilizar-aligerar la obligación preventiva

La situación se reproduce en el sector servicios. Esto es, ni el sector de actividad, una variable clave en la comprensión de la siniestralidad laboral en todo tiempo, ni tampoco el de la dimensión de la empresa, devienen realmente determinantes de la misma, sino un moderno factor de tipo económico-organizativo, el que deviene prevalente en el incremento del riesgo de un buen número de trabajadores: la gestión indirecta de la mano de obra. Las empresas que dominan los diferentes sectores económicos hoy, con la externalización no sólo desplazan fuera costes laborales sino que también desplazan o externalizan sus riesgos, atribuyéndoselos a los eslabones más débiles de la cadena de valor de la (macro)empresa, que presenta, así, una estructura muy compleja.

Sin embargo, nuestro sistema preventivo, al igual que el ET, incluso más que éste, pese a ser una norma más moderna, sigue anclado en la dimensión de la empresa tomada de una forma aislada. Por eso, tanto en el modelo normativo originario, como sobre todo en el actual, la dimensión de la empresa tiene un importantísimo reconocimiento normativo como fuente de adaptación (flexibilidad de gestión) y de reducción del coste preventivo. Eso es así, como se dice, a raíz de sucesivas reformas legislativas, claramente orientadas por una concepción -más económica- de la prevención de riesgos laborales como “carga administrativa excesiva” (por su burocratización y por su coste), apartada, pues, de la visión cultural inicial, que evidenciaba su función de garantía de un derecho social humano (concepción ético-jurídica) y su naturaleza de inversión productiva (concepción económico-innovativa o cualitativa). Aunque ya en el año 2003 se produjo una primera reforma parcial orientada en esa dirección, sin duda será a partir de 2009 cuando estas mutaciones sean más apreciables.

En efecto, de un lado, el nuevo artículo 16. 2 bis. LPRL -como hemos visto, el Gobierno no ha tenido ni la inquietud de refundir en un texto único la LPRL y las Leyes de reforma que han introducido un cierto caos, no sólo sustantivo, también formal, en el sistema legal-, prevé una readaptación de las evaluaciones de riesgos laborales tanto “en atención al número de trabajadores” como “a la naturaleza y peligrosidad de las actividades realizadas”. En tales casos, *“podrán realizar el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva de forma simplificada, siempre que ello no suponga una reducción del nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y en los términos que reglamentariamente se determinen”*. De otro, se autorizaba a los empresarios a asumir de forma directa la gestión preventiva en las empresas de menos de 10 trabajadores, cuando en el modelo originario era de menos de 6 trabajadores. Finalmente, la reforma de 2013 irá aún

más allá y permitirá que esa gestión indirecta se realice en empresas de hasta 25 trabajadores, eso sí, con un único centro de trabajo, lo que hoy es menos frecuente.

Curiosamente, de forma paralela, a más se aligera la carga de gestión directa de la prevención en “pequeñas empresas”, más se desplaza el coste del asesoramiento preventivo a los poderes públicos, por lo que la flexibilización va acompañada de la socialización de parte del coste de la actividad preventiva. Así, desde el año 2012, el INSHT -se planteó conflicto de competencia ante el TCO por Cataluña, siendo favorable a la legitimidad de la atribución-, asume la gestión del servicio público denominado «Prevención10.es», con objeto de asistir a las empresas de menos de 10 trabajadores, a través de Internet, principalmente, en la realización de la actividad preventiva. Al igual que el de “Prevención 25” (Resol. 10 de abril de 2014).

Pese a ello, la mayor parte de las propuestas institucionales y empresariales continúa siendo la necesidad de profundizar todavía más en la adaptación-flexibilización de la actividad preventiva de riesgos laborales en las “PYMES”, no obstante la poca representatividad de este concepto, como hemos visto con datos estadísticos, en la siniestralidad laboral y, por lo tanto, en la prevención.

Como veremos más abajo, los autores del Estudio-Informe, tras un debate sugerente en el seno del Grupo de Trabajo, donde se defendieron posiciones diversas, tenemos como propuesta:

- **Profundizar en el estudio estadístico, desagregando datos y clarificando conceptos**, a fin de identificar correctamente el papel de la dimensión de la empresa en el índice de siniestralidad laboral
- **Atender a una realidad de la “pequeña empresa” no tan tradicional**, basada en la idea de que es un “sujeto económico-organizativo aislado”, autónomo o soberano, sino más moderna, que evidencia su estrecha integración en una estructura más compleja, en una auténtica cadena de valor o red de empresas

No sólo no avanzar más en la dirección de aumentar las posibilidades legales de gestión preventiva directa del empleador en las pequeñas empresas, sino **revertir esa senda, derogando las reformas** en tal dirección del art. 30.5 LPRL

- **Consolidar y progresar en el desarrollo de incentivos económicos y servicios de apoyo técnico públicos** -no sólo en el ámbito nacional, sino también autonómico, aceptando el carácter descentralizado de la competencia, no centralizada, como ahora-, a la gestión preventiva en las “pequeñas empresas”, pero condicionadas a resultados y a una mejora relevante de las condiciones de vida y de trabajo

2.8. Fortalecer la implicación institucional, en especial en la transparencia estadística. ¿Cómo mejorar la información estadística, en calidad y cantidad, dejando aflorar la siniestralidad laboral real, en particular las artificialmente desaparecidas EEPP?

Pese al tiempo transcurrido y la experiencia acumulada, existe una notable deficiencia en este ámbito. Como se ha visto, el conocimiento estadístico fidedigno es una condición básica de la eficacia de las políticas de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, no sólo persisten viejas deficiencias respecto del accidente de trabajo, sino que siguen desaparecidas las EFPF

Como se ha venido denunciando reiteradamente, si dudas hay sobre la veracidad de la cantidad de los datos, todavía mayores son en relación a la calidad de los mismos, pues, poco o nada se ha valorado hasta ahora el sistema actual de partes de accidentes de trabajo, a diferencia del antecesor. Las conclusiones más consensuadas al respecto son que si bien es cierto que el nuevo sistema electrónico de declaración ha eliminado virtualmente buena parte de las deficiencias debidas a las variables no cumplimentadas, pues ahora el sistema rechaza el parte incompleto. Sin embargo, “no ha hecho nada para eliminar el resto de las deficiencias detectadas, cuya subsanación requería una dosis de voluntad de mejora del sistema que iba más allá de la que sus responsables estaban dispuestos a aceptar”²¹.

Los problemas se plantean, respecto del accidente de trabajo, netamente tanto en el plano cuantitativo -subregistro de accidentes de trabajo mortales, aunque pueda sorprender; incremento de los accidentes sin baja; artificial reducción de los accidentes de trabajo de los empleados a tiempo parcial, hoy en aumento - cuanto cualitativo -determinación de la gravedad-. La consecuencia es que no sólo los datos del índice de incidencia oficiales tienen una subvaloración creciente, cuantitativa y cualitativa, con lo que desnaturaliza la situación real de accidentalidad

²¹ Vid. E. CASTEJÓN. “ El accidente de trabajo...”. En UGT-CEC. 20 años... op. cit. pp. 99 y ss.

en España y, por lo tanto, la posibilidad de corregir de forma eficaz los problemas en el plano preventivo. Pero también, e incluso más intensamente, respecto de las EEPP, donde se ha confirmado que los cambios legislativos últimos incluso han tenido un efecto disuasorio de la declaración de aquéllas, ya de por sí en extremo subdeclaradas, lo que ha llevado a evidenciar tanto la dilución del efecto beneficioso que tuvo en su día la LPRL cuanto un retroceso hasta niveles de 1999. Por lo tanto, la conclusión parece clara²²:

“...existe la necesidad apremiante de hacer aflorar las ocultas, a partir del conocimiento de su vinculación con el trabajo, con la finalidad de fortalecer la capacidad para su prevención”

2.9. Educación e Investigación ¿Qué hacer para que haya un espacio de investigación superior constante en esta materia, así como de I+D?

Aunque sorprenda, no hay a día de hoy ninguna política oficial de promoción de la investigación, ni básica ni aplicada, en materia de seguridad y salud en el trabajo, dejándose la investigación a la libre decisión de orientarse -o no- en esta línea por los diversos ámbitos de las disciplinas científicas. A diferencia de lo que ocurre con la Salud, también con el ámbito de la Seguridad, en el ámbito de la ciudadanía en general, en el ámbito de la Salud Laboral apenas hay líneas de sostenimiento público de una investigación profunda sobre los riesgos de hoy y sus factores causantes. A la complejidad y el dinamismo evolutivo de estas materias, le sigue una extremada obsolescencia de la política de investigación oficial en esta materia. Aunque pueda considerarse que no es una prioridad en esta materia, ante la preferencia que deben tener otros aspectos más directamente incidentes en las causas de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, entendemos que tiene más relevancia de la inicial, pues no es posible una política preventiva eficaz sin una adecuada comprensión y conocimiento de todos los riesgos, clásicos y emergentes, y de sus mecanismos de causalidad y relacionalidad con una gama creciente de factores, que exigen un cuidado estudio.

En consecuencia, la reforma legislativa debería ser integral y promover la inclusión en las normas reglamentarias educativas y de investigación superior, una línea específica de investigación, innovación y desarrollo -también ge-

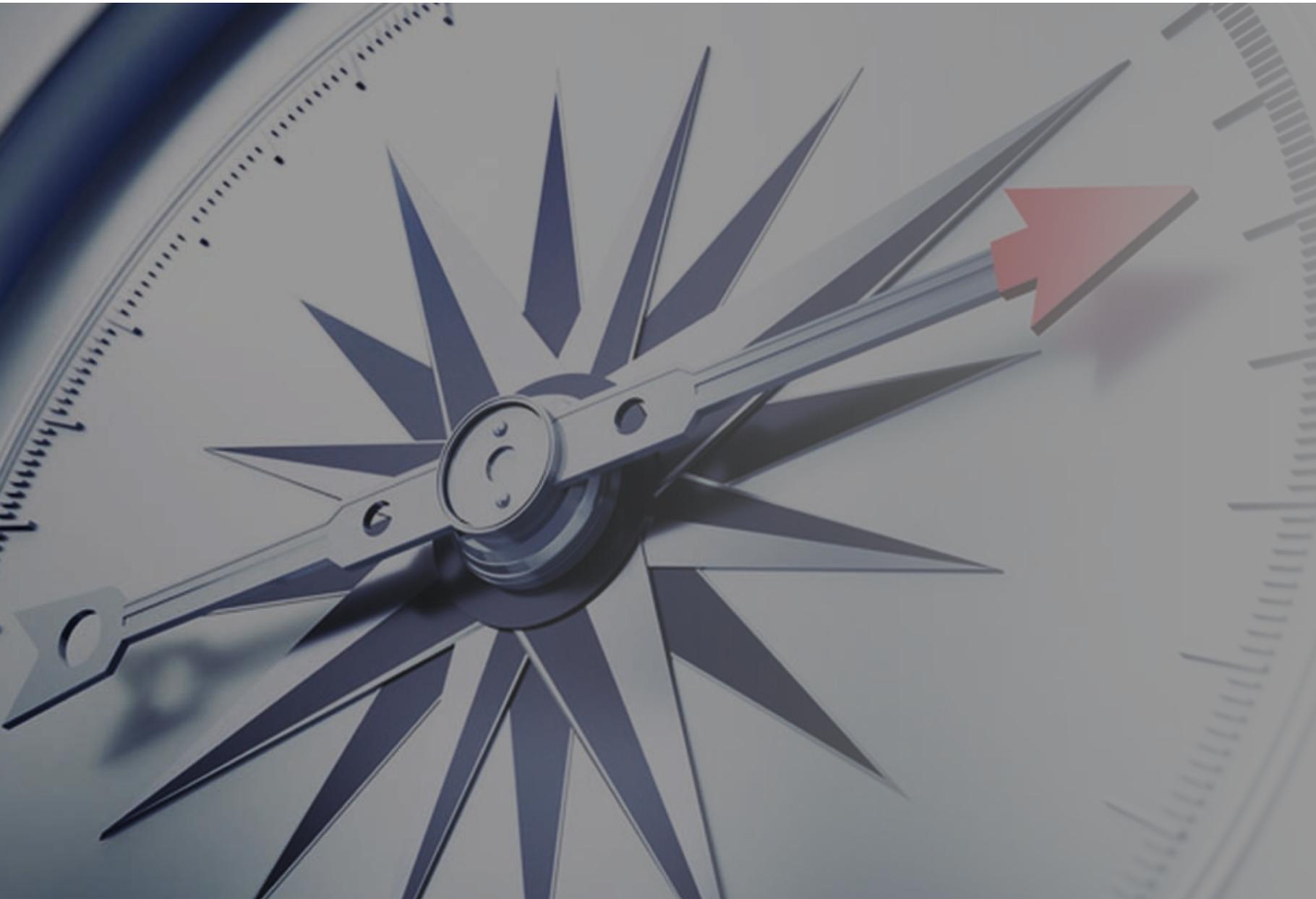
²² Hacemos nuestras las fundadas críticas y las propuestas de reforma que se hace en M. GARCIA GOMEZ-R. CASTAÑEDA. “La Enfermedad Profesional a lo largo de los 20 años de PRL”. En UGT-CEC. 20 Años... op. cit. pp. 130 y ss.

neradora de empleo y de calidad- en todo lo que tiene que ver con la seguridad y salud en el trabajo. Ese papel un día intentó cubrirlo el INSHT pero es evidente su fracaso al respecto en estos últimos tiempos, golpeado también, ciertamente, por una fuerte depauperización de personal y un recorte galopante de fondos.

2.10. ¿Convendría recoger en la LPRL, en línea con lo que se hace en las Leyes de Salud Pública, la diferencia entre la “política de promoción de la salud laboral” y la de “prevención de los riesgos para la salud laboral”?

Dentro del esfuerzo de clarificación dirigido a mejorar la seguridad jurídica, los autores de este Estudio-Informe, tras un debate extenso e intenso en el seno del Grupo de Trabajo donde no hubo acuerdo al respecto, entendemos que sí sería útil especificar la diferencia que existe entre una “política de prevención de riesgos para la salud laboral”, claramente asociada al mandato legal, de cumplimiento ineludible, en relación a las “políticas de promoción de la salud laboral”, que pertenece al ámbito de los modelos de autorregulación, bien unilateral -responsabilidad social corporativa- bien colectiva -acción social del convenio colectivo-. Así se derivaría del claro enfoque diferenciador de la OIT, sin perjuicio de que llame a una gestión coherente, armonizada y cooperativa entre ambas dimensiones (programa SOLVE), y también hallaría referencia en las modernas Leyes de Salud Pública, que diferencia claramente entre “protección de la salud” y “promoción de la salud laboral” -también de la salud pública-.

Valoración de las resistencias estimadas. Parece claro que todas las propuestas orientadas por un ánimo promocional y de mejora investigadora y de transparencia (conocimiento y cultura), gozarán de predicamento en todas las partes. Muchas de ellas comprometen gasto adicional por parte de las AAPP, que lo verá con más resistencias. En cambio, aquellas que implican la reversión de reformas liberalizadoras realizadas hasta el momento encontrarán resistencias, como es obvio. Pero son esenciales



3

Ámbito de aplicación y definiciones de la CPRL:
reforzar la universalidad profesional del derecho
y favorecer la autonomía de sus presupuestos



3. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES DE LA LPRL: REFORZAR LA UNIVERSALIDAD PROFESIONAL DEL DERECHO Y FAVORECER LA AUTONOMÍA DE SUS PRESUPUESTOS

3.1. ¿Requiere modificaciones el art. 3 LPRL para garantizar el carácter efectivamente “universal” del derecho profesional a la seguridad y salud en el trabajo?

Una de las principales innovaciones de la LPRL fue, precisamente, configurar el derecho a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo como un derecho humano que conformaría una suerte de régimen profesional común a todas las personas que prestan servicios remunerados. De este modo, el riesgo y, por lo tanto, la necesidad de protección, se asociaría a la actividad realizada y a sus condiciones de organización y desenvolvimiento, no tanto a la concreta relación jurídica que formaliza la prestación de servicios profesionales. Ahora bien, este derecho ni es completamente universal para todos los prestadores de trabajo -quedan fuera los que no lo realicen de forma profesional, cuya seguridad y salud se prevé en otro tipo de regulaciones, más vinculada a la reparación de eventuales daños-, ni tampoco se reconoció legislativamente de forma precisa a un buen número de colectivos que sí pueden y deben entrar bajo su ámbito de cobertura o protección. De ahí, que a lo largo de este tiempo se hayan producido notables conflictos, con decisiones judiciales multinivel -también en el ámbito comunitario-, que ponen de relieve las deficiencias a tal fin de la regulación legal.

Desde esta perspectiva, en el seno del grupo de trabajo se han propuestos numerosas modificaciones del ámbito subjetivo del sistema preventivo o de su campo de aplicación, a fin de clarificar estas situaciones oscuras o nebulosas. En algunos casos tiene un sentido de mera reforma clarificadora, precisando o concretando la concepción expansiva del TJUE en materia, y en otros hay un mayor componente de innovación jurídica, incluyendo colectivos excluidos.

De forma particular se ha llamado la atención sobre los siguientes colectivos:

a) Inclusión de las personas empleadas en el hogar, remitiendo sus particularidades al correspondiente desarrollo reglamentario²³.

El actual art. 3.4 LPRL excluye de la aplicación del sistema normativo de prevención de riesgos a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (STSJ Comunidad Valenciana 13 de marzo de 2013, Rec. 2423/2012), sin que tenga, a día de hoy, un valor práctico la regla legal, más ética que jurídica, que recuerda al “titular del hogar familiar” su deber de “*cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene*”. Al margen de la evidente paradoja en la que incurren el legislador -que excluye de la norma reguladora del deber de protección eficaz a un colectivo para el que, sin embargo, sí predica el valor de este deber, dejando su desarrollo en el aire, en consecuencia-, queda claro que la práctica ha seguido desarrollándose como siempre, esto es, dejando al margen de la protección de riesgos profesionales a un colectivo que hoy se calcula en más de 700.000 personas, la inmensa mayoría mujeres, con el sesgo añadido de género que también genera esta contradictoria y oscura exclusión legislativa, que quiebra el principio de generalidad del derecho de protección eficaz que inspira el sistema normativo preventivo.

Asumido unánimemente por el Grupo de Trabajo que no hay argumentos jurídicos de peso que permitan fundamentar la exclusión de este colectivo de asalariados/as -ni el lugar de prestación, ni la ausencia de carácter empresarial del trabajo doméstico, ni el propio contenido del trabajo-, sólo razones de índole práctico -dificultades para el control del incumplimiento, por la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio; desconocimiento de buena parte de los (las) titulares del hogar familiar de cuáles deben ser las medidas a adoptar; falta de tradición -, parecen explicar -menos justificar- esta privación de derechos profesionales y ciudadanos básicos. Sin embargo, una cosa serían los inexorables particularismos de esta relación laboral, cuya existencia da lugar a un régimen singular también en el ámbito laboral (e incluso en el de protección social, si bien aquí se ha ido reduciendo, aunque mantenga una gran exclusión -la protección por desempleo-), y otra una exclusión absoluta de la LPRL, lo que ya no se justifica. La gran dificultad de esta regla de modulación no justifica el abstencionismo radical del legislador, resultando ineludible acometer una reforma en esta materia²⁴.

23 Propuesta planteada y debatida a instancias del profesor Guillermo García González.

24 Cfr. GARCÍA GONZÁLEZ, M.L. y GARCÍA GONZÁLEZ, G., “Seguridad y salud laboral y empleados del hogar: perspectiva jurídico- preventiva”, en ESPUNY TOMÀS, M.J. y GARCÍA GONZÁLEZ, G., Relaciones Laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas, Madrid, Dykinson, 2014, pp.179- 211.

Así, la extensión de la LPRL a los empleados del hogar se deduce del marco normativo internacional (arts. 5, 6 y 13 del Convenio nº 189 de la OIT, de 16 de junio de 2011 y de la Recomendación nº. 201 OIT). El problema reside en que, como es sabido, el Convenio nº. 189 no ha sido aún ratificado por España, pese al intenso debate en sede parlamentaria, exigiendo la gran mayoría de grupos políticos- salvo el partido en el gobierno- su inmediata ratificación, en línea con la petición realizada por los sindicatos más representativos²⁵.

Atendiendo al entorno de derecho comparado, la inclusión de los empleados del hogar a efectos preventivos en los términos expuestos (inclusión con desarrollo de normas de aplicación específica) cuenta con especial predicamento en las principales experiencias del Derecho continental -el que favorece el papel de la Ley como regulador principal-. Así, entre otros, destaca, a través de relativamente recientes reformas, el sistema francés (art. L7221-2 Código de Trabajo, modificado por Ley nº 2011-867) y al ordenamiento jurídico belga (art. 4.1 Ley de 4 de agosto de 1996 sobre el bienestar de los trabajadores en el desempeño de su labor, modificado por la Ley de 15 de mayo de 2014). En cambio, no aparece en los modelos de Derecho anglosajón, reacios a este tipo de intervencionismos.

En vista a ello, se propone la sustitución del apartado 4º del art. 3 LPRL por un texto similar al siguiente:

“La presente Ley será de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, conforme a las particularidades de la norma reglamentaria que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social deberá establecer al respecto”.

Valoración de las resistencias estimadas, por las dificultades técnicas y desencuentros de tipo político-social.

En el grupo de trabajo fuimos conscientes de las dificultades prácticas de esta labor y de la necesidad de modular notablemente el régimen general para que resulte no sólo prácticamente sino viable. La inexistencia de una auténtica representación sindical de este sector que vigile por el cumplimiento, así como las dificultades del control inspector, por ser el domicilio familiar, añaden barreras a esta propuesta, pudiéndola dejar, en caso de aprobarse, en papel mojado. Sin duda hallará resistencias políticas.

25 El Convenio nº. 189 de la OIT entró en vigor el 5 de septiembre de 2013. Ha sido ratificado por países como Bélgica, Alemania, Finlandia, Irlanda, Italia y Portugal. En España, el 8 de mayo de 2013 la Comisión de Empleo y Seguridad Social aprobó por unanimidad una enmienda transaccional a la Proposición no de Ley sobre ratificación del Convenio nº. 189 de la OIT y la Recomendación nº. 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos. Dicha enmienda instaba al Gobierno a “que en un plazo razonable evalúe la posibilidad de someter a ratificación el Convenio número 189 y la recomendación número 201 de la Organización internacional del Trabajo (OIT) y, en consecuencia, adapte la legislación española en el sentido que regulan los citados textos” (BOCG 23/2/2016).

No obstante, conviene poner de relieve que ya hay un intenso trabajo previo realizado a través de múltiples órganos autonómicos competentes que vienen no sólo elaborando Guías específicas sobre prevención de los riesgos en el trabajo doméstico, sino incluso la difusión de experiencias para llegar a un sector tan vulnerable y precarizado, conformado por personas altamente aisladas y donde es muy difícil llevar el interés colectivo, la conciencia del derecho y las posibilidades a su servicio para exigirlo. Sin duda es un reto elevado, pero por la trascendencia cualitativa del derecho, por la relevancia del colectivo en números e, incluso, por los altos costes sociales que tiene para el sistema seguir aceptando los riesgos debiendo luego asumir el coste de la asistencia sanitaria y acción social que genera la actualización de daños en miles y miles de mujeres, hacen del reto un desafío a no poder ignorar, como reivindican los sindicatos mayoritarios

b) Reconocimiento de la especificidad de los “tele-trabajadores”, remitiendo a una regulación específica, reglamentaria o (quizás mejor) convencional.

Junto a las exclusiones explícitas, la LPRL también muestra sus debilidades para poder dar respuesta a las nuevas formas de trabajo. Pese a ser de 1995, la LPRL aparece previa a la emergencia y consolidación de las tecnologías de la información y comunicación en los modelos organizativos y en las estructuras laborales, así como a la paulatina digitalización y extensión de las tecnologías a los distintos ámbitos de la sociedad. Fruto de estos cambios, está, entre otros el teletrabajo, que va penetrando -lentamente, cierto- como una alternativa al trabajo presencial y constituye una modalidad de prestación cada vez más practicada, si bien bastante menos de lo que se auspiciaba.

Ciertamente, aquí la LPRL incluye dentro de su ámbito a los “tele-trabajadores” en los mismos términos que al resto de trabajadores por cuenta ajena, y por tanto les resultan aplicables los derechos y las obligaciones preventivas contenidas en la ley y en las normas de desarrollo. Sin embargo, la aplicación de la legislación preventiva al ámbito del teletrabajo encuentra serias barreras no sólo jurídicas, sino culturales que hacen que, en la práctica, apenas si tiene virtualidad la inclusión legal. Las circunstancias que envuelven algún tipo de teletrabajo, especialmente el teletrabajo móvil y el teletrabajo a domicilio, presentan claras dificultades para llevar a cabo la evaluación previa del lugar de trabajo y las revisiones periódicas de las instalaciones y equipos, así como para dar cumplimiento al deber del empleador de ordenar y controlar las medidas de prevención. Aquí, pues, no se produce una exclusión de derecho, pero, en cierto modo, si de facto, por la ausencia de previsión específica.

Si bien la reforma de 2012 extiende la aplicación de la normativa relativa a seguridad y salud en el trabajo a los trabajadores a distancia, la problemática que se planteaba antes de la mencionada reforma sigue latente tras la nueva regulación. Mucha de la problemática referida se presenta en idénticos términos en el trabajo a distancia, por lo que la regulación que se dicte debe estar llamada a solventar estos déficits en ambos colectivos de trabajadores. Parece claro que en el trabajo a distancia el lugar de trabajo no es el centro sino el domicilio del trabajador o el lugar libremente elegido por éste. Si el primer supuesto (domicilio del trabajador) plantea problemas de adaptación de la normativa vigente, el segundo escapa a todas luces de la esfera de responsabilidad del empresario. Es prácticamente imposible exigir al empresario el cumplimiento de obligaciones preventivas bajo las coordenadas que establece el precepto. Se pretende por tanto que el desarrollo reglamentario tenga disposiciones preventivas de común aplicación para el trabajo a distancia y para el teletrabajo, conteniendo además prescripciones aplicables de forma exclusiva al teletrabajo²⁶.

A este respecto, se propone adicionar un nuevo apartado al art. 3 LPRL que reconozca la especial naturaleza del teletrabajo a efectos preventivos, y que implique la necesidad de desarrollar sus especificidades, bien reglamentariamente bien colectivamente, a fin de dar un mayor refuerzo a la regulación convencional -de origen comunitario- en la materia. La primera opción²⁷ tiene la ventaja del carácter vinculante de la regulación y su eficacia general, pero, como se ha dicho en otras ocasiones, el inconveniente de la multiplicación de normas -con lo que quiebra todo ideal de simplificación-; la segunda tiene la ventaja de la flexibilidad y la mayor adaptación sectorial, amén del protagonismo debido de los interlocutores sociales, si bien tiene el riesgo de la falta de desarrollo suficiente y razonablemente homogéneo para todos los trabajadores, ya que todos tienen que tener un nivel equivalente de protección, al margen de la empresa y del sector en que presten servicios.

Dirigiendo nuestra mirada al entorno del Derecho comparado, la necesidad de una especial consideración del trabajo a distancia y del teletrabajo a efectos preventivos queda recogida, en estos casos, tanto en las experiencias del Derecho Continental como en las del Derecho anglosajón. Así, en el primer bloque, merece reseña, una vez más, el ordenamiento jurídico belga (art. 4.1 Ley de 4 de agosto de 1996 sobre el bienestar de los trabajadores en el desempeño de su labor, modificado por la Ley de 15 de mayo de 2014). También en la legislación portuguesa se especifica el deber del empresario de evitar el aislamiento a través de contactos regulares con la empresa y los compañeros de trabajo.

26 SABADELL BOSCH, M. y GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La difícil conciliación de la obligación empresarial de evaluar los riesgos con el teletrabajo”, en *Oikonomics: revista de economía, empresa y sociedad*, n.º. 4 (2015), pp. 38-51.

27 Propuesta en el Grupo de Trabajo por el profesor Guillermo García.

Por lo que hace a los sistemas preventivos de influencia anglosajona (Irlanda, Reino Unido, Canadá, Australia), hay que evidenciar que también tienen disposiciones preventivas específicas para los denominados “*alone workers*”, entre los que se incluyen los trabajadores a distancia y los teletrabajadores.

Consecuentemente, se propone incluir en el art. 3 LPRL, un nuevo apartado (5º) con un texto similar al siguiente -también debería contemplarse una modificación análoga, de estricta coherencia, en el artículo 13 ET-:

“La presente Ley será de aplicación al trabajo a distancia y al teletrabajo, con las particularidades previstas en el convenio colectivo que les resulte de aplicación y, en defecto del mismo, en la norma reglamentaria específica”.

Entre otros aspectos, se deberían regular los siguientes:

- cohonestar el derecho a la intimidad del trabajador y la inviolabilidad del domicilio, con el acceso de los organismos especializados de la empresa a efectos preventivos; y ello con garantías reforzadas, como la representación legal de los trabajadores.
- Fomentar el modelo de autoevaluación del teletrabajador de su puesto, previa formación preventiva adecuada por la empresa.
- Desarrollar el art 19 LPRL adaptándolo a la peculiar situación del teletrabajador.
- Garantizar una mayor cooperación del tele-trabajador en la gestión de su seguridad y salud laboral, dado que, por las características del trabajo, tiene mayor protagonismo como sujeto activo esencial en los procesos preventivos. Naturalmente, siempre con el claro reconocimiento de la obligación empresarial de protección eficaz igualmente, pues el empresario es siempre responsable de su salud y su seguridad, al margen del lugar donde se realiza el trabajo. Naturalmente, para hacerlo más practicable, deberá tenerse muy presente los diferentes modos de prestación, que si diluye unos riesgos, y también unos poderes -los ligados a la coincidencia física-, incrementa otros -como es el caso de los riesgos psicosociales y los ergonómicos-.
- En el trabajo a distancia no tiene mucho sentido el cambio de puesto previsto en la LPRL para determinados casos, sino el cambio de lugar de trabajo. La solución podría ser el principio de reversibilidad. Con todo, es posible identificar problemas, ¿qué ocurriría si en ese momento no existiera vacante en la empresa? Encuentra sentido la preferencia por unas técnicas de regulación basadas en soluciones abiertas, flexibles y adaptadas, a cada singular situación. Todo ello, sin perjuicio de tener muy en cuenta las mejoras de concreción introducidas en relación a colectivos vulnerables

Finalmente, suscita dudas la aplicación del concepto de accidente de trabajo a los trabajadores a distancia y las reglas de responsabilidad empresarial correspondientes. Como se sabe, la elasticidad del concepto de accidente de trabajo no plantea especiales problemas por lo que se refiere al elemento locativo donde se produzca el accidente. El artículo 156 de la LGSS no encorseta su aplicabilidad al centro de trabajo sino que se refiere expresamente al lugar de trabajo. Presume que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador en el lugar de trabajo y durante el tiempo de trabajo (STS de 9 de diciembre de 2003, u.d., R° 2358/2002). Cuando la lesión ha ocurrido en el domicilio del trabajador y éste no era el lugar de trabajo el Tribunal Supremo ha rechazado la calificación del accidente como laboral. Es el caso de los infartos de miocardio sufridos por médicos en situación de guardias localizadas (SSTS de 7 de febrero de 2001 y de 9 de diciembre de 2003, R° 132/2000 y 2358/2002 respectivamente). Si aplicamos esta doctrina a los trabajadores a distancia, cabe interpretar que, a sensu contrario, si el accidente ocurre en el domicilio del trabajador y éste aparece en el contrato de trabajo como el lugar de trabajo, la lesión que se produzca debe considerarse como contingencia profesional

De nuevo aquí la fórmula abierta del artículo 13 ET «en el domicilio o el lugar libremente elegido por el trabajador» nos permite plantearnos ¿qué ocurriría si el accidente tiene lugar en un domicilio que no es el suyo, o en un hotel o en una cafetería? Entendemos que en la práctica no será frecuente la negociación de la cláusula abierta del lugar de trabajo pero la realidad casuística es tan rica que aconseja no descartar ninguno de los supuestos. Con todo el problema pensamos que se va a situar en el elemento temporal, esto es, será determinar si la lesión se produce en tiempo de trabajo sobre todo porque el trabajo a distancia se caracteriza precisamente por la flexibilidad horaria. Si el horario de trabajo está correctamente delimitado será el criterio adecuado para clarificar si nos encontramos ante un accidente laboral o no. Pero, ¿qué ocurre con los tiempos de disponibilidad?

La responsabilidad del empresario en la producción del accidente o enfermedad profesional tropieza también con dificultades. Es posible que los daños tengan su origen en instrumentos de trabajo que el empresario no ha facilitado y que sean de propiedad del trabajador. En esta línea existen experiencias comparadas que van en la línea de fijar parámetros que delimiten la esfera de responsabilidad del empresario. Así, se subraya que el empresario es responsable de la seguridad de los equipos que proporciona pero que del sistema eléctrico responde el propio trabajador (Guía británica de Teletrabajo) o se establece que las reglas generales de seguridad y salud en el trabajo se aplican a los trabajadores a distancia en caso que los equipos sean propiedad del empresario (Código de Trabajo de Hungría).

También el colectivo -en aumento- de los “trabajadores expatriados” requeriría de una regulación adaptada. Algo se comentará al respecto más abajo -al analizar las reformas a incluir para los colectivos o grupos de trabajadores singularmente vulnerables-, si bien aquí ya conviene poner de relieve que, una vez más, el marco regulador debería ser el convencional, el de la autorregulación colectiva -convenios de empresa, o de negociación colectiva en general-. En este caso, las normas reglamentarias parecen ser demasiado rígidas, dado que este tipo de situaciones se concentran en empresas y grupos de ciertas dimensiones y en sectores relativamente específicos.

Valoración de resistencias estimadas.

La reforma propuesta debería contar con el apoyo de los agentes sociales y de los aplicadores del derecho, al dotar de seguridad jurídica a una realidad que, cada vez con mayor intensidad, resulta omnipresente en nuestro sistema de relaciones laborales. La necesidad de delimitar la obligación preventiva, y consecuentemente el régimen de responsabilidades, en el supuesto del teletrabajo también ha sido planteada por distintos grupos políticos en el ámbito parlamentario²⁸. Conviene recordar que la Enmienda 272 formulada por el PP a la reforma laboral de 2010 incorporaba la regulación del trabajo a distancia y hacía referencia precisamente al desarrollo reglamentario. Si no se hace así, las dudas aplicativas de la LPRL al supuesto de trabajo a distancia desincentivará su desarrollo

c) Regulación específica de los trabajadores que presten servicios de protección civil y mejora de la regulación específica para personal militar -y Guardia Civil-

También en relación a las situaciones expresamente excluidas de la LPRL, pero con extraños requiebros que *aparentan no querer decir lo que dicen* -que los entienden excluidos en la práctica-, porque no deberían decirlo así -la normativa comunitaria les obliga a una inclusión modulada- hay que recordar ahora lo previsto en el párrafo 2 de su citado art. 3, según el cual, la LPRL “no será de aplicación en aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de:

- Policía, seguridad y resguardo aduanero.
- Servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública.
- Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil.

²⁸ Vid. enmiendas al Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOCG 27/4/2012).

No obstante, esta Ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades”.

Hasta ahora, las múltiples dudas interpretativas derivadas de este precepto, que pese a la inicial exclusión que realiza de ciertas actividades donde concurre un especial riesgo para la seguridad y la vida de las personas que las prestan, por ser inherentes a las mismas, luego vuelve a la LPRL, pero ahora ya más devaluada como meros criterios o “principios de inspiración” de la normativa específica, se habían centrado en relación al supuesto primero -actividad de policía- y tercero -actividad militar (y los asimilados, hoy a la fuerza, como sería la Guardia Civil). Al respecto, y en apretada síntesis, bien conocida es la jurisprudencia del TJUE que abandera una interpretación expansiva del marco regulador en materia preventiva, tanto en el ámbito objetivo -entran todos los riesgos, sin excepción alguna- y subjetivo -entran todos los trabajadores, interpretándose las excepciones de forma muy restrictiva, vinculadas no al tipo de relación profesional sino a la concreta actividad que realiza-. En este sentido, la STJUE de 12 Enero de 2006, en recurso interpuesto por incumplimiento por parte del Estado de España, por lo que respecta al personal no civil de las Administraciones Públicas, al no haber adaptado, o haber adaptado sólo parcialmente, su ordenamiento jurídico, vino a declarar:

- el legislador comunitario ha utilizado un criterio basado en la naturaleza de las actividades de que se trata y no en categorías de trabajadores. En consecuencia, cabe prever excepciones no en función del Estatuto de los Trabajadores, sino sólo en función de las misiones específicas realizadas por algunos de ellos.
- Asimismo, ese criterio basado en la actividad no está fundado en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividades, en su consideración global, 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, en razón de la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad y sólo cuando se trate de situaciones de grave riesgo colectivo que exija una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse.
- 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.

- 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.
- No obstante, incluso en una situación excepcional de esta índole, la Directiva 89/391 exige a las autoridades competentes que velen para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas «en la medida de lo posible».

Precisamente, a esta última idea es a la que responde el inciso final del precepto de la LPRL que otorga esta mínima función inspiradora de la LPRL a toda actividad, incluso si está excepcionada. El problema residirá en que el ordenamiento nacional evidenciaba una visión más amplia de la excepción que el legislador comunitario. Consecuentemente, el legislador nacional, a través de sendos desarrollos reglamentarios, se vio obligado a incluir también a la Guardia Civil (Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil), la Policía Nacional (Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía) y las Fuerzas Armadas (RD 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa), en el sistema preventivo de riesgos profesionales, si bien con especialidades. No obstante, estas regulaciones siguen adoleciendo de notables restricciones, cuestionadas una vez más en el ámbito de la Comisión Europea -figuras representativas, evaluaciones de riesgos, jornada de trabajo...-y pendiente de una adaptación correcta por parte del Gobierno español, que se resiste indebidamente -ya ha recibido varias advertencias de la Comisión-, especialmente respecto de la normativa de la Guardia Civil y la de las Fuerzas Armadas, aunque exista bastante mayor beneplácito en la jurisprudencia nacional, cierto que en relación a la norma de la Policía Nacional²⁹.

29 La STS, Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2008, Rec. 85/2006, relativa al Cuerpo Nacional de Policía, declara que no hay choque de contenidos entre el RD 2/2006 y el art. 3.2 LPRL, puesto que de ambas se desprende que “*las actividades del personal de la policía que no sean exclusivamente policiales se regirán por la normativa general de prevención de riesgos laborales, mientras que es el Real Decreto impugnado el que protege además, en la medida de lo posible, las actividades propias y específicas policiales*”. Dicha sentencia considera igualmente legítimo que el control del cumplimiento de las reglas básicas de seguridad en las actividades policiales no corresponda a la ITSS sino a la Inspección de Personal y Servicios de Seguridad, siendo competencia de la ITSS el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo en el ejercicio de actividades no estrictamente policiales

Sin embargo, hasta el momento, pocos han reparado en la problemática en que se encuentra otro personal, en este caso civil, dedicado a misiones o actividades de riesgo en sí mismo consideradas, o mejor, para evitarlo a la ciudadanía, exponiéndose el personal. Así se ha evidenciado, a propuesta de la representación inspectora del Grupo de Trabajo, respecto del *“personal de protección civil”*. También en este caso los criterios definidos por los órganos directivos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es considerar *dichas exclusiones con una carácter restrictivo* para a “los servicios operativos de protección” civil por ser actividades sometidas a un riesgo específico definido por la Ley (“grave riesgo, catástrofes y calamidades públicas”), admitiendo, no obstante que, “en la medida de lo posible” -recurrente estandar de razonabilidad o factibilidad de la acción preventiva (típica del modelo anglosajón también para los casos incluidos, hasta del ámbito privado)-, deben regir las normas de prevención de riesgos, hasta que otra Ley, allí anunciada, regule estas situaciones de catástrofe, grave riesgo y calamidad públicas. Pese a ello, parece claro que la aplicación de la normativa en materia de prevención al colectivo integrado en los denominados servicios de protección civil no ha sido claramente definida por el legislador español a la hora de llevar a cabo una transposición de la Directiva 89/391, sin que la atención a la jurisprudencia comunitaria resuelva tal problemática, en particular en relación a los siguientes extremos:

- Falta de concreción del concepto “acontecimientos excepcionales” a fin de fijar los supuestos en los que prima la seguridad de la colectividad frente a la de los trabajadores. A tal efecto, el RD 67/2010, de 29 de enero, de adaptación a la AGE (aplicable únicamente a esta Administración Pública), dispone -art. 2.6 en relación al art. 3.2 LPRL- que *“en los servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública la exclusión únicamente se entenderá a efectos de asegurar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la salud y el orden público en circunstancias de excepcional gravedad y magnitud, quedando en el resto de actividades al amparo de la normativa general de prevención de riesgos laborales”*. Esta normativa no define los supuestos concretos en los que procede la exclusión referida y en qué medida se velará por la seguridad y salud.
- La LPRL plantea en la práctica ciertas dificultades en relación al cumplimiento de determinados deberes preventivos en este ámbito. En particular, en relación a la evaluación de riesgos resulta complejo que la empresa identifique los riesgos derivados de las intervenciones de los servicios operativos de protección de civil. Estos servicios se producen en diferentes supuestos, circunstancias y lugares, motivo por el cual, por citar un supuesto ,las condiciones de seguridad y salud en el lugar de trabajo

no son idénticas ni previsibles de antemano, lo cual condiciona el cumplimiento de lo dispuesto en el R.D. 486/1997, de 14 de abril por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo. Este carácter imprevisible determina la imposibilidad de conocer y, en consecuencia, evaluar los riesgos de una intervención y definir las medidas.

En definitiva, dadas estas dificultades y su impacto negativo en un mejor cumplimiento de la actuación inspectora, en orden a vigilar el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales de este colectivo de trabajadores, así como la necesidad, en todo caso, de la aplicabilidad del deber de integración preventiva, a través del plan de prevención de riesgos laborales, se precisa documentar los diversos procedimientos operativos en materia preventiva en orden a garantizar la protección de la seguridad y salud de tales trabajadores. *Para ello sería deseable abordar ambas cuestiones en una nueva regulación* de carácter reglamentario, pues crece la preocupación de estos colectivos en torno a su seguridad y salud laboral, careciéndose de instrumentos normativos adecuados para su promoción. Esta regulación debe concretar, a efectos de prevención de riesgos profesionales, qué se entienda como “acontecimiento excepcional”, al tiempo que regula las peculiaridades de la actividad en aras de una protección más efectiva.

3.2. ¿Es tiempo de redefinir el concepto de accidente laboral a los efectos preventivos, diferenciándolo del de aseguramiento social, así como su calificación?

Respecto a este trascendental aspecto se plantean básicamente dos cuestiones. Una, más conceptual, pero con gran trascendencia normativa y práctica, relativa a la oportunidad ya de redefinir el *concepto mismo* de “daño derivado del trabajo” relevante a efectos preventivos, ahora identificado con los conceptos aseguradores de “accidente de trabajo” y “enfermedad profesional” (DA 1ª). La otra, es más operativa, aunque requiere criterios objetivos en la norma, tiene que ver con la “*calificación*” de la gravedad de los Accidentes de Trabajo -AT- y Enfermedades Profesionales -EP-, plantéandose la necesidad -incluso urgencia- de que se acometa una regulación de la calificación de los AT y de las EP a efectos de investigación y de control estadístico que permita una adecuada planificación de la política de prevención.

El primer aspecto, viene urgido especialmente por el sector empresarial, incluyendo las Mutuas, y una parte de la doctrina científica, que llevan años poniendo de relieve que el concepto de accidente de trabajo se ha desbordado

por completo a través de la jurisprudencia social, por razones que no son estrictamente preventivas sino meramente aseguradoras o reparatorias socialmente -la mayor protección de seguridad social de las contingencias profesionales respecto de las que sólo son contingencias comunes-. Por lo tanto, con ese carácter tan expansivo quedarían fuera del control del empresario un buen número de situaciones consideradas como contingencias profesionales, por lo que nula o escasa información pueden aportar para la mejora preventiva. De ahí, que postulen, más a la luz de las últimas evoluciones del concepto jurisprudencial -en especial del concepto de accidente de trabajo in itinere, donde más expansivo es; siendo más restrictivo en relación al accidente de trabajo en misión-, diferenciar un concepto preventivo -reducido al ámbito de control real del empresario- y otro asegurador -expansivo, por su finalidad de protección social-³⁰

El segundo aspecto, en cambio, viene urgido netamente por el sector sindical y goza de un extenso consenso en el ámbito de la acción inspectora de seguridad social, que denuncian, a juicio de los autores de este Estudio con toda razón, la inexistencia de criterios normativos que determinen con objetividad, precisión y seguridad la calificación que corresponde atribuir a un accidente de trabajo: “muy grave”, “grave” o “leve”, incluso, aunque sorprenda, “mortal”. A día de hoy, incomprensiblemente, seguimos sin una regulación normativa a tal efecto, que nunca ha querido hacer la normativa de Seguridad Social, relegando esta cuestión no ya a los previsibles criterios médicos, sino sólo a las decisiones -siendo parte claramente interesadas, por lo tanto, en gran medida “juez y parte”- de las Mutuas de Accidentes de Trabajo -y EEPP-.

Esta cuestión es básica no sólo para conocer con transparencia y precisión los accidentes de trabajo que responden en nuestro país verdaderamente a los diferentes grados de gravedad (evitando mentiras y manipulaciones

30 No deja de ser llamativo que la propia ITSS haya justificado, ante el “elevado número de accidentes de tráfico en jornada”, dejar fuera del Estudio de las causas de la accidentalidad laboral mortal tal tipo de accidentes, centrándose sólo en los accidentes de trabajo de carácter traumático. Y ello porque “se indica que ni los accidentes de tráfico en jornada ni los accidentes de trabajo in itinere, son objeto de análisis en este estudio debido a las dificultades de encontrar una relación de causalidad directa e inmediata entre la desatención de la normativa de prevención de riesgos laborales y el resultado lesivo, que es lo que tiene interés a los efectos del presente estudio”. Más aún, igualmente, se reconoce que en el período objeto del Estudio -2015- se han investigado por la ITSS 225 “accidentes no traumáticos”, pero, “al estar relacionados con factores no estrictamente laborales, no son objeto de análisis en este estudio”. En suma, la propia ITSS, con criterios dudosos, deja fuera de una investigación con efectos de carácter prevalentemente preventivo -identificar causas laborales de los accidentes que puedan revertirse por medidas preventivas correctoras-, nada menos que a más de la mitad de los mismos por entender que lo son a efectos de Seguridad Social pero no de Prevención de Riesgos. Queda claro así que, bajo este enfoque, que aquí no se comparte por los autores del Estudio-Informe, quedarían fuera de las políticas de prevención de riesgos laborales oficiales -al margen de las voluntarias o de responsabilidad social (promoción de la seguridad y la salud en el trabajo), enfoques nuevos preventivos como el de “seguridad vial” o incluso el “psicosocial”, pues tras los accidentes no traumáticos suele estar -cierto que no sólo-, el estrés laboral, como veremos de inmediato. Cfr. Vid. el Informe realizado por ITSS sobre Caracterización de los Accidentes Mortales en el año 2015. MEYSS. Disponible en http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Sala_de_comunicaciones/Noticias/2016/Adj_not_20160329_AT_mort_ITSS2015.pdf

estadísticas, hoy a la orden del día), sino también para tener mayor y más fidedigna visión de la eficacia de las políticas y acciones preventivas (los leves, la mayoría, se fingen, dicen; sólo los graves, muy graves y mortales, los menos y que no resulta razonable fingir, serían reales, de ahí que de estos sólo la ITSS informe a la autoridad). En efecto, como acreditan irrefutablemente las estadísticas oficiales, y denuncian, con razón los sindicatos mayoritarios, hemos asistido en los últimos años a un cierto “milagro estadístico”, cual es que crezcan más los accidentes sin baja que los accidentes con baja. Resulta igualmente claro a qué se debe este “milagro”, que no es tal, sino que entronca de una forma directa con el endurecimiento de las condiciones por parte de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social en un contexto de miedo de los trabajadores a perder su puesto de trabajo avalado y promovido por algunos de los aspectos más nocivos de la reforma laboral.

Las bajas se “reservarían” pues sólo para los accidentes más graves (desde el punto de vista laboral -que no coincide con el preventivo- aquellos que tienen una duración superior a 20 días, pues estos no cuentan para el umbral del despido objetivo por absentismo ex art. 52 d) ET), de manera que la duración media de las mismas aumenta. Pero ¿qué es un accidente de trabajo grave o muy grave? Recuérdese que la diferencia es muy notable de ser leve a no serlo ya que los leves ni se notifican en 24 horas a la ITSS ni se investigan ni exigen responsabilidades ni promueve la adopción de medidas correctoras, o de reevaluación, pues si bien la LPRL hace referencia a la necesidad de investigación y/o reevaluación cuando ya daños derivados del trabajo, lo cierto es que tan sólo se producen cuando los accidentes tienen cierta gravedad. En consecuencia, accidentes mal calificados como leves no llevará a medidas correctoras y, por lo tanto, es muy probable que más pronto que tarde vuelva a suceder, perdiéndose una función básica de la investigación de un accidente de trabajo: conocer sus causas por su interés preventivo a la hora de tomar medidas para evitar la repetición del accidente.

Ciertamente, definido en artículo 4.3º LPRL los “daños derivados del trabajo”, como concepto más amplio que el de accidente de trabajo y enfermedad laboral, el artículo 6.1.g) LPRL remitiría a la regulación reglamentaria los requisitos y procedimientos para comunicar e informar a la autoridad competente de los daños derivados del trabajo. En sentido análogo, el artículo 23.3 LPRL -norma básica- obliga al empresario a notificar a la autoridad laboral los daños para la salud. El artículo 9.1.a) de la LPRL ordena a la ITSS informar a la autoridad laboral de los AT mortales, muy graves o graves (Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre).

Pues bien, al margen de las cuestiones de competencia en esta materia -legislación estatal, ejecución autonómica-, que ha dado lugar a algunos conflictos constitucionales, lo cierto es que desde la perspectiva de la investigación

de AT por la ITSS y desde la óptica de la elaboración de estadísticas de siniestralidad laboral, los AT se califican como mortales, muy graves, graves o leves sin que existan criterios normativos que fijen las condiciones y requisitos de dicha calificación. Tratándose de un tema de salud en una norma de Seguridad Social, la calificación del AT corresponde al médico, normalmente de una Mutua -“la mano que mece la cuna”-, que la realiza con *criterio de previsión de alta por curación sin considerar el riesgo a que estaba expuesto el trabajador*. Por ejemplo una caída a distinto nivel desde la plataforma de trabajo de un andamio y que ocasiona una fractura en la pierna cuyo período de curación puede ser de 60 días, se calificaría como leve en atención a la reincorporación al trabajo en un período de dos meses. La calificación indebida como leve inhibe todos los mecanismos arriba referidos de protección -investigación, prevención -, con el consiguiente fracaso del sistema.

Más aún. ¿sabemos de verdad cuándo hay un accidente mortal? Recuérdese que suele tenerse en cuenta el fallecimiento (sólo) dentro de las 24 horas desde el accidente

Incluso se ha constatado por la ITSS la existencia de diversidad de criterios a la hora de calificar accidentes de trabajo similares como atrapamientos, aplastamientos o golpes contra objetos. Estos diferentes criterios de codificación van a producir, en última instancia, distorsiones a la hora de elaborar las estadísticas de siniestralidad³¹.

Por ello se **propone** una regulación normativa específica de la calificación de los AT y de las EP a efectos de control -no sólo estadístico- que permita una adecuada planificación de las políticas -públicas y empresariales- de prevención de riesgos laborales. A la vista de ello, la propuesta de reforma conllevaría la afectación de los artículos 6.1.g), 9.1.d) y 23.3 LPRL, de manera que se alcanzase con ello una regulación sobre la calificación de AT y EP, salvándose de este modo la inexistencia actual de un criterio normativo que incida en la calificación de AT y EP, lo que ha posibilitado que muchos AT graves se registren como leves.

Valoración de la resistencias institucionales, sociales y empresariales estimadas.

No hacemos ninguna propuesta realmente original, pues hace tiempo que se viene proponiendo -ya estaba en el “Informe Durán”, tanto en relación a la distinción entre un concepto preventivo de accidente de trabajo y otro asegurador, cuanto la calificación del accidente de trabajo. Y, desde luego, ambos, y en todo caso el segundo aspecto, gozan de absoluta racionalidad y coherencia. Sin embargo, parece claro que existe una clara contradicción de

31 Vid. Informe ITSS sobre Caracterización de los Accidentes Mortales en el año 2015. MEYSS. Disponible en http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Sala_de_comunicaciones/Noticias/2016/Adj_not_20160329_AT_mort_ITSS2015.pdf

intereses entre los sujetos sociales. Mientras que la redefinición del concepto de accidente de trabajo a efectos preventivos gusta al enfoque empresarial, alertando, con razón, a la parte sindical, en tanto en cuanto no se equipare -al alza, claro- la protección de las contingencias comunes respecto de las profesionales -que sería un presupuesto sine qua non para que se avalase-, la regulación por Ley de la calificación de la gravedad del accidente de trabajo encontrará la resistencia de la patronal. Sin embargo, parece de todo punto inaplazable una regulación normativa objetiva.

3.3. ¿Hay que redefinir el concepto de “enfermedad del trabajo” a fin de eliminar el carácter exclusivo, para recoger la complejidad de los factores causales en la realidad del trabajo contemporáneo, al tiempo que se actualiza la lista de EEPP?

Tras un largo periodo de incremento continuado, conforme muestran las estadísticas al respecto y los informes del INSHT, en el año 2016 se ha producido, finalmente, el esperado “sorpasso” de los accidentes de trabajo no traumáticos (debidos a cánceres, enfermedades de tipo cardiovascular -infartos, derrames cerebrales -), los prevalente en la modernidad, que ya son más que los accidentes de trabajo traumáticos, los prvalentes tradicionalmente, hasta hoy. Así, ya son más del 51 por ciento del total de los accidentes mortales del trabajo, doblando prácticamente el porcentaje que había a mediados de la década pasada -10 años después de la LPRL representaban en torno al 25 por cien-, produciéndose un notable incremento, paulatino, pero apreciable en los últimos años -en 2013 representaban el 48 por ciento-. Se trata de un proceso de mutación “epidemiológica laboral” perfectamente previsible si se tiene en cuenta que tras ellos está claramente otro proceso de mutación en materia de seguridad y salud en el trabajo producido estos años y ya evidenciado: el ascenso, hasta ser el segundo problema de salud laboral -siguiendo muy de cerca al primero, y con el que interacciona, los riesgos de tipo ergonómico-, de los riesgos psicosociales, en especial el estrés laboral, pero no sólo. Riesgos que, en el referenciado contexto de institucionalización mercantil -modelo competitivo basado en costes- y normativa -reglas basadas en la inestabilidad- de la inseguridad en el trabajo no hacen sino crecer exponencialmente, actuando de un viciado caldo de cultivo.

Ahora bien, esta conexión de causalidad está destinada, de momento, a permanecer altamente invisibilizada institucionalmente, por la sencilla razón de que, científicamente, está comprobado que en este tipo de accidentes -y enfermedades- del trabajo, concurre una gran variedad de factores causales, sin que sea siempre fácil establecer, al menos de momento, las prevalencias, ponderando más unos factores que otros. Pero es más, aunque avanzára-

mos hacia una mayor capacidad científica de evidenciar y ponderar esas prevalencias, de manera suficientemente confiable, como ya está sucediendo a partir de numerosos estudios, tanto en nuestro país como internacionales, **el sistema normativo vigente seguiría frenando el proceso de ajuste señalado**, impidiendo imputar más adecuadamente las patologías -y sus costes- a las causas más relevantes -la organización productiva, las condiciones de trabajo y el sistema económico en que aquéllas se enmarcan (lo que la OIT llama “estrés económico”)-. ¿Por qué?

Por dos razones básicamente. Primero, el sistema español de calificación-clasificación de las enfermedades profesionales sigue sin reconocer las patologías de origen psicosocial como enfermedades profesionales, dejándolas extramuros del vigente sistema de lista fijado a tal fin (art. 156 TRLGSS/2015 y RD 1299/2006). De otro, es cierto que esas exclusiones podrían recuperarse, al menos de forma parcial, a través de la integración-expansión del concepto de “enfermedad laboral” o “enfermedad del trabajo”, concepto jurídicamente diferente al de enfermedad profesional, e incluso al de accidente de trabajo, si bien la legislación sigue negándole tratamiento propio y le da el régimen propio del accidente de trabajo. Pues bien, como se sabe, para que pueda tener actualización este concepto deben superarse, a su vez, dos obstáculos poderosos, pues el art. 156. 2 letra e) TRLGSS, define a esta creciente tipología de patologías de origen laboral como las *“enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”*.

Primero, el concepto mismo se revela como una barrera difícilmente franqueable, en la medida en que la regulación legislativa ignora por completo la referenciada multi-causalidad o poli-causalidad de este tipo de enfermedades y exige que exista una relación de causalidad exclusiva. Por lo tanto, frente al desbordamiento de la causalidad del accidente de trabajo en su tipología más extendida, que admite tanto la causalidad indirecta como la indirecta, aquí no sólo se exige una causalidad directa -con motivo del trabajo (relación de causalidad directa), no ya también “con ocasión del trabajo” (relación de ocasionalidad)-, sino que deberá ser una relación de causalidad exclusiva, ni siquiera de causalidad prevalente dentro de una pluralidad de causas (factores estresores laborales y no laborales, por ejemplo).

Segundo, exige prueba específica por parte del trabajador, lo que no sólo resultará con frecuencia difícil, sino que se hace engorroso y costoso, dilatorio, porque ha de acudir a un proceso judicial, con la incertidumbre por imprevisibilidad de la decisión que genera. Por tanto asistimos a una cierta “victimización institucional o secundaria”, a sumar al padecimiento por parte de los trabajadores de este tipo de dolencias, que pueden alcanzar el fatal des-

enlace con gran frecuencia. Ciertamente, la doctrina judicial, una vez más, muestra orientaciones de muy diverso sentido, de modo que si unas corrientes se mantienen rígidamente ancladas en el tenor literal de la norma, otras, en cambio, tienden a lecturas más flexibles, aceptando que se trate tan sólo de una relación de causalidad prevalente o relevante, no exclusiva, de modo que el trabajo tenga una influencia significativa, no rota por la constatación de causalidades más fuertes -factores estrictamente personales o familiares, por ejemplo-, pero sin que sea única o exclusiva. No obstante, no menos verdad es que este enfoque nos devuelve, una vez más, a un mundo incierto y delicado para miles y miles de trabajadores que rehúyen el proceso.

Consecuentemente, se hace preciso intervenir legislativamente en este ámbito para quebrar ese círculo vicioso que impide dejar emerger en sede jurídica lo que ya sucede en los mundos de vida del trabajo de nuestro tiempo, manteniendo, al contrario, la invisibilidad, o dificultando la emergencia, de una realidad sobre la que existen cada vez más evidencias de carácter científico-social. A tal fin se propone básicamente una doble reforma:

- ***Eliminar del concepto legal de enfermedad del trabajo la exigencia de una relación de causalidad exclusiva***, de modo que se lleve a la normativización lo que sucede ya en la realidad normalizada, la pluralidad, con diferentes relaciones de prevalencia, de los motivos o causas incidentes en las patologías modernas
- ***Modernizar el listado de enfermedades profesionales a fin de incluir las que se asocian a los factores de riesgo nuevos y/o emergentes***, en especial, pero no sólo, aquellos de origen psicosocial. A tal fin, y para simplificar el proceso, también la viabilidad política de la reforma, bastaría con ***acoger en la norma nacional la Lista de Enfermedades Profesionales de la OIT revisada en 2010***, que ya contempla buena parte de esas innovaciones.



4

La organización preventiva en la empresa: cómo encauzar los mercados de servicios de prevención y de la formación de prevencionistas



4. LA ORGANIZACIÓN PREVENTIVA EN LA EMPRESA: CÓMO ENCAUZAR LOS MERCADOS DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN Y DE LA FORMACIÓN DE PREVENCIÓNISTAS

4.1. Racionalización del sector hacia una dimensión cualitativa y de innovación. ¿Cómo garantizar desde la Ley el primado de los recursos internos y hasta qué intensidad?

a) La confusa y contradictoria regulación normativa como factor institución de promoción de la irracional praxis externalizadora

Todo el Grupo de Trabajo, y por supuesto los autores del Estudio-Informe propuesto, hemos coincidido en que el “exceso de externalización” es una deficiencia notable de nuestra experiencia en este ámbito, y que se debe en buena medida, junto a factores culturales y también económicos, a un marcado factor de deficiencia legislativa, e incluso de regulación contradictoria. Sin embargo, no todos coincidimos en la raíz estricta del problema regulador ni, consecuentemente, en la solución específica. Por lo tanto, una cuestión clave ha resultado proponer una reforma específica a tal fin que clarifique, tanto en la LPRL como, según el juicio, que compartimos, del sector de inspectores de trabajo que conforman el Grupo, también en el TRLISOS. Entonces **¿cómo se hace concretamente para que se elimine la incertidumbre y se potencie el modelo de internalización preventiva, en lo que todos estamos de acuerdo?**

Antes de aportar la solución conviene identificar, obviamente, el problema. Sobre la realidad del problema poco hay que decir, en la medida en que lo avalan los datos estadísticos, que ponen de relieve que más del 80 por ciento de la actividad preventiva de las empresas españolas están externalizadas (V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo). Se impone, pues, frente al enfoque legal de “*gestión integrada en la empresa de la prevención*” una suerte de “*enfoque de prevención por gestoría*”, a contratar con un tercero externo, el que lleva los “papeles”. Pero, precisamente por ello, no es sólo un problema de cantidad, sino de (poca) calidad, si bien es cierto que, por una específica decisión normativo-institucional (2010-2011), se produjo un cierto cambio -relativo sólo a día de hoy- en una dirección de reestructuración del sector, de modo que la importante reducción de los sujetos competidores -concentración- significó una cierta intensificación de la calidad de los servicios -mayor solvencia, económica y técnica-. En este sentido, no es ocioso recordar el “*Informe sobre la calidad de los servicios de prevención en España*”, elaborado por el Observatorio de Salud Laboral en el año 2008.

Al respecto se indicaba, “es evaluada de forma mayoritaria como claramente deficiente respecto a las expectativas de calidad percibida, especialmente en lo que se refiere a la falta de implicación en la organización práctica de la prevención y a la escasa capacidad de respuesta frente a los problemas de las empresas”. El Informe identificaba el origen de esta situación insatisfactoria, que situaba -en aquel tiempo, pero en cierto modo relevante también hoy- “...en el desequilibrio entre el volumen de actividad concertada por los SPA y la dotación de recursos personales de que disponen debido a la “guerra de precios”. La conclusión era inquietante. Se ponía el acento en la existencia de “un ambiente de pesimismo y desconfianza mutua que alimenta una sensación de impotencia frente a factores estructurales negativos (externalización, burocratización, competitividad, etc.) y de escepticismo respecto a la efectividad real de aplicar criterios de calidad a los SPA como estrategia para mejorar la eficacia preventiva en las empresas”. A ello se añade el rotundo fracaso de las “sociedades (mercantiles) de prevención”, entre otras cosas por el peso tan extremo que en este ámbito ha adquirido la lógica de la protección de la libre competencia sobre la prestación de un servicio de seguridad y salud en el trabajo de calidad, como garantía que es de un derecho social fundamental ex art. 15 CE en relación a sus arts. 40 y 43 (también ha de mencionarse hoy la Carta Comunitaria de derechos fundamentales).

La liquidación muy forzada del modelo originario de la LPRL, con la venta apresurada de las sociedades de prevención de las Mutuas a través de las reformas en la LPRL de la Ley 35/2014 (Disposición Final Primera, que modifica el artículo 32 de la LPRL al objeto de impedir que las Mutuas puedan desarrollar, directa o indirectamente, funciones de los Servicios de Prevención Ajenos) ha provocado una convulsión en el mercado de los servicios de prevención ajenos, ya de por sí muy convulso -las relaciones profesionales de miles de prevencionistas están en el aire a partir de la ultra-actividad de su convenio colectivo, con paralización del nuevo y la multiplicación de los procedimientos de regulación de empleo, descuelgues -. Con una absoluta confirmación de la “Ley de Péndulo” que ha sufrido esta materia en las últimas reformas legislativas, pasando de un enfoque de garantía de derechos fundamentales, con más de una garantía propia de la noción de “servicio social”, a otro de mera sostenibilidad de un mercado de servicios cada vez más “privatizado”, la situación ha quedado ahora como una mera lucha de poderes económicos que pugnan por hacerse con la mayor parte del mercado. No por casualidad, la prensa española se hacia eco de este proceso con el siguiente titular: “*La privatización de la salud laboral atrae a gigantes del capital riesgo. Una firma del fondo CVC aspira al 30% del mercado de las sociedades de prevención*”.

Aunque el Gobierno parece querer dar el asunto por zanjado, es evidente que no lo está y resulta manifiesto que más pronto que tarde volverá a estallar el problema, pues las patologías lejos de desaparecer se han agravado. ¿Y

por qué todo ello? Una y otra vez, de forma convergente, se ha venido poniendo de relieve que nuestra Legislación, considerada con carácter general especialmente buena y muy ajustada al Derecho Comunitario al que le debe su razón de ser y sin el que no sería, con toda seguridad, no es inocente en el proceso, más bien todo lo contrario. Por doquier se insiste en que también en “*PRL Spain is [cada vez más] different*”, esto es, que representamos una notable anomalía jurídico-organizativa, ya que en nuestro país se habría resuelto el problema de la organización de la prevención empleando fórmulas originales que han llegado a ignorar el espíritu, e incluso la letra, de la Directiva 89/391. Las diferencias entre España y el resto de los países de la Unión Europea son palpables. Según concluye el Informe “*La organización preventiva de las empresas en España: características distintivas respecto a otros modelos europeos*” elaborado por el INSHT y publicado en diciembre de 2015, en el entorno europeo se constata una tendencia general hacia la internalización de las obligaciones preventivas por parte de la empresa. Las legislaciones en la mayoría de los países se orientan hacia una utilización predominante de los recursos propios para realizar las tareas centrales de la prevención, es decir, el planeamiento de la seguridad y la evaluación de riesgos. Esta orientación se promueve en la medida de lo técnicamente posible, es decir, si la empresa y/o el empresario poseen internamente las capacidades y medios necesarios para llevarla a cabo. Este es el caso de Alemania, Austria, Países Bajos, Italia y Reino Unido.

Esta crítica, científico-técnica y social, ha saltado a la arena política española. Que ya existe marcada conciencia política sobre el mismo, lo puso de relieve también el debate parlamentario de la Legislatura -efímera- pasada. Así lo dejó claro la “Proposición No de Ley del Grupo Socialista de 2016”, para la que “*la mala transposición de la Directiva Marco PRL se debe a no figurar en la LPRL los trabajadores designados como primera opción para las empresas.*”. Pero ¿qué significa “mala transposición”? ¿Tiene un sentido jurídico estricto, de modo que supone una inadecuada trasposición que implique un incumplimiento claro de la misma, como denunció la Unión Progresista de inspectores de trabajo -UPIT-? ¿O no, dado que la Comisión -proclive al llamado aligeramiento de las cargas- la archivó? Al respecto, no hay pleno acuerdo en la doctrina científica, y contarían a su favor el que el procedimiento de queja abierto por la referida asociación fuera archivado hace varios años. Pero ¿está resuelto con ello el problema? A nuestro juicio no, y sí que entendemos, por diversos motivos, que hay un significativo incumplimiento de la normativa comunitaria, que debe llevar a cuestionarse la situación en todas las sedes jurídicas, también judiciales.

En todo caso, aquí nos importa más la vía de reforma legislativa, razón de ser básica de este Estudio, por lo que, analizado con cierto detalle y rigor la situación jurídico-normativa, cierto compleja, se propondrá la solución que se estima más adecuada.

Recordemos que la Directiva Marco resalta la prioridad de la gestión propia, tal como señala la STJUE 22 de mayo de 2003, en el Asunto C-441/01 (Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos), en la que se consolida la preferencia de la normativa comunitaria por un tipo de servicio de prevención interno. Señala el referido pronunciamiento que: “Procede recordar que el artículo 7, apartados 1 y 3 de la Directiva (Marco) establece claramente un orden de prioridad por lo que atañe a la organización de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales en el seno de la empresa. Tan sólo cuando las competencias en la empresa sean insuficientes deberá recurrir el empresario a competencias ajenas a ésta”. De hecho, en una nota al pie de la página 10 del documento COM (2004) 62 final, del 5/2/2004 se indica que la Comisión tenía en esa fecha abiertos procedimientos de infracción por trasponer incorrectamente la Directiva Marco contra diversos Estados Miembros, entre ellos España -aunque no ha prosperado, al menos a día de hoy, en este punto-.

b) En busca de la solución normativa: una reforma orientada a garantizar un adecuado o equilibrado modelo mixto, que presupone la preferencia del recurso interno

No parece, sin embargo, que todas las visiones coincidan en un incumplimiento tan claro o flagrante. En este sentido, mientras ciertos sectores doctrinales entienden que no hay incumplimiento, otro, representado en nuestro grupo de trabajo por los inspectores, entienden que La LPRL hace una trasposición de la Directiva Marco *con apariencia de corrección, pero situando en un mismo nivel alternativo y no subsidiario los recursos propios y ajenos*. El artículo 30.1 LPRL establece que el empresario designará uno o varios trabajadores, constituirá un servicio de prevención o concertará un SPA. Se relacionan tres opciones de organización preventiva sin jerarquizarlas, dejando la concreción al desarrollo reglamentario. En concreto el artículo 10.1 del RSP bajo la rúbrica “modalidades” relaciona las cuatro posibles. Pero era en el artículo 20.1 del RSP donde no se dejaba lugar a dudas de la capacidad de elección empresarial estableciendo que “**cuando el empresario opte por desarrollar la actividad preventiva a través de uno o varios SPA**”. Sería esta opción entre recursos propios o ajenos la que resultaría contraria a la preferencia por los recursos propios manifestada por la Directiva Marco y al principio de subsidiariedad para acudir a los recursos ajenos.

Esta es la razón del cambio introducido por el RD 337/2010³² modifique este artículo estableciendo el presupuesto de la existencia de recursos propios para poder concertar con un SPA, al disponer que “**cuando el empresario**

³² Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, 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; el 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 y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción (BOE del 23 de marzo).

no cuente con suficientes recursos propios para el desarrollo de la actividad preventiva y deba desarrollarla a través de uno o varios SPA...... Ahora bien, aun aceptando ese sutil cambio normativo -que desde luego no ha tenido ninguna repercusión práctica, siguiendo a espaldas del efecto útil de la Directiva marco-, queda claro que la modificación del artículo 20.1 del RSP no guarda sistematicidad con el resto del texto reglamentario; baste como ejemplo el artículo 29 del RSP cuando al establecer el ámbito de aplicación de las auditorías distingue dos supuestos posibles, de un lado que haya empresas que como modalidad de organización preventiva solo acudan a un SPA, las cuales no precisan de auditoría, y de otro las que su organización preventiva dependa en su totalidad o parcialmente de recursos propios, que sí necesitan auditoría. Sin embargo, según hemos visto es impensable para el artículo 20.1 del RSP que una empresa no cuente con recursos propios.

No se trata de un punto conflictivo que denota una falta de sistematicidad interna de la norma reglamentaria, sino que incluso cabe albergar sobradas dudas sobre si el citado artículo del RSP, que responde mejor a lo diseñado por la Directiva Marco³³, se extralimita en su desarrollo de la LPRL. Ésta, en su reformado artículo 31.3 in fine, admite el modelo de organización preventiva con ausencia de recursos propios al decir textualmente *“si la empresa no llevara a cabo las actividades preventivas con recursos propios”*. Y recordemos que dentro de esas actividades preventivas hay algunas tan cotidianas como la aplicación del plan de riesgos laborales (artículo 31.3.a), la vigilancia de la eficacia de las medidas preventivas (art. 31.3.c), la información a los trabajadores (art. 31.3.d) o la prestación de los primeros auxilios (art. 31.3.e).

Pero si ahora ponemos en relación la norma sustantiva contenida en el reformado RSP con el tipo infractor tipificado en la LISOS relativo a la organización preventiva, hallamos aún más descoordinación normativa. En efecto, este tipo (art. 12.15.a) TRLISOS) no ha sufrido una modificación similar a la operada en el artículo 20.1 del RSP.

Se mantiene la opción solo de la sanción por la ausencia de organización preventiva, considerando alternativos los modelos de dicha organización preventiva, y en ningún caso se persigue la no la adecuación de la misma o la ausencia de recursos propios habiendo concertado un SPA. Es, por tanto, el referente legal sustantivo del tipo sancionador el texto inicial del art. 30.1 de la LPRL y no el modificado RSP: se sigue tipificando y calificando como

³³ En la STCE de 22 de mayo de 2003 sobre la normativa holandesa, similar a la española, la Comisión alegó que la ley holandesa no establece una jerarquía entre las distintas opciones disponiendo el empresario de una amplia libertad de elección entre la organización interna y externa mientras que la Directiva no le permite tal elección. Por su parte el TJCE declaró que permitir al empresario que opte constituye un incumplimiento de la Directiva, una de cuyas finalidades es favorecer la participación equilibrada de empresarios y trabajadores en la organización preventiva, garantizándose el efecto útil de la Directiva dando preferencia a la organización interna.

infracción grave **no designar a uno o varios trabajadores o no organizar o concertar un servicio de prevención**, pese a que el artículo 31.1 de la LPRL se remite en esta materia al desarrollo reglamentario previsto en la letra e) del artículo 6.

Consecuentemente, ya se considere que hay una incoherencia directa entre las reglas sustantivas nacionales y la comunitaria, prevalente, ya se considere, más matizadamente, que la inconsistencia se produce entre la norma adjetiva o de garantías administrativas de la regla o mandato comunitario -que sería, en última instancia, el referente a valorar-, lo cierto es que hay una defectuosa regulación. Y a este déficit jurídico se le ha sumado una mala praxis. Por lo tanto, la conjunción de ambos factores, exige reorganizar racionalmente la prevención en las empresas, reconociendo y dando empuje a modelos flexibles que promuevan la implicación de los recursos propios de la empresa en la organización de la prevención, aún con el auxilio de los ajenos, como establece el paradigma comunitario y ha sucedido en la mayor parte de las experiencias europeas. con recursos propios. Lo cual conllevaría la afectación del art. 30.1 LPRL, así como de su desarrollo reglamentario, y el artículo 12.15 a) TRLISOS.

La Proposición No de Ley referida presentada en el Congreso de los Diputados, sobre un diagnóstico absolutamente correcto -la externalización ha supuesto una mercantilización de la prevención al hilo de la propia evolución de los Servicios de Prevención Ajenos-, instaba al Gobierno:

- A iniciar un dialogo con las organizaciones sindicales y empresariales a los efectos de adoptar las modificaciones legislativas oportunas para potenciar la integración de la actividad preventiva en la empresa priorizando los servicios y medios propios del empresario frente a los ajenos, en la gestión de la prevención.
- A realizar las modificaciones legales oportunas, de los art 30 y ss. de la Ley 31/1995 de 8 de Noviembre por la que se aprobó la ley de Prevención de Riesgos Laborales, y el Art 10 y ss. del Real Decreto 39/1997 de 17 de Enero por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de Prevención, para que la prevención se desarrolle en la empresa.

Por ello, a fin de concretar normativamente ese programa de reforma legislativa, **se propone modificar:**

- **aquellos** preceptos de forma que recojan fielmente lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Directiva Marco: el empresario deberá designar, en todo caso, uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de prevención de riesgos laborales. En cierto modo, sería práctico y eficaz elevar a rango legal la previsión realizada en la norma hoy reglamentaria -art. 20.1 RSP-, de modo que el art. 30.1 LPRL prevea directamente que: *“Cuando el empresario no cuente con suficientes recursos propios para el desarrollo de la actividad preventiva, podrá desarrollarla a través de uno o varios servicios de prevención ajenos a la empresa, en los términos en que reglamentariamente se establezca, sin perjuicio de la regulación que a tal efecto pueda establecer la negociación colectiva. En todo caso, quedará asegurada la preferencia de los recursos internos sobre los externos”*
- Como es natural, deberá modificarse en coherencia el referido artículo 12.15 a TRLISOS para que el tipo infractor coincida con ese control no sólo de la preferencia por el recurso de naturaleza interna, sino por una razonable o mínima calidad preventiva del mismo.
- Asimismo, y a fin de garantizar que, cuando procedan, los servicios de prevención propios tengan una mínima garantía de solvencia para afrontar los riesgos reales de las empresas en las que se desarrollan, se hace necesario revisar el art. 15 RD 39/2007 (RSP), para que el empresario no sea completamente libre a la hora de elegir las Especialidades Preventivas -ahora sólo dos entre cuatro-. La elección no puede hacerse sólo por costes, sino que debe exigirse una adecuación entre las especialidades que se eligen y la prevalencia de riesgos presentes en cada empresa. De lo contrario, el resultado es que el “gran damnificado” es el “servicio médico” y, en consecuencia, la vigilancia de la salud laboral interna o propia de la empresa

c) “En busca del sujeto preventivo perdido”: ¿Qué fue y qué debería ser de la figura del “trabajador designado”?

No cabe duda que, al menos en su espíritu, y también en su letra, aunque no terminara de formularlo correctamente, como acabamos de explicar, la LPRL pensó en la relevancia del “recurso al personal preventivo propio”. Así se evidencia en la previsión de la figura del “trabajador designado” (art. 30.2 LPRL). El problema es que, nominado, se desentendió de él.

En efecto, ni fijó un estatuto profesional (competencial, contractual y de garantías de autonomía y efectividad de su actividad, ciertamente compleja y delicada) apropiado para hacerlo creíble, ni estableció unos medios básicos mínimos a su disposición ni, menos aún, hacía referencia alguna a un número mínimo o suficiente de personal de estas características. Al contrario, la LRPL fió, remitiendo en blanco, a la negociación colectiva la solución de esta más que nebulosa cuestión (Disposición Adicional 7ª RSP). La consecuencia ha sido la ya vista, quizás incluso con mayor ausencia, en otros espacios remitidos a la negociación colectiva: casi el más absoluto de los silencios. Son apenas un puñado, apenas representativo, de convenios colectivos los que hacen alguna referencia específica y útil a esta figura, por lo que bien puede entenderse que el “trabajador designado” es un “sujeto-recurso preventivo missing” (un sujeto desaparecido, sin siquiera entrar en “el combate” o en la “arena preventiva”).

El problema no creemos que esté -no obstante lo evidenciado por un sector del Grupo de Trabajo-, en el mayor o menor acierto en su denominación (“trabajador designado”), por lo que la solución difícilmente puede estar en estudiar otra denominación (ej.: “prevencionista profesional”), sino en una mejor regulación legislativa, que fije unas bases mínimas, obligatorias y precisas, en la propia Ley o en el desarrollo reglamentario, dejando luego, eso sí, su concreción, especificación y mayores desenvolvimientos a la negociación colectiva. Parece claro, por la experiencia de estas dos décadas, que la negociación colectiva, por sí sola, no puede garantizar la efectividad de esta figura, por lo que precisa de una regulación realmente promocional por parte de la legislación.

4.2. Sombras y luces en el Balance de los servicios de prevención mancomunados. La necesidad de una cierta revisión a fin de acotarlos de forma más precisa

Frente a quines constantemente reprochan a la LPRL, y a su sistema normativo, que sólo responde a un enfoque garantista, que sobrecarga las obligaciones de las empresas de todo tipo, en especial a las PYMES, elevando no sólo sus responsabilidades sino sus costes, lo que les llevaría a la “necesidad económico” de incumplir (una suerte de imposibilidad fáctica por pretendida excesiva onerosidad), hay que insistir una y otra vez que su modelo regulador responder a un enfoque eminentemente flexible, como venimos recordando y evidenciando. Tanto que, como hemos visto, se ha consagrado, aunque sea antijurídicamente, una libertad de opción empresarial. Pero esa flexibilidad organizativa aún va más lejos en el sistema, pues a través de la “invención reglamentaria” de una nueva figura de servicios preventivos, los “servicios mancomunados”, a caballo entre los “propios” y “los ajenos”, y sin referencia legal, se permitía mutualizar esfuerzos -costes- entre un buen número de empresas pequeñas

Como es conocido, la figura del servicio de prevención mancomunado -SPM- es de creación reglamentaria (artículo 21 RSP). Su singularidad, favorecedora de la flexibilidad pero también propiciadora de anomalías en la práctica, resulta manifiesta apenas se recuerde que, si bien pertenece a una pluralidad de empresas diversas, con autonomía jurídica, económica y organizativa, tiene la calificación de servicio de prevención “propio”. De tal manera que, una vez más -“quien hace el reglamento hace la trampa”-, el desarrollo reglamentario consiente una “fuga” del “sistema legal” de ordenación de la organización preventiva, puesto que el SPM aparece en ocasiones, bastante frecuentes -según la experiencia comentada por el sector de inspectores de trabajo que integraron el grupo de trabajo-, con un funcionamiento idéntico al SPA pero calificado, por el RSP, como servicio de prevención propio. Con ello, se permite el desviar la mirada hacia las empresas que forman parte del mismo, en cuanto a la calidad en sus funciones y a la exigencia de responsabilidad. Consecuentemente, en la práctica -evidenciada en el seno del Grupo de Trabajo por la experiencia inspectora-, algunos SPM se están valiendo tanto de la laxitud en la exigencia de los requisitos constitutivos como en su no condición de sujeto responsable administrativo para “funcionar como SPA encubiertos”, pero sin las exigencias normativas de funcionamiento ni la responsabilidad.

Por este motivo la reforma que se operó en el RSP por vía del D 337/2010 exige que “para poder constituirse, deberán disponer de los recursos humanos mínimos **equivalentes** a los exigidos para los servicios de prevención ajenos “ (art. 21.3 RSP). Sin embargo, al carecer de la condición de sujeto responsable no se le puede compeler a cumplir la normativa, por ello el citado artículo 21.3 *in fine* del RSP dice que “la autoridad laboral podrá formular requerimientos sobre la adecuada dotación de medios humanos y materiales”, sin que esto suponga que se pueda retirar una acreditación, que no existe, ni que se pueda iniciar procedimiento administrativo para exigir responsabilidad en calidad de SPM, debiendo dirigirse bien a las empresas que lo constituyen bien a la propia entidad que da forma al SPM para calificarla como SPA y actuar en consecuencia. La primera fórmula, dirigirse contra las empresas, puede ser injusta si la influencia de estas en el funcionamiento del SPM es mínima, mientras que la segunda, calificar al SPM como SPA, requiere probar un fraude de ley, con las grandes dificultades que ello conlleva y resultando además afectadas todas las empresas integrantes, que se quedarían sin organización preventiva.

Esta transformación de un servicio de prevención propio en un “SPA encubierto”, a través de la fórmula de los SPM, se produce especialmente en dos casos de los previstos normativamente para la constitución de un SPM:

- la pertenencia a un mismo sector productivo, sin ninguna otra limitación, o
- la situación dentro de un área geográfica limitada, sin que se concrete cuál es esa limitación. Un ejemplo de una práctica criticable, según lo expuesto, sería un SPM de la agricultura (mismo sector productivo) en Andalucía (área geográfica limitada).

En estos dos casos, a nuestro juicio, el nexo de unión o los argumentos comunes a las empresas que conforman el SPM son de una extrema debilidad frente a los otros supuestos: (1) un mismo centro de trabajo, (2) edificio o centro comercial, un (3) grupo empresarial o un (4) polígono industrial (o similar). En el resto de los supuestos, especialmente en el caso del grupo de empresas -o incluso de redes empresariales, con vínculos organizativos, económicos o contractuales, conforme a la previsión del art. 87.2 ET para la fijación de una nueva unidad funcional válida para la negociación colectiva-, el SPM alcanza su sentido como organización preventiva que facilita a las empresas el cumplimiento de la normativa de prevención sobre la base de un sólido nexo común entre las empresas que lo constituyen.

En cambio, la legitimación de un “servicio de prevención mancomunado” propio de un entero sector de actividad supone aceptar que actúa en miles de empresa. Este SPM mutaría entonces en una supraentidad similar a una entidad especializada ajena (SPA), en el que las empresas funcionarían como “asociadas” no como empresas “constituyentes”, ya que la influencia de las empresas que lo componen para fijar su funcionamiento, o como dice el art. 23.2 del RSP “ las condiciones mínimas en que tal servicio de prevención debe desarrollarse”, sería una entelequia debido a la magnitud del SPM que sin embargo contaría con dos grandes ventajas: de un lado no precisaría acreditación administrativa y de otro no sería sujeto responsable, trasladando la responsabilidad a todas las empresas que lo componen ya que el SPM se considera servicio de prevención propio (art. 21.3 RSP). Qué duda cabe que, desde una perspectiva de estricta garantía de competencia legal en el mercado, se pueden plantear graves problemas, si bien, que conozcamos, el sector de los “auténticos” SPA no han lanzado ofensiva alguna contra esta mala práctica de la modalidad del SPM (SPA encubierto), a diferencia de toda la campaña de “acoso y derribo”, con éxito final, que realizaron contra las “Mutuas” y sus sucedáneos, las sociedades mercantiles de prevención.

Insistimos en que la modificación del RSP por el RD 337/2010 modifica en parte esta negativa situación, ofreciendo soluciones concretas (obligación de constituir un SPP cuando exista la obligación legal y no se pertenezca a un grupo, prohibiendo la asociación a un SPM; regla de equivalencia con los SPA respecto de los recursos humanos y materiales exigibles (art. 21.4 RSP). Pero, precisamente, esas soluciones no hacen sino corroborar su cercanía a los SPA.

La Orden TIN\2504\2010 regula los recursos humanos y materiales de los SPM dentro de su Capítulo I, dedicado a la acreditación de las entidades especializadas como servicio de prevención ajenos. Si en el caso de los SPA se necesita acreditación de la autoridad laboral y esta constituye el punto de partida para verificar por la ITSS el mantenimiento de los requisitos que permitieron su funcionamiento o para comprobar si se excede en su actuación de lo contenido en la resolución estimatoria, los SPM no precisan de esta acreditación; basta la comunicación del acuerdo de constitución a la autoridad laboral y la puesta a disposición de la misma de la información relativa a las empresas que lo constituyen, grado y forma de participación³⁴, teniendo gran importancia la memoria anual a que hace referencia el artículo 7 de la Orden TIN\2504\2010. A este respecto la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social entiende que “cualquier variación en el número de empresas participantes implicará un nuevo acuerdo de constitución en la medida que ese cambio supone que el servicio habría de reputarse como nuevo y, en consecuencia, debería cumplir todos los requisitos y condiciones vigentes”. Pero lo cierto es que los instrumentos de control de los SPM que se establecen normativamente se centran en las empresas asociadas bajo una doble intervención, de un lado interna a través de los representantes legales de los trabajadores y de otro externa a través de la auditoría legal obligatoria, mientras que la capacidad de la autoridad laboral queda circunscrita a “formular requerimientos sobre la adecuada dotación de medios humanos y materiales” (art. 21.3 RSP), como se dijo más arriba.

Los SPA forman parte de los sujetos responsables listados por el artículo 2 de la LISOS, sin embargo los SPM no goza de esta calificación, tanto porque son considerados como servicios propios de las empresas que los constituyen como porque pueden tener o no personalidad jurídica diferenciada de las mismas. Esta circunstancia, unida al hecho de que la autoridad laboral solo pueda formular requerimientos, conduce a que las deficiencias en la

34 Según una consulta evacuada por la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 26 de marzo de 2013 dirigida a la Federación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPA) “de lo que se trata es que la autoridad laboral disponga de la información necesaria para conocer si un SPM tiene personalidad jurídica diferenciada o no, cuál es su estructura u organigrama, la forma en que se toman las decisiones en las cuestiones relativas al SPM y como participan las distintas empresa en todo ese proceso, lo que aportan (recursos humanos y materiales) y la capacidad que tiene cada una de ellas para intervenir en la gestión del SPM”.

constitución, medios o funcionamiento del SPM deban de imputarse a las empresas asociadas. En este punto, la inspección de trabajo viene reconociendo las dificultades de tipificación en la LISOS pues el tipo infractor contenido en el artículo 12.15.a) está destinado a la ausencia de organización preventiva pero no a la insuficiencia de la misma. Esta insuficiencia se pondrá de manifiesto en el adecuado cumplimiento de las actividades preventivas, para las que sí existen tipos infractores específicos.

Cierto, puede esgrimirse que siempre puede realizarse una interpretación amplia del tipo infractor, de modo que se entienda que sanciona también el no acudir a un SPA cuando los recursos propios sean insuficientes, lo cual tiene dificultades relevantes, como se sabe, en el marco de un derecho sancionador, que se caracteriza por interpretaciones restrictivas. Pero, en todo caso, lo que resulta forzado es sancionar a las empresas concretas por el motivo de que el SPM no cuente con los recursos humanos y materiales exigibles, para los que sirve como referencia los exigibles a los SPA. Razones de difícil imputabilidad y culpabilidad por imposible conocimiento y gestión, serían algunos de los argumentos esgrimidos bajo fundamento constitucional. Pensemos en el caso de una empresa que goza de un adecuado nivel de cumplimiento de la normativa en prevención, pero que forma parte de un SPM carente de los recursos exigibles respecto del conjunto de empresas y trabajadores que reciben su asistencia.

En suma, si bien somos partidarios de hacer un balance positivo de la existencia de la figura de los SPM, porque puede permitir dar una solución preventiva no sólo eficaz -tutela o protección equitativa o equivalente- sino eficiente a contemporáneas situaciones de pluralidad organizativa, mejorando la calidad del servicio y ahorrando costes, no es menos cierto que sus variadas posibilidades de constitución y funcionamiento han provocado fenómenos anómalos que la hacen ameritar o acreedor de una reforma legislativa. En atención a lo expuesto, se **propone por los autores** de este Estudio, siguiendo la fundamentada posición reflejada por el sector de inspectores de trabajo del Grupo creado para su desarrollo y contraste:

- Que los SPM se delimiten en la LPRL y no en el RSP
- Que se restrinjan sus supuestos, especialmente eliminando la opción del mismo en los casos de pertenencia a un sector productivo o a un área geográficamente limitada.
- Que se remita a la negociación colectiva para la promoción y mayor concreción de esta figura, dando un espacio significativo de intervención a la autonomía colectiva

Valoración de las resistencias estimadas a esta reforma legal.

Entendemos que no debería haber grandes resistencias a esta reforma, en la medida en que no se elimina la figura, sino que se precisa y acota con mayor eficacia y certidumbre, beneficiando tanto la calidad de esta figura organizativa como la competencia leal en el sector. Sindicalmente resulta asumible por la mayor protección que se promueve, evitando fraudes y bajas calidades prestacionales, y del lado empresarial también porque siguen existiendo amplias posibilidades, pero más racionales, a fin de adaptar esta figura a un tejido económico empresarial de pequeñas empresas, pero a menudo conectadas con diferentes vínculos que facilitan la mutualización de las obligaciones

4.3. La asunción directa por el empresario de la gestión preventiva ha resultado, en la práctica, un gran fracaso: se propone la reversión de las reformas expansivas

En cambio, nuestra valoración no puede ser más negativa en torno a la dbpñe ampliación -en 2009 y en 2013- de la modalidad de gestión directa por el empleador de la actividad preventiva. La práctica no sólo evidencia el más absoluto fracaso, sino que crea importantes problemas jurídicos, tanto en el plano sustantivo como competencial, sobre todo en relación a los dispositivos públicos creados para asistir gratuitamente a estos empleadores, como la célebre *Prevención10*, y luego *Prevención25* (aunque ha recibido el visto bueno del TCO). Así se plasmó en el artículo 30.5 LPRL, conforme al cual:

“En las empresas de hasta diez trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente las funciones señaladas en el apartado 1, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere el artículo 6.1.e) de esta Ley. La misma posibilidad se reconoce al empresario que, cumpliendo tales requisitos, ocupe hasta 25 trabajadores, siempre y cuando la empresa disponga de un único centro de trabajo”.

La propuesta aquí es bien sencilla: revetir la doble reforma legislativa, volviendo al modelo originario (habilitación sólo en las empresas de hasta 6 trabajadores), y sin perjuicio de exigir las debidas garantías en orden a contar con otros recursos -internos y externos-, según la actividad realizada.

4.4. ¿Cómo racionalizar y dignificar la profesión de “técnico de prevención de riesgos laborales”?: su necesaria configuración como una “profesión regulada”

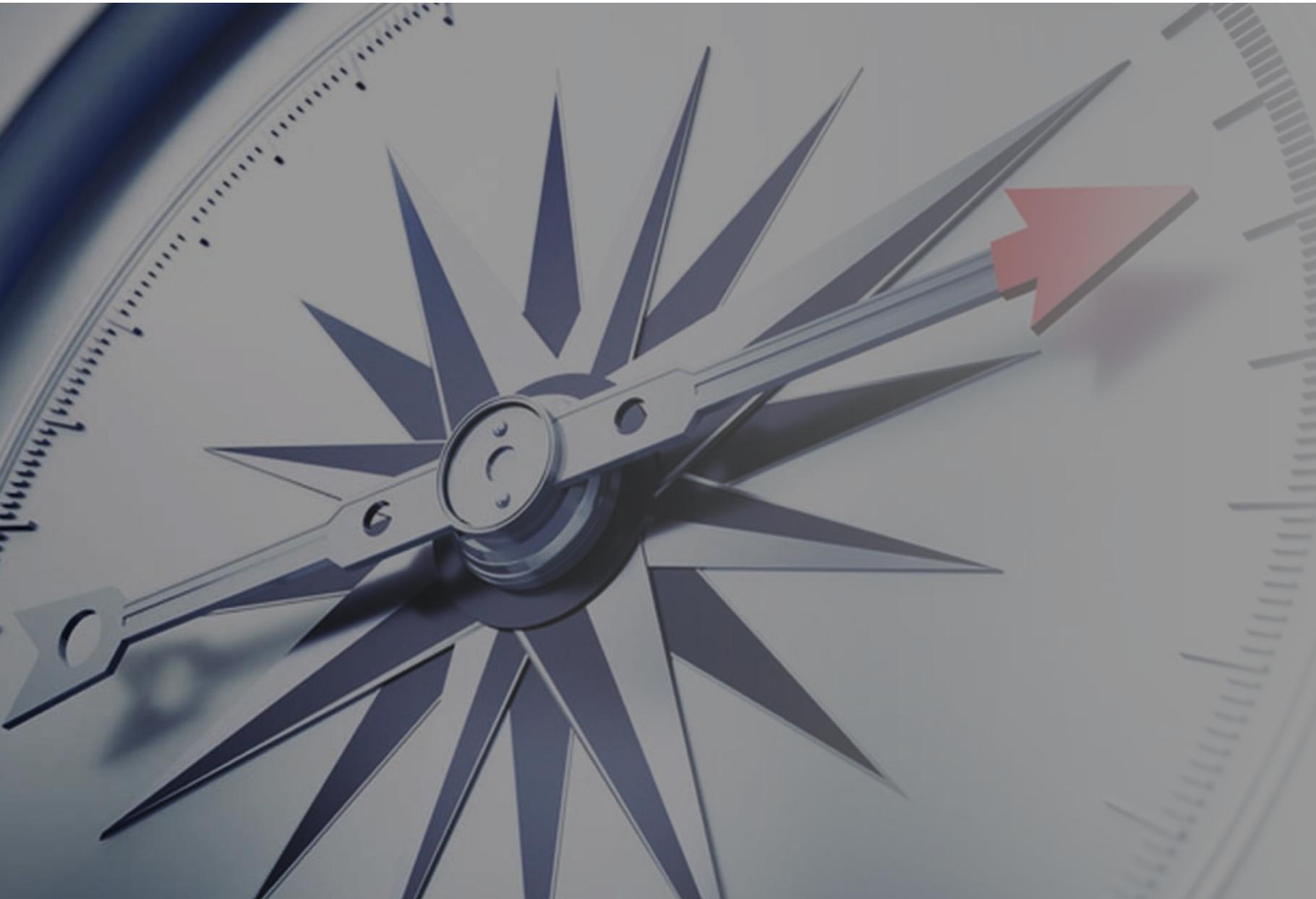
Pero si la externalización masiva de la actividad de prevención ha dado lugar a la emergencia y desarrollo de un nuevo mercado económico de servicios, el preventivo de riesgos laborales, mayor logro -paradójicamente de la LPRL-, eso no quiere decir que se trate de un mercado racionalmente ordenado. Más bien al contrario, hoy aparece caótico, irracional y, en todo caso, extremadamente desregulado. El estancamiento -y por tanto incertidumbre- de la negociación colectiva en el sector no es sino una prueba más de ello.

Consecuentemente, es preciso una regulación más racional y eficaz. Para ello no sólo se necesitan reformas legales, también una adecuada regulación profesional del sector, a través de la referida negociación colectiva, clave imprescindible que, no obstante, escapa a las posibilidades de este Estudio-Informe, no obstante su centralidad y relevancia. Ahora bien, nos parece -de forma unánime en el Grupo de Trabajo, no sólo para los autores del Informe- de todo punto necesario que, entre otros, la legislación -en vía reglamentaria-, lleve a cabo una revalorización de la profesión de prevencionista, hoy absolutamente devaluada, de modo que su prestación cotiza en el mercado, sí, pero a la baja. La figura del técnico de prevención debe revitalizarse y convertirá en una auténtica “profesión regulada”.

Los prevencionistas son la pieza clave del engranaje de la PRL. Por una parte, integrados en un servicio de prevención propio o ajeno, identifican los riesgos, evalúan los que no se pueden eliminar y proponen medidas correctoras, comprueban su aplicación e investigan accidentes de trabajo. Por otra parte, como profesionales liberales pueden ejercer en los campos del peritaje judicial, las auditorías, la formación complementaria a los puestos de trabajo, la aplicación efectiva de las medidas preventivas, la realización de planes de autoprotección y de planes de movilidad y seguridad vial. Todos estos distintos trabajos constituyen el fundamento de la seguridad y la integridad. Sin embargo los prevencionistas, además de un débil estatuto jurídico-profesional, con condiciones de trabajo inciertas y a la baja, no disponen de estructuras de representación de intereses adecuadas, legitimadas social y legalmente, a diferencia de las estructuras empresariales, que sí cuentan con las más diversas asociaciones.

Así, los prevencionistas no disponen, para una efectiva defensa ante los poderes públicos de sus intereses profesionales, de Colegio Profesional (salvo en algunas Comunidades Autónomas, como pone de manifiesto la Ley 1/2009, de 26 de marzo, de la Generalitat, de Creación del Colegio Oficial de Técnicos Superiores en Prevención

de Riesgos Laborales de la Comunitat Valenciana). Pero tampoco se sienten, hasta el momento, bien representados por los sindicatos, que tienden a considerarlos más cercanos a la empresa que a los trabajadores, pese a su evidente condición de trabajador, tanto si se trata de servicios propios como si se trata de servicios ajenos, la inmensa mayoría, como hemos visto. Todo ello exige un doble mayor desarrollo de los instrumentos de defensa de los intereses legítimos, económicos, sociales y laborales que le son propios: en el plano corporativo, de un lado, en sus relaciones con los poderes públicos, a fin de conformar una profesión regulada en sentido estricto, y en el plano laboral, de otro, en sus relaciones con los empleadores, a fin de potenciar el interés colectivo, lo que implica acción sindical y negociación colectiva.



5

Bloque relativo al sistema de derechos y obligaciones en materia de prevención de riesgos profesionales



5. BLOQUE RELATIVO AL SISTEMA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES

5.1. ¿Se precisaría alguna sistematización mejor, con carácter general?

Algunos integrantes del grupo de trabajo plantean la necesidad de una revisión de este tipo, clarificando mucho mejor qué obligaciones asume cada sujeto, público y privado. Sin duda, se busca precisión y claridad, para la mejora de la calidad preventiva.

Por su parte, la CEOE plantea también algo similar, pero con una intención bien diversa y más interesada, cuál es “una participación más activa de los trabajadores y las AAPP, fundamentalmente en términos de responsabilidad”. Se trata, pues, de desplazar en gran medida la carga tanto a los poderes públicos como a los propios trabajadores, en este caso sobre la idea, que la ciencia demuestra errónea, de que los accidentes de trabajo derivan en gran medida del “factor humano” -falta de atención, exceso de confianza - .

¿Qué correcciones se precisarían al respecto?

Entendemos que también la difícil diferenciación a veces, para autónomos, entre sujetos obligados y sujetos protegidos entraría en este aspecto. Incluso la dimensión de la empresa, pues si ahora incide en el modelo de organización preventiva, no hay quien deja de evidenciar la necesidad de adaptar también el alcance de la obligación, siempre que haya una tutela “equivalente

5.2. ¿Qué modificaciones concretas precisaría el deber de formación a fin de que resulte realmente eficaz y no meramente formal?

Nadie duda de la centralidad que adquiere el derecho-deber de formación (para el trabajador), por tanto la obligación-potestad (para el empleador), si bien también se ha puesto de relieve el extremado formalismo en su cumplimiento, resaltado en recientes sentencias e Informes de la ITSS. Si bien es una cuestión en la que hay notables experiencias convencionales (sector construcción, sector del metal), que evidencia cómo se puede avanzar sin necesidad de reforma legal, sino a través de la mayor implicación de la autonomía colectiva, no por ello debe desdiseñarse la opción de incidir en esta materia desde la Ley para mejorar su calidad³⁵.

35 La “Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020” señala a la formación como uno de los principales déficits del sistema preventivo español.

La vigente Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 presenta la obligación de formación no sólo como una garantía efectiva de mejora de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores (les asegura los conocimientos, aptitudes y habilidades), sino como una línea de acción indispensable para la efectiva integración de la prevención de riesgos laborales en la empresa, porque facilita implementar, para ambos sujetos de la relación de trabajo -empresarial y laboral-, una auténtica cultura preventiva en nuestro sistema, clave de bóveda. Pero, una vez más, hay que llamar la atención sobre las trampas de identificar la cantidad -que ha ido en notabilísimo aumento en estos años- con la calidad, pues esta sigue brillando por su ausencia. Los Informes Anuales de la ITSS de los tres últimos años constatan *“la escasa calidad de las actividades formativas en las empresas, siendo ésta más genérica y de carácter fundamentalmente teórico, siendo cada vez más frecuente la utilización de sistemas de formación a distancia u on line que en muchos casos no garantizan una formación teórica y práctica suficiente y adecuada a los riesgos específicos del puesto de trabajo”*.

A las erosiones del “principio de especificidad” -se forma sobre riesgos generales más que específicos- se suman las del “principio de efectividad”, pues crecen las formas de fraude en esta materia (como la firma de un documento por parte del trabajador señalando que se ha procedido a la misma; sustituir la formación por la entrega de Guías sobre la actividad realizada, desnaturalizando la obligación en una mera formalidad burocrática, como criticara con énfasis la interesante STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de enero de 2004, Rec. 566/2003, que alerta de cuán vulnerable es el trabajador al ser contratado, que no tiene otra opción que firmar el impreso cuyo contenido está previamente determinado por la empresa contratante). La referida Estrategia 2015-2020 es clara sobre el persistir de esta “deuda de cultura formativa transversal”, esto es, en todos los ámbitos concernidos, educativo y laboral: *“persiste la necesidad de impulsar la integración de la formación en prevención de riesgos laborales en el sistema educativo, actualizar y adecuar contenidos, tanto en el ámbito educativo como en el laboral, y promover la formación de colectivos que requieren un conocimiento específico en materia de prevención de riesgos laborales para el buen desempeño de sus actividades”*.

En el ámbito educativo-profesional, esa deuda pendiente se plasma en la formación misma del “Técnico en Prevención de Riesgos Laborales”, profesión desregulada donde las haya y eso contribuye en extremo al deterioro de este “mercado profesional”, que contribuye al propio desgaste del “mercado de servicios” preventivos. En este punto, si bien se han dado pasos importantes en el sentido de garantizar una impartición de calidad en las Universidades y bajo la supervisión del Ministerio de Educación, sigue existiendo lagunas y disfunciones.

Uno de los más significativos problemas es el contenido de dicha formación ya que las Universidades que imparten el Grado o el Máster Oficial en Prevención de Riesgos Laborales toman como base el contenido mínimo prescrito en el Anexo VI del RD 39/1997, de 17 enero, Reglamento de los Servicios de Prevención. Sin embargo, una comparativa entre todas ellas permite concluir que existen importantes desigualdades en los contenidos que no obedecen a razones objetivas sino a que el sistema precisa de una labor revisora y unificadora. A lo anterior, se añade que sería aconsejable introducir algún mecanismo de control adicional para la formación on line pura (quizá sólo presencial o semipresencial y la pura on line sujeta a más controles). Por lo tanto, se necesitaría una reforma de la legislación educativa, incluida la de las Universidades para asegurar una elemental homogeneidad y desarmar las prácticas de competencia desleal que hoy sigue existiendo, también entre Universidades en esta materia.

Entre las propuestas en el ámbito laboral estrictamente:

a) Delimitación del alcance y contenido de la obligación de formación preventiva en aras de una mayor eficacia y seguridad jurídica

Cuando se critica, tanto desde el punto de vista empresarial cuanto desde el técnico, la concreción y ambigüedad de la normativa de prevención de riesgos laborales, postulando una reforma de “clarificación” de su contenido, en especial del alcance de las obligaciones del empleador, siempre emerge la llamada a especificar el deber de formación preventiva ex art. 19 LPRL. Como es bien sabido, resulta uno de los que acuden al doble estándar, tan recurrente en la LPRL, de fijación de su contenido mediante la remisión/apertura a los conceptos jurídicos indeterminados “suficiente” -cantidad (intensidad necesaria)- y “adecuada” -calidad (adaptada a sus competencias y necesidades)-: *“En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación suficiente y adecuada”*. En este sentido, se pide configurar al precepto con mayor seguridad jurídica a trabajadores y empresas en relación con la obligación formativa, resolviendo las dudas interpretativas que la redacción original del precepto viene generando en su aplicación práctica, que conoce interpretaciones administrativas y judiciales divergentes (STSJ Andalucía/Sevilla, 12 de marzo de 2014, Rec. 906/2013; STSJ Galicia, 30 de junio de 2014, Rec. 5940/2012; STS, Tercera, 23 de septiembre de 2009, Rec. 6213/2007).

De este modo, cuestiones tales como la actualización e intensificación del deber de formación, en especial cuando se produzcan ciertas situaciones relevantes hoy más frecuentes, aunque no impliquen daños -accidentes de trabajo y/o enfermedades laborales-, como en los casos de modificaciones organizativas y/o productivas, en especial si

afectan a las condiciones de trabajo -materiales o contractuales ex art. 4.7 LPRL-, pero también fijando legalmente una periodicidad mínima -anual, por ejemplo- o la clarificación de las modalidades de impartición y sujetos habilitados para ello deberían merecer atención especial. Pero ¿quién y cómo se hace?

Una mirada a experiencias comparadas, más o menos próximas, pero todas dentro del mismo marco comunitario de regulación de riesgos laborales, permite verificar cómo en estos años ha habido diversas experiencias nacionales que han evolucionado en una dirección más comprometida con un enfoque concreto, no genérico, de la formación preventiva. Así, de un lado, resulta especialmente destacable el completo sistema formativo establecido en Rumania (Ley 319/2006 y desarrollo por Decreto 1425/2006). De otro, destaca el sistema italiano, cuyo art. 37 Decreto Legislativo n° 81, de 9 de abril de 2008, establece unos contenidos mínimos de la formación preventiva, remitiéndose a un desarrollo reglamentario posterior para su mayor concreción.

Pues bien, con el fin de clarificar los puntos dudosos emergidos en estos años y dotar, en consecuencia, de la mayor seguridad jurídica “posible” a todos agentes el proceso de acción o gestión preventiva, podría pensarse en un modelo regulador mixto y flexible análogo al de Italia, e incluso el de Rumanía. Así, de un lado, el texto legal debería precisar algo más aquellos aspectos del deber formativo que aseguren su impartición real y adaptada, ahuyentando las -actuales- prácticas formativas “meramente testimoniales” o “de papel”. De otro, para mayor especificación o concreción debería -podría- incluir una regla de remisión formal al desarrollo reglamentario de unos contenidos mínimos y de carácter orientativo, adaptados a criterios sectoriales. Actuaría a modo de “Guía oficial” orientativa que permita integrar la obligación de formación preventiva, pero sin perjuicio del esencial papel que la negociación colectiva ex art. 2.2 LPRL, siguiendo las mejores prácticas disponibles (construcción, metal, madera o vidrio).

De este modo, el nuevo art. 19 LPRL podría quedar más o menos como sigue, estructurándose en tres apartados, que clarifican y amplían el actual primero, añade un nuevo apartado y se especifican los sujetos habilitados para impartir la formación en el art. 19.3 (anterior 19.2 LPRL). Así:

“1. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba, de forma realmente accesible, atendidas sus circunstancias profesionales y personales, una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva:

- a) *En el momento de su contratación, cualquiera que sea su modalidad o duración*
 - b) *Cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe*
 - c) *Cuando se generen daños derivados del trabajo o incidentes con trascendencia, así como en los casos de reincorporación de los trabajadores tras procesos de incapacidad temporal prolongados. En defecto de previsión en convenio colectivo o acuerdo de empresa, se entenderá prolongado, en todo caso, periodos superiores a 6 meses*
 - d) *Cuando se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo*
 - e) *Cuando se produzca cualquier otra modificación de las condiciones de trabajo que pueda implicar un factor de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador*
- La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de todo tipo de riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente cuando resulte necesario. En todo caso, los trabajadores de la empresa deberán recibir la formación preventiva contenida en el presente artículo con carácter anual.*

2. En defecto de negociación colectiva, los contenidos, modos y términos de la impartición de la formación preventiva se realizará conforme al reglamento que desarrolle del deber empresarial de formación preventiva establecido en el apartado 1.

3. La formación preventiva deberá impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en la misma. La formación se podrá impartir por la empresa mediante medios propios o concertándola con servicios de prevención ajenos³⁶, y su coste no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores.”

b) Formación preventiva obligatoria y específica para el empleador y demás personal con función de gerencia

Es comúnmente asumido que no puede haber calidad y eficacia preventivas sino hay, al mismo tiempo, una plena conciencia empresarial sobre la trascendencia de la prevención de riesgos laborales no ya sólo para mantener un estándar de seguridad de su proceso productivo adecuada, sino incluso como imperativo para obtener su mejora competitiva.

³⁶ Se clarifica legalmente la duda interpretativa surgida en la práctica y resuelta en tal sentido por *Respuesta de la Subdirección General de Ordenación Normativa de 7 de febrero de 2014* (DGE-SGON-479AV).

Este imperativo de implicación útil empresarial en la acción preventiva suele reflejarse a través de la llamada al principio de integración de aquella en el sistema de gestión de la organización productiva. Pero para que el principio de integración asuma una vertiente de implicación directa y personal en la política preventiva por parte del empleador no hace falta acoger el modelo de gestión directa, según la previsión, hoy absolutamente fallida en la práctica, del art. 30 LPRL, sino que sería mejor -más pragmático- plantearse la conveniencia de imponer legalmente al empresario (también al personal con funciones directivas en la empresa), la necesidad de acreditar un adecuado plan formativo que les dote de competencias, habilidades y actitudes suficientes para el diseño, planificación, ejecución y revisión del plan de prevención de riesgos laborales³⁷.

Como vienen constatando, desde hace tiempo, la práctica totalidad de las Estrategias, la nacional y las autonómicas, en esta materia³⁸, uno de los mayores déficits de nuestro sistema de seguridad y salud es la ausencia de una suficiente conciencia preventiva en los órganos directivos de las empresas, causa última de su déficit de integración preventiva -realmente la externalización como modalidad organizativa preferente de la prevención de riesgos laborales es consecuencia más que causa de éste déficit-. Por ello, la formación de los empresarios y personal directivo con funciones clave en los procesos y sistemas de gestión se revela clave a tal fin, como en su día lo fuera la cuestión de la “calidad industrial”. Salvo alguna normativa de carácter sectorial y convencional (regulación profesional sectorial)³⁹, no existe ningún precepto legal que obligue a los empresarios y directivos a seguir algún tipo de acción formativa en materia de prevención de riesgos, más allá, claro está, de acciones voluntarias llevadas a cabo por organizaciones sectoriales y empresariales, que no gozan de la generalización necesaria.

37 Este planteamiento ha sido desarrollado por el profesor Guillermo García González y se ha acogido por los autores e intervinientes de este Estudio de forma unánime, dada la relevancia de la medida y su sentido práctico, pese a eventuales resistencias por parte del sector empresarial que puedan sentir una cierta “invasión” en sus programas de formación de capacidades gestoras. Pero la existencia de experiencias convencionales en tal sentido avalarían que se generalizara.

38 Vid. Estrategia Española 2015- 2020) y Estrategia Vasca 2015- 2020)”; NTP nº 830 “Integración de la prevención y desarrollo de competencias” y NTP nº. 961 (“Concienciación de directivos en PRL (I): fundamentos”) y NTP nº. 962 (“Concienciación de directivos en PRL (II): estrategias).

39 Vid. Ley 32/2006 y por el RD 1109/2007 (art. 12) y experiencias en construcción, metal y madera sobre el deber de formación obligatoria directiva.

El precedente puede ser el art. 12 RD 1109/2007 (para el sector de la construcción). Se propone que el art. 16.1 LPRL incorpore un nuevo párrafo con un tenor análogo al siguiente:

“El empleador, así como las demás personas que ejerzan funciones de dirección en la empresa, deberá contar con la formación necesaria para integrar la prevención de riesgos laborales en el conjunto de las actividades y decisiones empresariales”.

La cuestión que se plantea es qué sujeto regulador debiera fijar el régimen específico de esta formación obligatoria, dotándolo de un contenido mínimo y clarificando el modo de impartición de aquélla. Descartando que sea la propia Ley la que lo fije, pues se trata de un contenido preciso y específico propio de un desarrollo reglamentario o de la regulación convencional, queda la duda de a qué fuente se remite formalmente esta labor de concreción del deber legal. Así, mientras unos proponen que el precepto añada que *“Reglamentariamente se delimitará el contenido, término y modo de esta formación que, en todo caso, deberá tener una duración no inferior a diez horas”*, otros consideran que el espacio más adecuado sería el de la *“negociación colectiva”*. La primera fórmula tiene la ventaja de su eficacia general y su mayor coercibilidad, como norma erga omnes obligatoria, pero el inconveniente del retorno a un extremado intervencionismo reglamentista; la segunda tiene la ventaja de la flexibilidad reguladora, que permite a cada sector y/o empresa una formulación adaptada, facilitando el encuentro de voluntades, pero el inconveniente de su carácter sectorial y voluntario, pues no parece razonable configurarlo como un nuevo contenido mínimo de la negociación colectiva.

Se trata de una consolidada y solvente demanda “técnica” que cuenta ya con más de una manifestación en la normativa sectorial profesional, por lo que gozaría del beneplácito de las representaciones de los trabajadores y el conocimiento de las organizaciones patronales. Se sugiere por ello, pese a sus posibles inconvenientes, seguir el esquema marcado por la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, y por el citado art. 12 RD 1109/2007 que la desarrolla, lo cual debe facilitar su implantación y asimilación por los destinatarios de la medida⁴⁰. En este sentido, el art. 12.2 del referido RD es muy útil, por su función promocional de la negociación colectiva, al tiempo que el apartado 4 de este precepto ofrece igualmente una fórmula muy razonable para asegurar que la técnica de remisión a la autonomía colectiva no devalúe el deber legal. Así, de un lado, se recordará que el art. 12.2 RD 1109/2007 dispone que:

40 De este modo, los contenidos deberían ser similares a los establecidos por el RD 1109/2007

“2. Sin perjuicio de la obligación legal del empresario de garantizar la formación a que se refiere el apartado anterior, los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal podrán establecer programas formativos y contenidos específicos para los trabajos de cada especialidad, incluidos los referidos al personal que ejerce funciones de dirección”⁴¹.

Por su parte, el apartado 4 del citado precepto reglamentario dice que:

“4. En defecto de convenio colectivo, el requisito de formación de los recursos humanos a que se refiere el artículo 4.2 a) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, se entenderá cumplido cuando concurren las siguientes condiciones:

- a) Que la organización preventiva del empresario expida certificación sobre la formación específica impartida a todos los trabajadores de la empresa que presten servicios en obras de construcción.*
- b) Que se acredite que la empresa cuenta con personas que, conforme al plan de prevención de aquélla, ejercen funciones de dirección y han recibido la formación necesaria para integrar la prevención de riesgos laborales en el conjunto de sus actividades y decisiones.”.*

La cuestión es la siguiente: ¿se remite al desarrollo reglamentario, como hace la Ley 32/2006, o la LPRL remite directamente a la negociación colectiva en los términos de la norma reglamentaria, asegurando su carácter general?⁴²

41 Conforme al apartado 3 del art. 12 RD 1109/2007: *“La negociación colectiva sectorial de ámbito estatal podrá establecer un sistema de acreditación de la formación recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales en el Sector de la Construcción, siempre que dicho sistema sea único y tenga validez en el conjunto del sector y del territorio nacional.”*

42 Las dudas parecen estar en la propia Ley. Así, el art. 10.3 Ley 32/2006 establece que: *“Dadas las características que concurren en el sector de la construcción, reglamentariamente o a través de la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, se regulará la forma de acreditar la formación específica recibida por el trabajador referida a la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción”.* Previamente, el apartado 2: *“Sin perjuicio de la obligación legal del empresario de garantizar la formación a que se refiere el apartado anterior, en la negociación colectiva estatal del sector se podrán establecer programas formativos y contenidos específicos de carácter sectorial y para los trabajos de cada especialidad”.* El art. 4. 2 e) prevé -para contratistas y subcontratistas- : *“Además de los anteriores requisitos, las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos de una obra de construcción deberán también:*

a) Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. (...).”

5.3. ¿Cómo podemos concretar el deber de adaptación razonable que establece, como principio general, los arts. 15 y 25 LPRL, de modo que se proteja de forma eficaz a los “colectivos especialmente vulnerables” y a las personas “especialmente sensibles”?

Una clave fundamental en la delimitación del contenido del deber de protección eficaz está en adaptarse a los diferentes colectivos en función de su “vulnerabilidad”. Aquí surgen diversas cuestiones:

- ¿Quiénes son esos colectivos realmente? ¿Conviene listarlos mejor?
- ¿Cómo actualizar referencias obsoletas, como en el caso de los jóvenes y actualizarlos a sus riesgos actuales? ¿el régimen de protección de la maternidad, más allá del enfoque de género intensificado, requiere algunas concreciones, revisiones, retoques?
- ¿Habría que remitir a desarrollos reglamentarios o a los convenios colectivos las mayores concreciones?
- ¿Sería adecuado generalizar, con adaptaciones necesarias, el esquema secuencial previsto para las trabajadoras embarazadas en caso de riesgo biológico?

a) Delimitación del régimen preventivo de los trabajadores especialmente sensibles

Como una concreción para determinadas personas del principio jurídico-preventivo general relativo a la adaptación del trabajo a la persona (enfoque ergonómico de la prevención de riesgos ex artículo 15 LPRL), el artículo 25 LPRL especifica el deber de protección eficaz de “*los trabajadores especialmente sensibles*”. El general deber empresarial de adaptación del puesto de trabajo a todo trabajador hallaría, pues, una concreción especial, prioritaria y más exigente, para estos trabajadores, que delimita, una vez más, remitiendo a cláusulas generales o a conceptos jurídicos indeterminados. Consecuentemente, también esta norma viene siendo blanco preferido de quienes critican tan recurrente técnica legislativa, responsabilizada por la inseguridad jurídica creada a las empresas respecto de esta serie de obligaciones específicas, que terminaría desincentivando su incumplimiento y, por lo tanto, generando también incerteza y desprotección a estos trabajadores. Buena prueba de ello sería, una vez más, las múltiples dudas interpretativas que la redacción vigente estaría generando en su aplicación práctica. Asimismo, se ha evidenciado una cierta desconexión o descoordinación, normativa, pero muy en especial práctica, entre esta regulación y la del despido objetivo por ineptitud sobrevenida ex art. 52 letra a) ET, sin relación preferencial alguna de aquella sobre ésta, que conviene corregir. Finalmente, debe depurarse cierta redacción del precepto, como la que hace referencia a las personas con discapacidad, cuya presencia aquí es contraproducente.

A la genérica e incompleta redacción del art. 25 LPRL también se imputa directamente la causa de los numerosos conflictos interpretativos, calificándose de confusa redacción, a su vez fuente de resoluciones judiciales contradictorias y su consecuente inseguridad jurídica -y desigualdad- aplicativa. De modo que, como se dijo al inicio del Estudio, una técnica legislativa deliberadamente elegida, superando las limitaciones de la precedente -fuente reglamentaria y técnica detallista-, para introducir dinamismo y flexibilidad en la gestión preventiva, terminaría revelándose como una fuente inagotable de incertidumbres aplicativas, mutando la finalidad inicialmente buscada de favorecimiento de la eficacia protectora en la contraria, en ineficacia⁴³. Por eso, se viene proponiendo una reforma del art. 25 LPRL que, a imagen y semejanza del que debería servir como referente básico del conjunto, el art. 26 LPRL (protección de un colectivo de personas especialmente sensibles, si bien por razones biológicas sólo transitorias, como son las mujeres embarazadas -y durante la lactancia natural-), integre un conjunto de obligaciones preventivas concretas y ordenadas jerárquicamente, ajustadas a los principios preventivos que dimanarían de los arts. 14 y 15.1 d) LPRL.

En la reformulación del precepto se atiende a las siguientes consideraciones:

- Conviene distinguir entre los “grupos especialmente vulnerables” y los “trabajadores especialmente sensibles”, asumiendo los primeros dimensión colectiva y ésta individual
- El general deber de adaptación del puesto a la persona es prioritario para los trabajadores especialmente sensibles, siendo obligación principal (STSJ Navarra, 22 de enero de 2010)
- La conformación de las medidas novatorias como subsidiarias. A tal fin, cualquier medida empresarial novatoria -movilidad funcional; sólo excepcionalmente geográfica- debe ir precedida de un informe razonado del servicio de vigilancia de la salud, protagonista aquí.
- Garantizar legalmente y de forma expresa que el despido objetivo ex art 52 a) ET tan sólo se producirá como una auténtica última ratio, en términos análogos al art. 26 LPRL, si bien hay que tener en cuenta que para este caso hay un sistema prestacional social facilitadoras de medidas provisionales o transitorias -suspensión cubierta con una prestación-, lo que, a día de hoy, no existe para estos otros casos. La extinción procederá, pues, únicamente cuando “*dicho cambio de puesto no resultara razonablemente exigible al empleador por motivos suficientemente justificados y de carácter objetivo*”. Se ajusta el tenor del precepto su sentido práctico actual (la interpretación

43 Vid. MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 27- 82.

jurisprudencial rechaza imponer al empleador la creación de un puesto *ex novo*, siendo esencial el criterio de la vacante previa)⁴⁴.

En la doctrina científica, y en el seno del Grupo de Trabajo de este Estudio, se plantea si, en caso de imposibilidad técnica o excesiva onerosidad del deber de adaptación -que ha de ser siempre razonable, conforme a la jurisprudencia comunitaria en la materia-, la protección especial ha de ajustarse estrictamente a las reglas de la novación funcional ordinaria, con un descarte claro tanto de la movilidad funcional extraordinaria, por resultar gravoso para el poder de dirección empresarial, cuanto de la movilidad geográfica, por analogía con el art. 26 LPRL, o de si es posible, en cambio, establecer un régimen propio, adaptado a la preferencia del derecho en juego: la integridad psicofísica de la persona y su derecho a la salud. Al respecto, conviene tener en cuenta la jurisprudencia social en la materia, conforme a la cual, las eventuales novaciones -adaptativas principalmente o, subsidiariamente, modificativas- en el puesto de trabajo, “de ida y, en su caso, vuelta” -cuando la inadaptación sea transitoria (la STSJ Cantabria de 2 de noviembre de 2007, que había legitimado un cambio de puesto por estrés laboral, reconoce el derecho al retorno al puesto originario)-, vendrían impuestas directamente por exigencias de “protocolos de seguridad y salud laboral”, obligatorios para los empleadores, por lo que no siguen el régimen típico de la potestad de novación contractual -ni ex art. 39 ni ex art. 41 ET- (STS, 4ª, 18 de diciembre de 2013, RCU 2566/2012)-. En suma, los eventuales cambios no derivan directa o inmediatamente de decisiones empresariales (típica facultad novatoria o *ius variandi* empresarial) sino de la obligación legal de protección eficaz, que da preferencia al derecho a la salud sobre las facultades empresariales -también de sus límites en garantía de la posición contractual de los trabajadores-.

Por lo que respecta a la ilustración de Derecho Comparado, a fin de seguir con uno de los hilos básicos de este Estudio, cuál es ofrecer no sólo razones para la reforma propuesta sino experiencias concretas en el ámbito europeo comunitario que puedan ilustrar la decisión nacional, conviene poner de relieve que hay también dos grandes modelos referenciales, en atención a su propia cultura de regulación jurídica, en esta materia y general. De un lado, está el modelo de Derecho Continental, basado en la preferencia del imperio de la Ley por encima de los estándares judiciales y de la propia negociación colectiva. En este modelo, destacaría Bélgica (Real Decreto de 28 de mayo de 2003, sobre vigilancia de la salud - arts. 34 y 48-73- en relación con el art. 34 de la Ley sobre los contratos de trabajo de 3 de julio 1978) que, en el plano de la garantía de control técnico de la decisión, otorga un especial protagonismo al servicio de vigilancia de la salud y, en el plano de los límites de razonabilidad de la misma, incluye

44 STSJ Navarra, 25/3/2009, Rec. 442/2008 y STSJ Cantabria, 30/1/2008, nº rec.1143/2007.

expresamente los motivos económicos como motivo de inexigibilidad del deber de adaptación y/o recolocación. Análogo es el sistema francés (L. 4624-6 Código de Trabajo), si bien, fiel a su mayor intervencionismo público, atribuye a un tercero la resolución del eventual conflicto entre el criterio médico y el empresarial: deciden los órganos inspectores.

De otro lado, está el modelo de Derecho anglosajón, más reactivo a la intervención del legislador y más partidario, en cambio, de los estándares generales de gestión, capaces de ser adaptados a diferentes situaciones atendiendo a las circunstancias concretas en cada tiempo y lugar. Así, el sistema preventivo británico (como el de Estados Unidos o del Canadá), que carece de disposiciones preventivas específicas en relación a los trabajadores especialmente sensibles, apuesta la solución al estándar de adaptación razonable, del que deriva soluciones únicas y concretas para cada caso. A tal fin, sigue el estándar de la “*carga excesiva*” (la “*undue hardship*”) para determinar la procedencia -si el coste es proporcionado al fin buscado- o no -si resulta irrazonablemente gravoso- de la adaptación del trabajo a la especialidad de la situación del trabajador. En gran medida se identifica con el deber de adaptación o *ajuste razonable* del puesto de trabajo a las personas con discapacidad (art. 40.2 del Decreto Legislativo 1/2013, 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social -TRLGDPD-⁴⁵), aunque, como ya se advirtió, no por ello se justifica el vigente inciso que precisa la inclusión en este colectivo de “aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial”, porque ni las personas con discapacidad, como colectivo, se identifica con personas de especial sensibilidad preventiva, ni éstas, en su individualidad, tienen por qué tener “discapacidad” alguna.

45 “2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una **carga excesiva** para el empresario.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.”

Por nuestra parte, se propone seguir el modelo que no es más propio, el Derecho de corte Continental, también porque la existencia de experiencias típicas del modelo anglosajón -como es, justamente, el referido art 40.2 TRLGDPD-, no han dado buenos frutos. Por eso, proponemos⁴⁶ que el art. 25 LPRL se estructure en tres apartados, dividiéndose el actual 25.1 en dos apartados diferentes, 25.1 y 25.2 (coincidentes con la actual separación por párrafos de dicho precepto), y manteniéndose la redacción del actual 25.2. Partiendo de esta estructura cabría sugerir la siguiente redacción del art. 25.1 LPRL:

“1. El empleador garantizará de manera específica la protección eficaz de cualquier trabajador que, por sus características personales o estado biológico conocido, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Las evaluaciones de los riesgos cuidarán de atender adecuadamente a estas circunstancias y, en función de aquéllas, el empleador adoptará, a la luz del informe elaborado por el servicio de vigilancia de la salud de la empresa, las siguientes medidas:

Si de la evaluación de riesgos se derivara la existencia de un riesgo para la salud del trabajador especialmente sensible o de terceros, el empresario estará obligado a la adaptación del puesto de trabajo necesaria para evitar el riesgo.

Cuando dicha adaptación no resulte eficaz para el fin preventivo o no sea razonable por exigir una carga excesiva, el empresario deberá asignar al trabajador a un puesto de trabajo diferente y compatible, dentro de su grupo profesional, si existe. En el supuesto de que no existiese puesto de trabajo o función compatible, siempre previa certificación del servicio de vigilancia de la salud, el trabajador afectado tendrá prioridad para ser destinado a un puesto no correspondiente a su grupo profesional. Sólo si la adaptación o, en su caso, el cambio de puesto de trabajo no proceden por motivos objetivos suficientemente justificados podrá extinguirse el contrato de trabajo en los términos del art. 52 a) ET

(...).”.

46 Se sigue la propuesta realizada por el profesor Guillermo García González (Universidad Internacional de La Rioja- UNIR), si bien significativamente corregida en varios aspectos por los autores del Estudio a partir del debate en el grupo de trabajo seleccionado a tal fin y su propia posición.”

Por su parte, el artículo 2. m) TRLGDPD define “ajuste razonable” como “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos*”.

Con esta reforma legislativa, que no hace sino traducir en letra de la Ley la palabra jurisprudencial, ambos sujetos de las relaciones de trabajo ganan: los trabajadores claramente en protección, los empleadores en seguridad jurídica. Asimismo, se da el debido protagonismo a los servicios de vigilancia de la salud en una materia tan delicada como ésta. La negociación colectiva debió tener capacidad suficiente para cubrir esta manifiesta laguna de regulación, pero no fue así, limitándose a remitir a la LPRL, con lo que se consolidó un círculo vicioso, de remisiones implícitas y explícitas. Ahora se propone una reforma de clarificación legislativa del régimen jurídico (aplicación jurisprudencial mayoritaria) ya existente, aunque poco practicado, sin devaluarlo ni sobrecargarlo. Somos conscientes de que en un contexto de empresas más bien pequeñas, ni la adaptación del mismo puesto ni la novación de puesto, resultará viable en un buen número de casos, por lo que la extinción indemnizada será a menudo la solución. Sin embargo, conviene que la Ley evidencie que, al margen de la situación concreta en cada caso, para la que siempre habrá respuesta flexible y razonable en el sistema, con debidas garantías, la extinción debe ser la última ratio, primando la gestión de “flexibilidad interna” sobre la tradicional de “flexibilidad externa” -despido-, también aquí, jerarquizando debidamente esta relación -lo que no sucede ni en la LPRL ni en el ET-. Cosa distinta es que sea recomendable, en atención a las dificultades para empresas de menores dimensiones, incentivar públicamente las mejores experiencias o prácticas en materia, como se prevé en diversos supuestos

b) Mejoras en el régimen de protección de la maternidad: la necesidad de una mayor facilidad cognitiva de la situación y precisión de los sujetos competentes de la acción

Más preciso que el art. 25 LPRL, la protección de las trabajadoras frente a los riesgos biológicos derivados de las situaciones de embarazo y lactancia natural ha conocido cambios normativos -Anexo VII RSP- de relieve tras la LPRL, cuya regulación era deficiente. También ha habido notables progresos en los instrumentos técnicos (NTP 992/2013) orientados a mejorar su aplicación práctica, pues la efectividad normativa todavía brilla por su ausencia. Una prueba ilustrativa de estas persistentes dificultades es la extraordinaria frecuencia con que se producen demandas por parte de las trabajadoras para lograr la garantía de su derecho, llegando a menudo hasta el Tribunal Supremo, lo que da idea ya de por sí de la gran conflictividad y también de lo dilatado de estos procesos, que terminan, en la mayor parte de los casos, avalando la negativa empresarial a adaptar⁴⁷.

Por lo tanto, además de insistir en las vías de progreso técnico en la aplicación de las normas en la materia, cuya

47 Vid. MIÑARRO YANINI, M. -MOLINA NAVARRETE, C. “*Perspectiva jurídica de los 20 años de PRL*”. En. AAVV. 20 Años de la LPRL. UGT-CEC. 2015. pp. 508 y ss.

prioridad derivan aquí de su conexión también con el derecho a la no discriminación por razón de sexo-género ex art. 14 CE, conviene hacer algunos retoques en la regulación normativa para promover y facilitar la gestión preventiva de estas situaciones de riesgo especiales o particulares. En algunos casos no debiera plantear mayor problema, en la medida en que se trata bien (1) de dotar de mayor protagonismo a los servicios de vigilancia de la salud en relación con la protección de la maternidad, así como de (2) delimitar con más precisión los organismos competentes en relación con el régimen preventivo establecido por el art. 26 LPRL. Pero en otros, como (3) la eventual obligación de las trabajadoras de comunicar su estado, aun sólo a los efectos de facilitación de la gestión preventiva, no deja de plantear más de una dificultad en el plano jurídico, por más que pudiera ser recomendable en el plano de la técnica preventiva.

En efecto, plenamente asumible por empresarios y trabajadores debiera ser el precisar un “olvido” del régimen jurídico protector de la maternidad: obvia a los servicios de vigilancia de la salud laboral (claves según el art. 31 LPRL), refiriendo solamente a los servicios públicos. En este sentido, se propone atribuirles la competencia para poder certificar la necesidad de movilización de la trabajadora, si bien se mantiene la necesidad del informe médico de los servicios públicos de salud. Además, se considera que la atribución actual de competencias a las -hoy- “Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social” respondería más a una eventual finalidad prestacional que estrictamente preventiva, lo que debe también corregirse.

Llamativo desde este punto de vista preventivo, el art. 26 LPRL no garantiza que la propuesta empresarial relativa a los puestos exentos de riesgo cuente con la conformidad de los servicios de vigilancia de la salud, órganos técnicos especializados, como sí se prevé en alguna norma sectorial (art. 15.2 RD 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las fuerzas armadas). También esta participación del servicio de salud es una referencia extendida en el Derecho comparado (Bélgica, Alemania). De ahí, que propongamos condicionar la decisión a la previa visión técnica. Como consideramos oportuno precisar, ante la indiferencia actual (abierta a cualquier forma representativa de los trabajadores), la prioridad de los delegados de prevención, que es la representación especializada, para ser consultados sobre los puestos exentos de riesgos (art. 35 y 36 LPRL).

Pero, sin duda alguna, donde hay mayores problemas, y así se evidenció en el debate en el seno del Grupo de Trabajo creado para ayudar en la elaboración de este Estudio-Informe, es en la necesidad o no de cubrir el silencio que guarda el art. 26 LPRL sobre la obligación o no de comunicación por la trabajadora de su estado de embarazo. Esta ausencia responde a dos razones bien diferentes.

La primera, el conflicto importante que suscita con dos derechos fundamentales -intimidad y prohibición de discriminación-, que urgen, por la constatable vulneración, una protección reforzada. La segunda, una suerte de perjuicio legal conforme al cual la omisión beneficia a la mujer: reduciría el riesgo de sufrir discriminación, aunque crezca el riesgo para su salud ante la mayor dificultad del empleador para conocer la situación urgida de acción preventiva⁴⁸. En suma, el legislador de la LPRL habría optado por el derecho al silencio influido por la práctica de discriminación tan recurrente en el ámbito laboral.

Ciertamente, la Directiva 92/85/CEE no se opone a la exigencia de esta obligación de la mujer embarazada de comunicar al empleador su estado biológico (SSTJCE 4/10/2001, asunto Jiménez Melgar y STJCE 27/2/2003, asunto Webke Busch), enmarcándose dentro del deber de colaboración de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales ex art. 29 LPRL. El efecto útil de la protección también suele invocarse a favor de la misma, pues de fiarse la gestión a la notoriedad de la situación de la trabajadora -dados los cambios que experimentan físicos- se correría el riesgo de incurrir en desprotección cuando más vulnerable parece, justo en los tres o cuatro primeros meses, periodo más delicado y con mayor riesgo de provocar daños permanentes al feto. La comunicación facilitaría la gestión precoz, diluyendo si queda sólo como voluntaria y no preceptiva para la trabajadora⁴⁹.

Como es natural, en todo caso, de seguirse esa previsión habría de garantizarse expresamente no sólo la máxima confidencialidad sino el uso meramente a estrictos fines preventivos. Desde la perspectiva del Derecho comparado, son varios los países de nuestro entorno que establecen la obligación de la trabajadora de comunicar su estado de embarazo o parto reciente, contándose iniciativas a tal fin en los dos modelos reguladores indicados, el continental y el anglosajón. Para el Derecho Continental, destaca Italia (art. 8 Decreto Legislativo 151/2001) y Bélgica (art. 2 RD 2 de mayo de 1995); para el anglosajón, Reino Unido (art. 18 *The Management of Health and Safety at Work Regulations*, 1999).

Aunque ha sido objeto de intenso debate en el Grupo de Trabajo, proponiéndose la necesidad, no ya sólo la conveniencia de prever expresamente, “*En cumplimiento del deber de cooperación, las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente*”, la obligación a cargo de la trabajadora de comunicar a la empresa dicha situación, siquiera sea “*a través de los servicios de vigilancia de la salud de la empresa*”, los autores del Estudio-Informe consideran

48 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional”, en *Revista del MTAS*, nº 53 (2004), p. 159.

49 Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo, Guía clínica-laboral para la prevención de riesgos durante el embarazo, parto reciente y lactancia en el ámbito sanitario, p. 13, http://www2.uca.es/serv/prevencion/GUIA_CLINICO_LABORAL_EMBARAZO_Y_LACTANCIA.pdf

que no es una prioridad para la mejora de la práctica preventiva a estos efectos. Por lo tanto, se entiende que la regulación debe seguir, en este punto, como hasta ahora, de manera que sea sólo voluntaria esa comunicación, sabiendo, claro está, que los eventuales problemas que se deriven de una eventual falta de intervención precoz por desconocimiento de la situación no serán imputables al empleador, por cuanto la ignorancia de la situación hace imprevisible de forma concreta, no ya meramente abstracta, el riesgo. De ahí, pues, la recomendación de dar traslado a los servicios preventivos de tal situación lo antes posible, a los meros efectos de protección de la salud de la trabajadora y su hijo.

En cambio, sí consideramos necesario reformar el apartado 2 del art. 26 LPRL, para lo que se propone el siguiente tenor:

“3. 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 de vigilancia de la salud de la empresa*, 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. *El empresario deberá determinar, previa consulta con los delegados de prevención si los hubiere, o con la representación unitaria o sindical de no existir aquéllos, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos. La relación definitiva de dichos puestos de trabajo deberá contar con la conformidad de los servicios de vigilancia de la salud de la empresa*”.

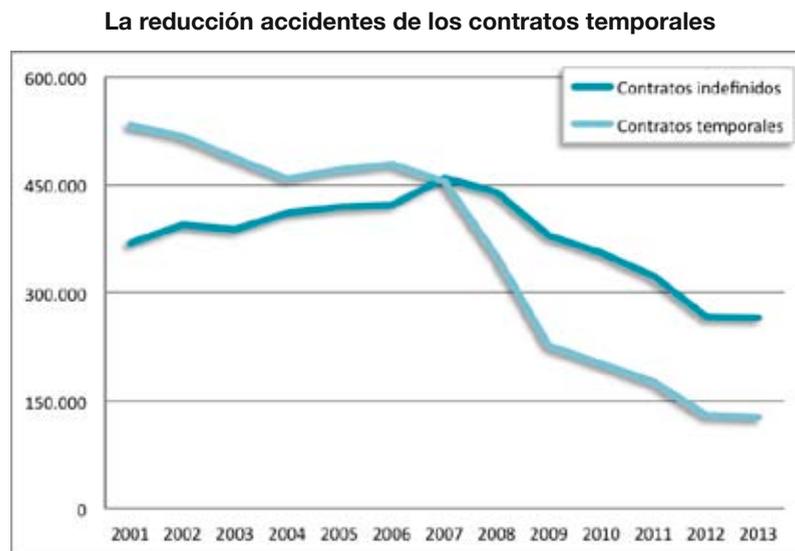
c) Modernización de las regulaciones relativas a ciertos colectivos más vulnerables

Jóvenes.

Como se dijo al inicio, es preciso diferenciar entre “colectivos vulnerables” y “personas especialmente sensibles” en su exposición al trabajo. Respecto de los primeros hay que hacer una importante reflexión sobre los que quedan encuadrados dentro de tal calificación de grupos o colectivos de “trabajadores vulnerables”. En esta materia queda camino por andar y algunas cuestiones pendientes. En primer lugar, la LPRL [Disp. Derog. Única.b)] declara en vigor el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se regulan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, únicamente en las disposiciones relativas al trabajo de menores hasta que el Gobierno proceda al correspondiente desarrollo reglamentario. El desarrollo de los nuevos modelos de formación profesional dual y las prácticas no laborales en empresas no pueden anclarse en una norma anacrónica, lo que recomendaría su revisión y actualización para

adaptarla a estas nuevas realidades. Al respecto, la LPRL debe afrontar de forma moderna y más eficaz el nuevo circuito trabajadores jóvenes, temporalidad y falta de formación.

Es sabido que el fundamento de esta protección especial se encuentra en el hecho de que el trabajador temporal está más expuesto a los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, debido a que, o bien se contrata a estos trabajadores para trabajos con más carga o riesgo; o bien el tipo de integración de los mismos en la empresa (rotación, inseguridad en el empleo y desarrollo de tareas secundarias) tiene como consecuencia que accedan con mayor dificultad a los medios para combatir la inseguridad en el trabajo (información, formación o vías de representación). Ahora bien, tales conclusiones, que hoy cuentan con un especial predicamento como una de las principales razones de la mayor siniestralidad laboral en España, que presenta mayor tasa de temporalidad y rotación que otros países europeos, exigirían un mayor verificación estadística, si se tiene en cuenta que no todos los Estudios alcanzan las mismas conclusiones⁵⁰.



Fuente: Elaboración J.R. Mercader-A.B. Muñoz a partir de los datos del del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

50 Los profesores J.R. Mercader y A.B. Muñoz traen a colación, para ilustrar este debate, el cuidado Estudio realizado en 2006 por Virginia Hernanz y Luis Toharia, "Do Temporary Contracts Increase Work Accidents? A Microeconomic Comparison between Italy and Spain", se subrayaba que el tipo de contrato (temporal o indefinido) no constituiría un factor determinante a la hora de valorar el riesgo de accidente.

En todo caso, parece ineludible la necesidad de ampliar y reforzar la protección de los jóvenes desde el punto de vista preventivo y hacer coherentes los ordenamientos de seguridad y salud en el trabajo y laboral, haciendo coincidir la definición de joven y eliminando los efectos opuestos que provocan uno y otro. En efecto, la actual regulación absolutamente dispar del trabajo de jóvenes en la normativa laboral -común- y en la de prevención de riesgos laborales -especializada- se convierte en una fuente, por sí misma, generadora de factores de riesgos para los trabajadores jóvenes. Las estadísticas revelan que el índice de siniestralidad laboral de los trabajadores jóvenes de 16 a 24 años supera al de los trabajadores de 25 a 49 años así como al de 50 años o más en 1.2 y 1.3 puntos, respectivamente. Las normas pretendidamente anticrisis inciden en el empeoramiento de las condiciones de trabajo de los denominados “trabajadores jóvenes”, que ya de por sí son más sensibles por su propia inexperiencia. En este sentido, las normativas preventiva y laboral sobre los jóvenes parecen ir en sentido inverso, lo que, además de hacer incongruente el ordenamiento, a efectos prácticos resulta sumamente perverso para la primera.

Para empezar, no hay una definición unitaria de lo que ha de entenderse por trabajador joven, pues la normativa preventiva únicamente contempla medidas limitativas respecto de los trabajadores menores de edad, es decir, sólo dispensa una protección especial a los trabajadores adolescentes (16 a 18 años), mientras que la normativa laboral de fomento de empleo de los jóvenes extiende la condición de joven hasta los 29 años inclusive (Ley 3/2012, en relación a contrato de formación y aprendizaje, Ley 11/2013, en relación al contrato de emprendedores), ampliándose en algunos casos incluso más allá (hasta los 35 años en caso de existencia de discapacidad), configurándose así una noción absolutamente contingente. En suma, la protección que dispensan las normas de seguridad y salud es muy limitada, pues se aplica a un colectivo muy restringido en función de la edad -16 a 18 años-, mientras que las normas laborales precarizantes, que generan riesgos, cada vez amplían más su ámbito de aplicación -hasta 30 años o incluso más.

Además, no se atiende a la juventud del trabajador en la evaluación de riesgos, más allá de en los restringidos términos del art.27 LPRL. No obstante, a tenor de los arts.15 y 16 LPRL, debería tenerse en cuenta en la evaluación la condición subjetiva de trabajador joven, interpretado en los términos laborales, atendiendo particularmente a si se trata de puestos ocupados por trabajadores temporales o de empresas externas. Asimismo, en esta línea, debería prestarse particular atención a los riesgos psicosociales, que afectan muy especialmente a los trabajadores en precario. No obstante, las evaluaciones de riesgos no suelen tener en cuenta los riesgos de la juventud (en términos laborales) ni de la precariedad.

A fin de intentar corregir esta obsolescencia y descoordinación reguladora se propone⁵¹:

- Cambio concreto: Hacer coincidir la noción de joven de los ordenamientos preventivo y laboral, ofreciendo una única noción fijada en los 24 años, inclusive, atendiendo al referente adoptado por la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, que resulta más ajustado a factores biológicos y sociológicos y es, en definitiva, más realista y útil.
- Llamada a una reflexión general: Es preciso tomar conciencia de que las políticas de empleo basadas en la inseguridad laboral generan, además de disfunciones en términos de competitividad, importantes riesgos laborales. Es absurdo proteger de riesgos a un colectivo y, paralelamente, hacerle soportar otros, tanto o más nocivos que los que tratan de neutralizar las medidas específicas. Ha de dársele coherencia al sistema en la persecución de objetivos, pues en caso contrario, todo esfuerzo es vano.

Valoración del grado de resistencia previsible a los cambios propuestos.

Sin duda, se trata de una propuesta que, en sus aspectos más directamente contractuales, hallará las resistencias tanto de la patronal como del -actual- Gobierno, dado que han basado la promoción del empleo de los jóvenes en la precarización de condiciones. No obstante, ya se ha evidenciado los efectos contraproducentes de las mismas, no sólo en términos de seguridad y salud en el trabajo, sino incluso de empleo y competitividad.

Trabajadores maduros (“enfoque preventivo del envejecimiento activo)

Por su parte, la población laboral de mayor edad, a pesar de la experiencia acumulada, puede ser más vulnerable a determinados riesgos, en gran parte influida por los cambios fisiológicos de la edad y el efecto de las enfermedades crónicas. El retraso en la salida del mercado de trabajo así como los cambios en la pirámide poblacional, con lo que ello conlleva de un mayor índice de trabajadores de edad avanzada que son, tradicionalmente, aunque pueda ser paradójico, los que sufren accidentes laborales más graves, con tasas de mortalidad superior a la media, obliga a repensar las políticas de seguridad y salud en el trabajo desde este enfoque.

Conviene, en todo caso, huir de la consideración de estos colectivos o grupos como “personas especialmente sensibles”, sin perjuicio del factor individualizador que sí hay en este grupo, en la medida en que no todas las personas de edad madura o avanzada tienen las mismas capacidades psicofísicas, dependiendo no sólo de las condiciones de trabajo sino de las propias condiciones de vida, con lo que aquí interaccionan claramente los enfoques propios

51 Propuesta específica de la profesora M. Miñarro Yanini asumida por el Grupo del Trabajo y por los autores del Estudio-Informe

de la prevención preventiva de riesgos con los de promoción de la salud en general. Encuadrar a estos colectivos, como se propone por ciertos sectores, dentro del cajón de sastre de personas con especial sensibilidad puede suponer un marcado estigma para ellas.

5.4. ¿Qué influencia reconocer a los actuales procesos de descentralización productiva, empresas en red (“fissured workplaces”), relaciones triangulares, gestión indirecta, cadena de contrataciones? Pero, sobre todo, ¿cómo se concreta normativamente?

Factores organizativos de riesgo derivados de nuevas formas de gestión empresarial

Es un lugar común, desde hace ya al menos década y media -Comunicación de la Comisión Europea del año 2000-, evidenciar cómo los cambios en las estructuras organizativas de las empresas, que hoy están generalizados, alcanzando cotas insospechadas, llegando al punto de que en un sinfín de actividades -construcción, macro-sector de servicios a las empresas ...-, incluyen notablemente en el conjunto de las condiciones de trabajo -materiales y contractuales- de toda la red de prestadores de servicios implicados. No sólo la gran empresa se pulveriza en otras más pequeñas, sin cuyo concurso no se entiende ni la “cadena de valor” global ni las ventajas competitivas de ésta en el mercado, sino que el trabajo prestado se fragmenta en una pluralidad de formas de empleo y de autoempleo (relaciones triangulares de trabajo, trabajo autónomo), a menudo con un mínimo o rudimentario soporte empresarial.

En muchos casos ese creciente contingente de autónomos es resultado del trasvase al ámbito del trabajo autónomo de las plantillas de empresas reestructuradas. Esta elevada concurrencia de sujetos productivos que desarrollan su actividad en un mismo lugar de trabajo originan “factores de riesgos” adicionales a los trabajadores que las ejecutan. Las estadísticas de accidentes de trabajo indican que cada vez son más los que ocurren en empresas contratadas y subcontratadas. Donde estas mutaciones eran más intensas y de mayor riesgo, como en el sector de la construcción, se intentó poner coto, evitando fraudes y mejorando la protección de la salud de los trabajadores de cualquier tipo (*Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción*).

Sin embargo, en virtud del art. 24 LPRL, el deber de coordinación empresarial es general. Pues bien, ni la regulación sectorial ha tenido posibilidad de entrar en vigor de forma efectiva, por el advenimiento de la crisis, ni resolvía todos

los problemas -por ejemplo, su art.3 g) y h) contempla la contratación con autónomos, pero como personas físicas “distintas del contratista y del subcontratista”, consideración que tienen únicamente si emplean asalariados, lo que a menudo no sucede⁵²-, ni era de aplicación general, por su carácter de norma sectorial.

Como apuntó Castells, “la unidad operativa actual es el proyecto empresarial, representado por una red, y no las empresas concretas o los grupos de empresas”. El problema es que la LPRL, al igual que el ET, no contempla la realidad de las relaciones laborales triangulares y/o reticulares en España, siendo esta última una Ley obsoleta que habría que adaptar al fenómeno de la descentralización productiva. Esta situación hace más compleja la organización de la actividad en la empresa y provoca una descoordinación importante en todos los niveles de la gestión de la prevención, haciendo que los trabajadores externos tengan más probabilidades de sufrir accidentes. En el citado Informe del INSHT de 2015 se concluye que la normativa sobre descentralización productiva es complicada, está mal definida y tiene un alto contenido burocrático, lo que provoca el abuso en el intercambio y generación injustificados de documentación y comunicaciones. Para prácticamente la totalidad de los responsables de prevención encuestados, *la coordinación de actividades y sus normas de desarrollo significan una rémora administrativa que impone una carga documental excesiva que resulta ineficiente, deviniendo un auténtico “monstruo burocrático”*.

¿La coordinación de actividades ha devenido un sombrío monstruo burocrático?

Pero hoy no sólo se complica administrativamente en su gestión este deber sino que, sencillamente, se volatiliza -en paralelo, como se verá en el apartado correspondiente, a los mecanismos tradicionales de atribución y extensión de responsabilidades (art.42 LPRL), como son las idea de “titularidad del centro”, la noción de “posición de garante” características del “verdadero empresario”, o “propia actividad”-. Por eso, desde prácticamente todos los puntos de vista en materia preventiva -empresarial desde luego; pero también por los profesionales de la prevención, inspección de trabajo -, se considera urgente simplificar el régimen jurídico-administrativo de coordinación de actividades ex art. 24 LPRL -y Real Decreto 171/2004-.

52 De forma coherente, la Ley 32/2006 prohíbe la posibilidad de que un autónomo subcontrate los trabajos que a él se le hayan encomendado con otras empresas o con otros trabajadores autónomos [art.5.1 e)]. Sin embargo, la realidad es hoy distinta y, de hecho, se produce esa asignación o encargo de tareas entre autónomos.

a) Simplificación del régimen de coordinación de actividades (art. 24 LPRL)

El general aumento de la descentralización productiva en todos los sectores lejos de profundizar en la mejora la implementación del deber de coordinación a efectos preventivos está desnudando sus ineficacias e ineficiencias, revelándose incapaz de hacer frente a una importante reducción de los accidentes de trabajo sufridos por trabajadores de empresas contratadas o subcontratadas. Cosa distinta es la diversidad de propuestas para llevarlo a cabo. Entre ellas:

- definición del concepto “*propia actividad*” o eliminación del mismo, para el supuesto del empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios y que se desarrollan en su propio centro de trabajo. Consecuentemente, si se eliminara desaparecería la distinción entre empresario titular y principal, que deriva del confuso concepto de propia actividad
- Modificación de la “figura del coordinador de actividades preventivas”.

La traslación mimética al ámbito preventivo del confuso concepto jurídico-laboral de “*propia actividad*” ex art. 42 ET, tan “indeterminado” como tradicional en nuestro Derecho, se ha revelado fuente de numerosos conflictos interpretativos, multiplicando la judicialización de la gestión preventiva (ej.: STSJ Galicia 20 de enero de 2014, Rec. 4749/2011 y STSJ Madrid, 30 de marzo de 2015, Rec. 426/2014), en paralelo a lo que sucede en el ámbito laboral. Si bien la distinción entre empresario titular y principal pudiera tener sentido en materia de reparto de responsabilidades laborales, lo que hoy es ampliamente discutido, no parece, en cualquier caso, que existan razones desde la óptica preventiva que sustenten un distinto tratamiento de la seguridad de los trabajadores concurrentes en el centro, en función de si se considera o no que la actividad desarrollada por estos constituye “*propia actividad del empresario titular del centro*”.

El Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el artículo 24 de la LPRL pretendía, como se indica en su preámbulo, alcanzar *un punto de equilibrio entre la seguridad y la salud de los trabajadores y la flexibilidad en la aplicación por las empresas*, a las que se ofrece la posibilidad de elegir, entre una gama de medios, los más adecuados y eficientes para coordinar las actividades empresariales en supuestos de concurrencia, a fin de que esta no repercuta en la salud y en la seguridad de los trabajadores de las empresas concurrentes. Esta previsión no es opcional para el legislador, pues viene exigido por el artículo 17 del Convenio de la OIT nº. 155 de 22 de junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio

ambiente de trabajo y en art 6.4 de la Directiva 89/391/CEE que contempla el supuesto de concurrencia empresarial en un mismo lugar de trabajo.

La Directiva otorga, por tanto, a la coordinación y a la información un papel fundamental en aras a una mayor protección de trabajadores que compartan lugar de trabajo. Sin embargo, su aplicación práctica y sus resultados no han sido los esperados. En primer lugar porque el RD 171/2004 está plagado de los característicos conceptos indeterminados (información “suficiente”, instrucciones “suficientes y adecuadas”, “tiempo necesario” para el cumplimiento de sus funciones, etc.). En segundo lugar porque la obligación más relevante en la mejora de la seguridad y salud en los centros de trabajo en los que presten servicios más de una empresa, esto es, el *deber de vigilancia del cumplimiento de la normativa* de prevención de riesgos solo es exigible para los supuestos de concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo y exista un empresario principal, cuya presencia se justifica por la previa formalización de un contrato de ejecución de obras o servicios por parte de aquéllas a favor de éste y en relación a “*su propia actividad*” (art. 2.c del mencionado Real Decreto 171/2004). Esta obligación reviste una gran importancia ya que se concreta en la facultad de exigir el empresario principal a las contratistas/subcontratistas que le acrediten que han realizado la planificación de su actividad preventiva, que han cumplido sus obligaciones en materia de información e instrucciones respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro, que si son varias las contratistas/subcontratistas concurrentes, que han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas. Este deber de vigilancia lleva aparejado la responsabilidad solidaria en cuanto al cumplimiento de la normativa de prevención por las empresas contratistas/subcontratistas. Por el contrario, en el supuesto de que la contrata y subcontrata no sean de la propia actividad no será exigible este deber de vigilancia al empresario principal, que sigue asumiendo obligaciones de cooperación con aquellas en la coordinación preventiva, pero de menor impacto en el cumplimiento de las obligaciones de este tipo.

En tercer lugar, porque sigue existiendo un criterio jurisprudencial oscilante respecto del concepto de propia actividad, lo que limita en la practica el deber. En cuarto lugar, porque el Real Decreto 171/2004, regula una figura que podría haber tenido un papel fundamental en la mejora de la coordinación de actividades preventiva, el coordinador de actividades preventivas (Art 13.1 de la norma citada) que, en la actualidad, existe en pocas empresas, debido a la indefinición del precepto y a la exigencia de al menos dos requisitos para que se pueda exigir su existencia:

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 y salud de los trabajadores de las demás empresas presentes;

- 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;
- 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 salud de los trabajadores;
- 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.

A nuestro juicio, el deber de seguridad debería corresponder a quien tiene el “*poder de control efectivo*” del entorno laboral en relación a todos los trabajadores concurrentes, con independencia de que la actividad contratada sea propia o ajena. Esta ampliación del deber de vigilancia permitiría tanto simplificar el régimen -con ganancia en seguridad jurídica para el empleador- como otorgar mayor protección a los trabajadores concurrentes en un mismo entorno laboral controlado por un mismo poder, al margen de si les propia o no la actividad contratada

Desde la perspectiva de Derecho Preventivo comparado, la regulación española revela una situación absolutamente singular, pues ningún sistema de nuestro entorno incorpora en materia preventiva el concepto de propia actividad, otorgando idéntica protección a todo tipo de trabajadores concurrentes en el centro del empresario titular (principio de equidad en la protección de todos los trabajadores sometidos a análogos riesgos)⁵³.

De nuevo, podemos hallar ejemplos de regulación más precisa en los dos modelos referenciales. Así, cabe destacar, en referencia al deber de coordinación, el sistema inglés (art. 11, *The Management of Health and Safety at Work Regulations*, 1999) y el sistema belga (arts. 7 y ss. Ley de 4 de agosto de 1996 sobre el bienestar de los trabajadores en el desempeño de su labor). En cambio, sí hay disparidad a la hora de concretar el sentido y alcance del más

⁵³ El art 6.4 de la Directiva 89/391/CEE, que contempla el supuesto de concurrencia empresarial en un mismo lugar de trabajo, señala que, sin perjuicio de las demás disposiciones de la presente Directiva, cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad e higiene y la salud, así como, habida cuenta del tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente e informar.

incisivo “deber de vigilancia del empresario titular del centro de trabajo” en relación a los empresarios concurrentes en aquél, evidenciándose las marcadas diferencias generales de ambos sistemas jurídicos.

Mientras que en los sistemas del modelo continental el deber de vigilancia se impone legalmente, con un alcance general -para todo supuesto-, como en Bélgica, o bien con un alcance selectivo -anuda este deber a determinados supuestos (extensión temporal de la concurrencia o naturaleza peligrosa de las actividades)-, como en Francia; en cambio, en el Reino Unido, no se contempla expresamente el deber de vigilancia.

A tal fin, una propuesta es *la supresión del apartado 3 del art. 24 LPRL*⁵⁴ y la debida reformulación del 2 apartado del mismo artículo, que quedaría redactado del siguiente modo:

“El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores. Así mismo, el empresario titular deberá vigilar el cumplimiento por dichos empresarios concurrentes en su centro de trabajo de la normativa de prevención de riesgos laborales”.

En coherencia reguladora con esta reforma, su implementación efectiva exige tanto la modificación del RD 171/2004 como del TRLISOS.

b) El vaciamiento en la práctica de la figura del coordinador de actividades fuera del sector de la construcción -y aun aquí la figura se revela muy confusa y subordinada-

Otro problema que se suscita es qué persona o personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas serán designadas por el empresario titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en él (art. 13.3 del Real Decreto 171/2004). ¿Qué ocurre cuando el empresario titular del centro no tenga trabajadores propios en dicho centro? Y ¿cuándo no exista empresario principal en el centro de trabajo y operen empresas concurrentes?

⁵⁴ “3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.”

Las funciones que corresponden a la persona o personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas aparecen genéricamente detalladas en el art. 14 Real Decreto 171/2004, configurándose como cauce para el intercambio de las informaciones que, en virtud de lo establecido en este Real Decreto, deben intercambiarse las empresas concurrentes en el centro de trabajo, insuficiente habida cuenta de la complejidad de la labor preventiva que podría/debería desarrollar.

De ahí que hallamos acogido de buen grado como útil la propuesta realizada por un sector del grupo de trabajo de crear una figura de “personal encargado de la coordinación de actividades” en la misma LPRL, en términos si no idénticos sí análogos a los del artículo 20 de la LPRL para las medidas de emergencia⁵⁵. Esta figura de gestión interna referida sería la competente-responsable de la coordinación de actividades preventivas, por lo que debe contar con atribución suficiente de facultades que permitan la toma de decisiones y su puesta en práctica, con poder real de ordenar las modificaciones que proceda en cada momento, incluso las paralizaciones, si fuese el caso. Además de estas cuestiones debería regularse la obligatoriedad de registro o archivo de las contratatas que operan en los centros de trabajo con expresión entre otras cuestiones del modelo de organización preventiva cada una de ellas.

c) El sinsentido del concepto de “propia actividad” en las empresas multiservicios.

Si hay una potente razón para eliminar la referencia al concepto de propia actividad, o, en todo caso, para revisarla en profundidad, la suministran las “empresas multiservicios”, hoy muy extendidas en el tejido económico-empresarial español, inexistentes prácticamente en el tiempo de entrada en vigor y puesta en práctica de la LPRL. Precisamente, sin esta revisión legal no hay posibilidad de ofrecer una respuesta adecuada cuando éstas descentralizan, y lo hacen a menudo, parte de sus actividades. Por lo tanto, el absentismo o abstencionismo legal en este punto de la LPRL podría significar una suerte de inmunidad “legal” para las empresas multiservicios en la medida que no sería empresario principal, asumiendo tan sólo la posición de empresario concurrente.

55 Se recordará que establece el siguiente mandato al empresario: “El empresario, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma, deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. El citado personal deberá poseer la formación necesaria, ser suficiente en número y disponer del material adecuado, en función de las circunstancias antes señaladas”. La propuesta procede de los inspectores Víctor de SANTOS y Esther AZORIT.

Curiosamente, no sólo el art. 24 LPRL tampoco el RD de desarrollo contemplan esta realidad creciente y extendida. Las empresas multiservicios carecen de marco regulador y se caracterizan, como es sabido, por proporcionar a las empresas clientes un amplísimo conjunto de actividades de distinta naturaleza que no suelen guardar una homogeneidad productiva entre sí (limpieza, seguridad, hostelería, fontanería, cerrajería, etc.).

El surgimiento de las empresas multiservicios se explica en gran medida como una huida de la normativa de las ETT's -realidad que sí contempla el sistema normativo de prevención de riesgos laborales- que deviene más protectora a finales de los años noventa para los trabajadores cedidos debido a que se debe retribuir en igualdad de condiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria. En cierta forma estas empresas compiten en el mercado en desigualdad de condiciones, al dar una respuesta más ágil y con unos precios más competitivos, lo que recuerda al escenario de funcionamiento irregular de las ETTS en los finales de los años 80

Así no resulta del todo extraño observar la creación de grupos empresariales que integran a empresas de trabajo temporal autorizadas junto con otras empresas que ofertan múltiples servicios, todas ellas con nombres comerciales muy semejantes. La singularidad de las empresas multiservicios consiste precisamente en la pluralidad de actividades que prestan que hace compleja la identificación de una única actividad principal. Para el caso de las empresas multiservicios, en supuestos en que el objeto social de la empresa es tan amplio como diverso, pues se incluyen en él actividades que poco o nada tienen que ver las unas con las otras, es harto difícil aplicar el concepto de propia actividad en materia de prevención de riesgos laborales, lo que podría conllevar que estas empresas no ostentarían tal condición en ningún caso. En consecuencia, se confirma la necesidad de revisar o bien suprimir este concepto, tal y como se ha propuesto más arriba.

d) Los trabajadores autónomos como sujetos protegidos y no sólo como sujetos obligados y factor de riesgo

Un eslabón débil de la red empresarial es el referido trabajador autónomo. Se hace necesario conseguir un nivel de protección para los trabajadores autónomos similar al de los trabajadores por cuenta ajena. El art. 8 de la Ley 20/2007 de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo, establece que las Administraciones Públicas asumirán un papel activo en relación con la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos. La Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, a través de un Grupo de Trabajo de Trabajadores Autónomos, ha diseñado las recomendaciones a las Administraciones, las empresas y los trabajadores para que se desarrollen acciones formativas y se asegure la necesaria coordinación, en particular en sectores de alta siniestralidad.

En esta línea cabe situar lo dispuesto en la DA 12 por el RDL 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, que establece que:

“Con la finalidad de reducir la siniestralidad y evitar la aparición de enfermedades profesionales en los respectivos sectores, las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos intersectoriales y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas podrán realizar programas permanentes de información y formación correspondientes 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”.

e) Empresas de Trabajo Temporal

En materia de ETT's se realiza una doble propuesta de reforma, una general, relativa a la regulación de las limitaciones para contratar por esta vía de gestión indirecta en relación a la seguridad y salud en el trabajo, y otra más particular, relativa al deber de formación. En el primer plano, se propone⁵⁶ **la derogación parcial de la reforma de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo**, que permitió que las ETT's pudieran contratar trabajadores incluso para las actividades peligrosas que hasta el momento estaban prohibidas. En este sentido, sería conveniente recuperar el marco normativo a la reforma de 2010 ya que la regulación vigente establece que

“Desde el 1 de abril de 2011, respetando las limitaciones que, en su caso, hubieran podido establecerse mediante la negociación colectiva conforme a lo señalado en el apartado anterior, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición en el ámbito de las actividades antes señaladas. Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, la celebración de contratos de puesta a disposición estará sujeta a determinados requisitos” (Artículo 8 b) y Disposición adicional segunda de la Ley de ETT's de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal).

En el segundo plano, el deber de formación, se recuerda con carácter general que el art.28 LPRL establece que los trabajadores temporales y de ETTs han de disfrutar del mismo nivel de protección de la seguridad y salud que el resto de trabajadores de la empresa en la que prestan servicios. De este modo, pese a que las relaciones de

⁵⁶ La iniciativa procede de los profesores J.R. Mercader y A.B. Muñoz, habiendo sido asumidas de forma unánime en el Grupo de Trabajo

trabajo que mantienen presentan circunstancias que pueden hacerlos más vulnerables no se establece *un plus de protección*. No obstante, en todo caso, sí parece claro que no puede sufrir menor protección.

Pues bien, el art.19 LPRL impone, como recordamos, la obligación *de dar formación en materia preventiva*. Esta obligación, en el ámbito de las ETTs, la obligación de formación se atribuye en base a un criterio temporal y de interés empresarial (y no ya lógico, pues más coherente sería que la impartiera la Empresa Usuaria, ya que es la que mejor conoce los riesgos del trabajo a realizar), dado que debe haberse impartido al trabajador antes del inicio de cualquier actividad en la EU y ésta debe recibir a un trabajador inmediatamente productivo. Completando esta previsión, el originario art.12 LETT establecía la obligación de la ETT de dispensar a los trabajadores una formación (no adjetivaba “preventiva”, aunque así se deducía y así fue especificado posteriormente por la Ley 29/1999) que se formulaba en términos muy similares a los expresados con carácter general en el art.19 LPRL. En suma, quedaba claro, como es de lógica, que los trabajadores de ETTs debían recibir, sin excepción, formación en materia preventiva. Sin embargo, *el precepto no especificaba la forma en que se integraba el tiempo dedicado a la formación* dentro de los contratos de trabajo y de puesta a disposición, que sí especifica la norma que son de duración coincidente (art.10 LETT) cuando se trata de trabajadores temporales, que son la regla general.

El resultado fue que se formuló la obligación sin atender a que había previsiones en la propia norma que resultaban incompatibles con las posibilidades de cumplirla. No obstante, el legislador, en lugar de buscar un cauce para integrar la formación dentro de estos contratos, alteró sustancialmente esta obligación a través de la Ley 29/1999 y el RD 216/1999, para establecer, de facto, en el nuevo régimen el carácter relativo (no ya absoluto, como antes se establecía en estas relaciones de trabajo y como se prevé con carácter general) de la obligación de formación preventiva en el ámbito de las ETTS. De este modo, a tenor de la regulación que arranca de 1999, las ETTS han de contratar o poner a disposición a un trabajador que reúna las condiciones exigidas, “asegurándose” antes de la puesta a disposición de que posee la formación preventiva necesaria para el puesto, quedando, en caso de que su apreciación sea positiva, exenta de prestársela.

En suma, el deber de formación queda convertido en un mero deber de comprobación que, si se exigiera con la extensión que la ley establece, muy raramente tendría resultado positivo, ya que, entre otras cosas, se exige que sea específica y esté actualizada, por lo que es prácticamente imposible que el trabajador disponga de la misma en dichos términos, salvo que hubiera desempeñado el mismo trabajo en la misma empresa recientemente. Además, quien ha de valorar la formación preventiva de que dispone el trabajador es la ETT, que no es precisamente

un juzgador imparcial. Con ello queda totalmente desvirtuado el cumplimiento de esta obligación, de tan complejo cumplimiento en este ámbito, pero imprescindible, optándose por una solución incoherente, que perjudica la seguridad del trabajador y que supone una profunda anomalía jurídica.

En sintonía con este diseño de la formación preventiva, la norma formula como secundario el supuesto de que el trabajador no disponga de la misma, en cuyo caso dispone que la ETT la impartirá previamente al inicio de la prestación de trabajo durante el tiempo necesario, “que formará parte del contrato de puesta a disposición”, lo que implica que también formará parte del contrato de trabajo. Esta solución presenta el riesgo de que se acorte en exceso la duración de la formación en materia preventiva, pero al menos supone que la habrá.

Para corregir esta deficiencia se propone⁵⁷ modificar los arts.12.3 LETT y 3.3 RD 216/1999 a fin de:

- establecer el deber de formación en materia preventiva con carácter absoluto, previendo que el tiempo destinado al mismo se integre dentro de los contratos de trabajo y de puesta a disposición
- también podría estudiarse establecer una duración mínima, a fin de que la ETT no acorte interesadamente este período y con ello imparta de forma incompleta esta formación, aunque para hacerlo de modo adecuado habría que fijar diversas duraciones en función del trabajo a realizar, lo que supondría realizar una modificación de mayor enjundia y complejidad.

f) Adaptar el deber de seguridad del empresario a las situaciones de deslocalización del puesto de trabajo (teletrabajo y expatriación)

Al analizar los cambios para mejorar la eficacia del ámbito de aplicación de la LPRL ya se puso de relieve *un desarrollo reglamentario -y/o convencional- del artículo 13 ET, en relación al artículo 3 LPRL, de forma que se adapte el deber de seguridad, su contenido, alcance y forma de cumplimiento a las situaciones de deslocalización del puesto de trabajo*. Si no se hace así las dudas que suscita la aplicación de determinados preceptos de la ley y sus normas reglamentarias al supuesto de trabajo a distancia será un importante desincentivo de cara a implantar programas de este tipo, como también se comentó⁵⁸.

⁵⁷ La propuesta procede de la profesora M. Miñarro Yanini y fue asumida unánimemente por el Grupo de Trabajo y, en consecuencia, ha sido incluida por los autores del Estudio-Informe

⁵⁸ Vid. A. DE LAS HERAS. El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas. CEF. Madrid. 2016.

También los supuestos -cada vez más frecuentes en una economía globalizada- de “expatriación de los trabajadores” deberían también ser objeto de tratamiento normativo sobre todo porque el deber de seguridad sigue existiendo pese a que el trabajador desarrolle su actividad laboral en otro país. Especialmente, cuando dichos desplazamientos se producen a países extracomunitarios sería conveniente reformular lo dispuesto en los artículos 10.6 del Código Civil y 1.4 del ET en el sentido de fijar un mandato imperativo no disponible para las partes contratantes en el sentido de que se aplica la Ley preventiva española salvo en el caso de que sea más favorable para el trabajador la legislación del país de destino. Así, se ofrecería una solución a la problemática de que sea probable que la legislación preventiva del país de destino sea prácticamente inexistente o que presente importantes carencias. Sin embargo, sigue sin darse una respuesta a otros interrogantes ya que los peligros a que se expone el trabajador escapan al control del empresario directo que está a miles de kilómetros.

En este punto, surgen algunas dudas no resueltas por la LRPL como por ejemplo si una posible medida preventiva sería obligar al trabajador a llevar GPS o pulseras identificativas para así poder controlar sus movimientos en las zonas peligrosas y poder adoptar medidas en su caso. Otro tema que se suscita es si desde la perspectiva preventiva se aplicaría el principio de reversibilidad de la situación laboral de forma que si el trabajador no logra adaptarse al nuevo lugar de trabajo podría recuperar su puesto de trabajo anterior en el país de origen. A este respecto, en algunos países como Reino Unido se están abordando algunas de estas cuestiones⁵⁹.

d) Pluriempleo y seguridad y salud en el trabajo

El pluriempleo (trabajo simultáneo para varios empresarios en virtud de varios contratos de trabajo) está absolutamente aceptado en el derecho laboral. Tal situación se reconoce y admite en el artículo 21 del ET a sensu contrario. De la misma manera es lícito que un trabajador tenga dos contratos con la misma empresa ya que no existe precepto que impida esa doble contratación con un mismo empleador. Por ejemplo, dos contratos a tiempo parcial o un contrato de interinidad y un contrato eventual. Este tipo de situaciones se darán con creciente frecuencia en un contexto socio-económico en el que crece ostensiblemente el “trabajador pobre” y, en consecuencia, la necesidad de desarrollar dos o más empleos para poder tener una retribución mínimamente digna. Naturalmente, a más empleos más tiempo de trabajo y, por lo tanto, se plantea la cuestión de cómo juegan aquí las limitaciones legales del tiempo de trabajo desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo

⁵⁹ Así, en dicho país, en junio de 2016 se ha elaborado una Guía para abordar la seguridad y salud de los trabajadores expatriados. Dicha Guía ha sido elaborada por la International SOS Foundation y Institution of Occupational Safety and Health (IOSH).

Como es igualmente conocido, las normas sobre limitación del tiempo de trabajo actúan con carácter imperativo para salvaguardar la finalidad protectora de la salud e integridad de los trabajadores. Ello es así por los efectos negativos que tiene sobre la salud de los empleados el trabajo nocturno o a turnos o un exceso de jornada sin respetar los descansos. De forma que se fija un límite de duración máxima de la jornada de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual (artículo 34 ET); un máximo de 80 horas extraordinarias (artículo 35.2 ET); y se estipulan periodos mínimos de descanso diario y semanal (artículos 34.3 y 37.1 ET). Se trata de normas de derecho necesario relativo que permiten su mejora, pero no su empeoramiento “en ambos casos desde el punto de vista del trabajador” vía convenio colectivo o contrato individual de trabajo.

Para evitar el peligro de la desmembración de múltiples jornadas parciales para varios empleadores que eludan los límites sobre tiempo de trabajo, la norma incorpora algunas limitaciones también en los supuestos de contratación plural. De forma que los trabajadores menores de dieciocho años no pueden realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos (artículo 34.3 del ET). En el ámbito de las jornadas especiales se incluyen determinadas restricciones. Así, en el trabajo de los trabajadores móviles se deben incluir todas las horas trabajadas para uno o más empresarios en el período considerado (artículo 10 bis del RD 1561/1995, 21 de septiembre). Por trabajador móvil se entiende cualquier trabajador que forma parte del personal que se desplaza y que está al servicio de una empresa que efectúa servicios de transporte.

A tal efecto, son trabajadores móviles en el transporte por carretera los conductores, ayudantes, cobradores y demás personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el mismo, sus pasajeros o su carga, tanto en las empresas del sector de transporte por carretera, ya sean urbanos o interurbanos y de viajeros o mercancías, como en las integradas en otros sectores que realicen tales actividades de transporte o alguna de las auxiliares anteriormente citadas (artículo 10.2 del RD 1561/1995, 21 de septiembre).

No obstante, no existe regulación respecto de problemas que se han planteado en la práctica y que deben ser objeto de atención. Es el supuesto en que de forma sobrevenida un trabajador presta su actividad para un mismo empresario rebasando los límites de jornada establecidos en la norma legal y/o convencional. Por ejemplo, una trabajadora que desarrolla una prestación laboral como limpiadora para una empresa (A) que tiene la adjudicación del servicio de limpieza de un centro. A su vez, esta empleada trabaja en otra empresa (B) también realizando tareas de limpieza en otro centro. Recientemente, la segunda empresa (B) pierde la adjudicación de la contrata que se conce-

de a la empresa A. Como resultado de todo lo anterior, la empleada pasa a tener dos contratos de trabajo con la misma empresa contratista de limpieza (A). Todos estos cambios suponen una jornada global muy superior a la permitida.

Con la salvedad de los supuestos descritos referidos a menores o a trabajadores móviles, ni el ET ni la LPRL abordan la problemática apuntada. Parece claro que en la situación de pluriempleo para distintos empresarios si el trabajador supera la jornada máxima legal no parece infringirse norma alguna en materia de tiempo de trabajo salvo en las situaciones especialmente tuteladas (menores o trabajadores móviles). En el caso del trabajador parcial por un mismo empresario mediante contratos independientes, cobra relevancia el principio de libertad contractual (artículo 1255 CC), por lo que sólo se prohíbe al fraude, cual sería si entre los dos contratos superaran el límite de jornada máxima (STS 4 de mayo de 2005).

Al respecto existen algunos criterios judiciales de interés para la resolución de las cuestiones formuladas. El primero de ellos se refiere a una empleada que estaba sujeta a dos jornadas diferentes, con dos contratos distintos, en los centros de trabajo para dos empleadoras y desempeñando sus funciones con arreglo a dos categorías (auxiliar de clínica y gerocultora). Se produce una nueva adjudicación de uno de los servicios y la empleada por aplicación de la subrogación pasa a depender en los dos contratos de un mismo empleador, superando su jornada total la máxima legal permitida. La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2012, u.d., (R° 1630/2011) resuelve en el sentido de que no hay contradicción entre las normas relativas a la subrogación y las referidas al tiempo de trabajo. Según el razonamiento del fallo judicial, no cabe reputar ilícito el desempeño de las dos jornadas, que hasta la subrogación no lo era.

Las consecuencias de la subrogación deberán medirse del lado del trabajador de forma que lo que ha resultado lícito hasta la fecha no deje de serlo al operar un mecanismo con el que se le pretende beneficiar. Se valora en la argumentación el hecho de que la incorporación de la empleada a la empresa entrante es el resultado de unas previsiones jurídicas específicas del sector, su puesto de trabajo es distinto en cada una de las contratantes y en el futuro podría operarse otro cambio en las adjudicaciones y disgregarse nuevamente en dos la figura de la empleadora.

Por esta razón solo se consigue la finalidad protectora de las normas dejando que opere la subrogación de la empresa entrante, al no estar en discusión que se cumplen los requisitos necesarios, y que la incorporación de la trabajadora se mantenga en dos jornadas separadas a todos los efectos en las mismas condiciones en las que operaría su relación de pertenecer a una sola empresa con varias contratadas y sin que sea óbice la limitación de jornada

ya que en una categoría, la de gerocultora y en un centro de trabajo, desempeña una jornada y en otra categoría, la de auxiliar de clínica y otro centro desempeña otra. Precisamente por todo ello, no cabe contemplar, por el solo hecho de la subrogación, una modificación de las condiciones de trabajo de la empresa, rechazándose que en la situación creada con la subrogación, se deba realizar una aplicación parcial de sus consecuencias, conservar el puesto y reducir la jornada.

La segunda pauta de actuación a considerar es el criterio judicial expuesto por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de octubre de 2013, u.d. (R° 3098/2012). Se refiere a una limpiadora pluriempleada en dos centros distintos donde las empresas contratistas eran también diferentes. Se produce de nuevo el cambio de contratista y con ello la coincidencia de empleador contratista para esta empleada. La suma de las dos jornadas de trabajo que venía desempeñando supera la máxima permitida.

En este caso debido a las diferencias observadas respecto del anterior (donde cada uno de los contratos tenía diferente categoría y actividad), el Tribunal Supremo resuelve que es ajustado a derecho la reducción de jornada decidida por la empresa para cumplir las normas de derecho necesario en materia de tiempo de trabajo. Se explica en el fallo judicial que conforme al artículo 1184 del Código Civil la obligación del deudor (del empresario de dar ocupación a su empleado) no es exigible cuando resulta legalmente imposible, cual pudiera ocurrir en el presente caso, pues, el artículo 35 del ET prohíbe realizar más de 80 horas extras al año (en el presente caso ese tope se superaría en un mes), y obliga a un descanso entre jornadas de doce horas en su artículo 34-3, aparte que la infracción de esa prohibición es sancionada por el artículo 7-5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, como una falta grave.

De ello se deriva el problema de si se puede obligar a la empresa a que actúe contra lo dispuesto en la ley y cometer continuadas faltas tipificadas por la norma, como graves, sin que se deba olvidar que, aparte la liberación que contiene el artículo 1184 del Código Civil, el artículo 1271 del Código Civil en relación con los artículos 1274, 1275, 1300 y 1306 del mismo texto legal nos muestra que el contrato sería nulo si violara las normas que regulan la jornada laboral máxima. Las dos Sentencias mencionadas vienen acompañadas de voto particular discrepante respecto de la solución ofrecida.

En definitiva, como puede comprobarse, se trata de un asunto complejo que debe ser objeto de consideración pues se produce una colisión entre dos normas-las relativas al tiempo de trabajo (y asociado a ello la prevención de ries-

gos laborales) y las referidas a la subrogación- que tienen una lógica protectora para los intereses del trabajador. No resulta muy convincente resolver de forma distinta según el trabajador desarrolle tareas idénticas o diferentes pues este criterio tampoco se aplica a los trabajadores contratados por dos empresas de forma simultánea. A lo que se puede añadir que el fundamento material de protección de la seguridad y salud del trabajador que podría justificar la aplicación del límite de jornada máxima sigue presente tanto en el caso de que el empleado desarrolle trabajos similares o distintos. Incluso se podría argumentar que el desempeño de funciones distintas supone un desgaste mayor según de qué actividades se trate. Parecería más adecuado poner el acento en los riesgos presentes en el trabajo realizado que en la mera diferenciación formal de las funciones de forma que se delimitase aquellos trabajos especialmente penosos o peligrosos donde no estaría permitido rebasar el máximo de jornada laboral aún en el caso de varios contratos de trabajo con el mismo empresario o con varios (radiaciones ionizantes, ruido, etc.).

5.5. Repensar-revisar la vigilancia de la salud. ¿Cuáles serían las prioridades de reforma en relación a la vigilancia de la salud?

De todos es sabido que esta es una asignatura pendiente, y lo reconocen todos. Ahora bien, su tratamiento es muy diverso. Si los trabajadores quieren restringir el carácter obligado de los reconocimientos, acotando o derogando supuestos a tal fin -excepciones-, la patronal aspira a lo contrario. En cualquier caso, todos exigen una revisión de este tema, para darle más coherencia y, sobre todo, relevancia.

Para ello, queda claro que se precisa una mejor definición de los protocolos médicos de vigilancia de la salud. Pero no sólo, sino una mejor definición de los presupuestos, contenido y alcance de esta técnica preventiva **¿cómo hacerlo? ¿Qué papel debe tener la negociación colectiva, tratándose de un tema de delicadísima regulación, por afectar a un aspecto muy sensible de información del trabajador?**

a) Modificación del redactado del art. 22 LPRL, reforzando la necesidad de que la vigilancia de la salud resulte específica a los riesgos del puesto de trabajo.

Pese a que la LPRL quiso marcar una clara diferencia entre la tradición, normativa y práctica, precedente del primado de los “reconocimientos médicos” -obligatorios usualmente en esa tradición- y la “vigilancia de la salud laboral”, como disciplina preventiva orientada a la evaluación, lo más precoz posible, y al análisis de la influencia de los ries-

gos inherentes al trabajo sobre su estado de salud -art. 22.1 LPRL-, lo cierto es que, a día de hoy, aquél primado sigue prácticamente invariado. Aunque es un lugar común reconocer y reafirmar de continuo que la “vigilancia de la salud”, con su complejo y específico sistema de protocolos evaluativos, comprende y exige mucho más que los reconocimientos médicos -parte del todo-, éstos son aún hoy la parte más practicada de su contenido y eje fundamental del desarrollo realizado por la negociación colectiva y la jurisprudencia del artículo 22 LPRL, caracterizado por revelarse como norma imperativa o de Derecho necesario relativo. Por lo tanto, el precepto admitiría sólo reglas de mejora, sin disposición autónoma de los sujetos sociales sobre las piezas básicas de su regulación, en especial su naturaleza estrictamente voluntaria como regla general, sin perjuicio de sus excepciones, muy genéricas y por tanto ambiguas, eso sí. Precisamente por ello, la negociación colectiva se centrará en especificar los requisitos que deben concurrir en los reconocimientos médicos laborales, a fin de adecuarlos a los riesgos concretos del trabajo, de conformidad con el principio de especificidad: los reconocimientos médicos no sólo deben ser *idóneos* para garantizar la finalidad de eficaz vigilancia -protección- de la salud laboral frente a la amenaza que suponen los riesgos derivados del trabajo, ajustándose a ellos

Como señala el art. 22 LPRL, en relación con el art. 31.3 f) de la misma norma, el deber de vigilancia de la salud empresarial no se proyecta en relación a la salud en general, sino que se centra en a la prevención de los riesgos inherentes al trabajo concreto que se desempeñe, sin perjuicio de vigilar también, claro está, que la salud del trabajador no constituya un factor de riesgo en el marco de la organización productiva⁶⁰.

De ahí, pues, la estrecha conexión que debe existir entre los exámenes periódicos de salud laboral y la evaluación de riesgos (art. 4.1 RD 39/1997). Esta conexión actuaría de garantía de la idoneidad de los mismos, descartando la corrección de los reconocimientos médicos generales que, no obstante su persistente dominio, no atiende a los riesgos concretos a los que está expuesto el trabajador en su entorno laboral. La claridad y contundencia de la norma legal no ha ido acompañada de su realización práctica, siguiendo con el disfuncional primado de lo cuantitativo -muchos y, por tanto, costosos-.

A esta doble situación deficiente -inefectividad de la norma e ineficacia de la medida- contribuyen todos los agentes del sistema, incluida la negociación colectiva más reciente, que continúan identificando la vigilancia de la salud con reconocimientos médicos generales para todos los trabajadores -que pertenecería más al ámbito (voluntario o pactado expresamente) de la promoción de la salud-, sin atender a los riesgos específicos. Se trata de un emble-

60 OIT, *Principios directivos técnicos y éticos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1998, pp. 3-8.

mático ejemplo de mayor poder de las inercias del pasado que el de las innovaciones reguladoras de la modernidad que representaba -y representa- la nueva cultura preventiva promovida por la LPRL. Ciertamente, desde una normalizada y correcta interpretación finalista y sistemática del art. 22.1 LPRL, que configura el deber empresarial de garantizar una vigilancia periódica de la salud de los trabajadores expresamente “*en función de los riesgos inherentes al trabajo*”, no haría falta reforma alguna de su tenor literal. El problema es, como se ha dicho, que la práctica se obceca en mantener la lectura precedente, obviado el referido principio de especificidad, perjudicando tanto el derecho de los trabajadores a una acción evaluadora de su estado de salud eficaz para prevenirles y protegerles de los riesgos del trabajo cuanto el interés de la empresa a acotar su acción a la esfera de riesgo estrictamente creada por su actividad. Por lo tanto, una mayor especificación podría tener un doble beneficio:

- En sentido incluyente, de mayor eficacia para la salud laboral, obligaría a la empresa a aplicar todos los protocolos y realizar todas las pruebas que resulten necesarias para evaluar la salud de los trabajadores, en función de los riesgos a que estén expuestos. La falta de alguna prueba requerida determinaría la ausencia de idoneidad de los reconocimientos practicados, suponiendo el incumplimiento de la obligación empresarial y la generación de las responsabilidades legalmente previstas.
- En sentido excluyente, de favor tanto para un desarrollo menos molesto para los trabajadores cuanto de acotación del deber empresarial, quedarían extramuros las pruebas que no estén dirigidas a valorar la incidencia del trabajo en la salud del trabajador. Consecuentemente, salvo acuerdo al respecto -de promoción de la salud laboral-, ni las empresas podrán realizar más pruebas que las estrictamente necesarias para valorar la interrelación entre trabajo y salud ni su obligación alcanza a realizar pruebas médicas que no guardan esta conexión.

Como es lógico, también la periodicidad debería verse afectada por esa especificidad de los exámenes de salud laboral. Es importante no convertirlos en algo rutinario -como ahora sucede con su carácter anual-, sino acompañar su realización a las exigencias del estándar de eficacia expresado en el deber de protección empresarial ex art. 14 LPRL, del que forma parte.

Además, sería conveniente que la reforma legal reconociera expresamente el valor normativo de los “protocolos” elaborados por las autoridades sanitarias en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, a fin de reforzar su solvencia técnica, de modo que se revistan de cierta oficialidad, y facilitar su homogeneidad, al

menos mínima. Sin duda, este objetivo de homogeneización razonable no exime del deber de adaptación de tales protocolos a los sectores de actividad y empresas, a realizar en el plan de prevención de cada empresa, como no puede prescindir de las características personales de cada trabajador.

A juicio de los autores de este Estudio y del Grupo de Trabajo creado para realizarlo, esta reforma contaría con un significativo consenso social -beneficia a trabajadores y también a empresas-, y profesional -los responsables técnicos de la vigilancia de la salud así lo vienen demandando desde hace años-. Como evidencian ciertos estudios de economía de la salud, las prácticas actuales en materia de vigilancia de la salud adolecerían de una extrema ineficiencia, porque representan una escasa o nula aportación a la mejora de la salud de los trabajadores para lo elevado de su coste económico (más de 300 millones de euros/año y 4 millones de reconocimientos anuales). Ni se cumpliría el objetivo de detección precoz de daños a la salud relacionados con el trabajo, por la falta de especificidad y de solvencia científico-médica de los exámenes de salud laboral, ni mejoraría el sistema de prevención de riesgos laborales, por las deficiencias en la derivación a las Mutuas -hoy colaboradoras de la Seguridad Social- de casos sospechosos de patología laboral para diagnóstico y tratamiento⁶¹.

Otros estudios, en cambio, evidencian que, si bien realizadas esas pruebas médicas, sí contribuyen a la mejora notable del estado de salud de los trabajadores, por la mayor precocidad de diagnósticos que propicia, así como por la ayuda que suministra para anticipar problemas de mayor calado en las empresas.

Asimismo, atendiendo al entorno de Derecho comparado, la necesidad de que los exámenes de salud sean concretos y específicos viene recogida por la práctica totalidad de los países de nuestro entorno, por lo tanto, en los dos sistemas, tanto en el continental como en el modelo anglosajón. Dentro del primero, destaca Francia (Código de Trabajo, en su importante y relativamente reciente modificación a través de la Ley nº 2011-867), Alemania (Libro 7º Código Social- Seguro de Accidentes, 1996 y Reglamento sobre el cuidado de la salud ocupacional, 2008); en el segundo, de nuevo, el Reino Unido (Reglamento de 1999 sobre gestión de la salud y seguridad en el trabajo).

En definitiva, la modificación del apartado 1º del art. 22 LPRL que se propone podría ser del siguiente tenor:

“1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud. Esta actividad deberá desarrollarse en los términos y frecuencia específicamente adecuados en

61 Vid. María Cruz Rodríguez-Jareño, Emilia Molinero, Jaume de Montserrat, Antoni Vallès, Marta Aymerich, *How much do workers' health examinations add to health and safety at the workplace? Occupational preventive usefulness of routine health examinations*, publicado en Gaceta Sanitaria, 2014,

función de los diversos factores de riesgo inherentes al trabajo, sin perjuicio de los acuerdos entre el empresario y los representantes de los trabajadores que pudieran adoptar en materia de promoción de la salud general.

La actividad de vigilancia de la salud laboral se ajustará en todo momento a los protocolos elaborados por las autoridades sanitarias en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (...).

b) simplificación y clarificación del régimen de voluntariedad-obligatoriedad de los exámenes de salud laboral: supresión de excepciones legales y exigencia normativa del carácter informado del consentimiento.

Pese a su trascendencia, arriba evidenciada, no hay duda alguna de que el centro del debate sindical y empresarial de esta materia se sitúa mucho más que en el citado “principio de especificidad” en el “principio de voluntariedad”. Ya se ha recordado que aquí si se produce una ruptura expresa, por el art. 22. LPRL, de la tradición de nuestro ordenamiento jurídico, para la que el reconocimiento médico debía ser, con carácter general, obligatorio, poniendo de manifiesto la intensidad del carácter público de la regulación de seguridad en el trabajo (art. 11.E) Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971 y arts. 44 y ss. RD 103/1959, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios médicos de empresa). Esta ruptura con el pasado venía exigida por la nueva regulación comunitaria en esta materia -el criterio de voluntariedad preside el art. 14 de la Directiva 89/391/CEE-, así como por la propia evolución de la legislación de salud pública, que hace del consentimiento - que reforzará apellidándolo “informado”- del sujeto un auténtico derecho fundamental⁶².

Pero, una vez más, de forma análoga a la tensión norma-práctica respecto del citado principio de especificidad, también para el principio de voluntariedad encontramos esa tensión o conflicto entre el ser y el deber ser, en la medida en que la propia ley recoge tres excepciones tan extensas y ambiguas que bien podrían mutar la relación, invirtiendo el principio, ya que, como la propia jurisprudencia ha reconocido, realmente las excepciones son reglas generales. Aquí también se deja ver una doble trasposición defectuosa por parte de la norma laboral. De un lado, se emula para el campo de la salud laboral la lógica normativa del campo de la asistencia sanitaria, que contempla casos excepcionales de tratamientos médicos obligatorios (art. 9.2 Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Sin embargo, se hace de forma extensiva, cuando se debiera haber hecho al contrario, de forma restrictiva. De otro, con ello,

⁶² Art. 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, ratificado por el art. 2.2 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

se aparta de forma radical de la regulación comunitaria marco, que no recoge ninguna excepción al principio de libre sometimiento del trabajador a los reconocimientos médicos. Ante estas circunstancias, no sorprenderá que este régimen normativo de “voluntariedad con excepciones” devenido en la práctica de muchas empresas y sectores “obligatoriedad con excepciones”, haya constituido -y siga hoy siendo- una fuente de numerosos conflictos, pues la teoría -carácter voluntario, sin disposición convencional- es desnaturalizada prácticamente por la ambigua redacción legal.

Esta cuestión encuentra actualmente renovadas causas de reapertura del debate, en el que concurren motivaciones e intereses de diverso tipo, ligándose este aspecto también con otro inherente a esta materia, la debida confidencialidad de los resultados de estas pruebas o exámenes de salud por afectar a una esfera especialmente sensible de la información propia del trabajador, estando en juego derechos fundamentales de primer orden -intimidad-. Así, en el plano internacional, la tragedia del vuelo de la compañía alemana “*Germanwings*” presiona a las autoridades comunitarias para un endurecimiento de los controles médicos sobre la salud mental, no sólo física, de los pilotos y, en general, de quienes transportan a pasajeros.

A tal fin, incluso se reclaman pruebas de alcohol y drogas, una evaluación exhaustiva de la salud mental y un mayor seguimiento de los profesionales que han sufrido trastornos psiquiátricos, a fin de mejorar la seguridad de los ciudadanos-clientes que dependen de su actividad. Estas nuevas propuestas legislativas también recogerían la obligación de que los centros médicos avisen a las autoridades de cualquier evaluación médica incompleta, y que los exámenes a los pilotos incluyan el recuento del número de fallos, el análisis de la gravedad de los errores que han cometido y conclusiones individualizadas sobre cada piloto.

Las recomendaciones y propuestas de reforma legislativa se suman a las de la oficina de seguridad aérea francesa (BEA). En ellas, junto a medidas sociales -apoyar al piloto ante las consecuencias financieras de una pérdida de la licencia para evitar que oculte problemas psiquiátricos-, se proponen medidas de control más intenso, como determinar en qué casos puede un piloto tomar antidepresivos y romper la obligación de mantener el secreto médico en las situaciones en que la seguridad pública corra peligro -debe recordarse que el piloto suicida, el día de la catástrofe, tenía una baja médica no comunicado a sus superiores, así como antecedentes médicos por trastornos psíquicos por los que había recurrido a diversos médicos y terapias, también ignorado por la empresa aérea en virtud del clásico principio de confidencialidad-. En suma, todo esto ha reabierto el debate sobre la laxitud de las pruebas a las que se someten hasta ahora estos profesionales -no sólo los pilotos-,

así como la necesidad de promover reconocimientos obligatorios cuando en juego esté un interés general, e incluso de su conocimiento empresarial a fin de que pueda adoptar medidas preventivas adecuadas, no disciplinarias, proponiendo un nuevo equilibrio entre el consentimiento-confidencialidad del trabajador y la protección de la seguridad pública (riesgo para compañeros y terceros). Como es natural, los sindicatos se oponen rotundamente a este reequilibrio.

En el plano interno, también los empresarios proponen una revisión del sistema de vigilancia de la salud laboral, a fin de “dotarlo de la necesaria coherencia y relevancia”. Junto al referido principio de especificidad, esa llamada a la relevancia y coherencia implica revisar el secreto médico en esta materia, pues entienden que la eficacia preventiva pasa por ello.

Un número significativo de prácticas -empresariales, pero también convencionales- vienen, pues, desnaturalizando la finalidad de los reconocimientos médicos, utilizados con más frecuencia de la previsible como instrumentos de selección de los trabajadores en vez de servir como mecanismos de mejora de las condiciones de trabajo.

Al respecto, no son aislados los *convenios colectivos de empresa* -excepcionales son los de sector en tal sentido, aunque los hay, como el convenio colectivo estatal del sector de empresas de seguridad (art. 30⁶³)- que pactan la obligatoriedad del reconocimiento médico previo a la contratación con independencia de las funciones y/o riesgos a que esté expuesto el trabajador y que condiciona su contratación⁶⁴. La obligatoriedad del reconocimiento médico inicial indiscriminado, sin la debida atención al puesto o las concretas circunstancias de cada empleado, obedece a la referida inversión de la regla en excepción y viceversa.

Tampoco los criterios jurisprudenciales son, en la práctica, definitivos para fijar una posición cierta en cada caso, más allá de la posición teórica general que, oficialmente, rechaza las prácticas intensificadoras de la obligatoriedad de tales pruebas. Un buen número de casos se rechaza este tipo de prácticas (Vid. STSJ País Vasco de 7 de abril de 2014, Rec. 1153/2011 en relación a los reconocimientos de controles sobre consumo de drogas de la policía muni-

63 Que atribuye al reconocimiento médico “el carácter de obligatorio por cuanto resulta necesario para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores y para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas”

64 Entre muchos, por citar los más recientes, cfr. art. 42 del Convenio colectivo de Telefónica Servicios Audiovisuales, SAU (BOE 16-2-2016); art. 41 del Convenio colectivo de Gold Advance Investments, SL. (BOE 29-4-2016); art. 11 del Convenio colectivo de Zurich Insurance, PLC, Sucursal en España; Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, Sociedad Unipersonal y Zurich Services AIE (BOE 3-5-2016); art. 41 del Convenio colectivo de Soluciones de Externalización Hotelera, SL (BOE 16-5-2016)

cial de forma obligatoria, indiscriminada y aleatoria, para todos y para todo tipo de funciones). Pero otro número de resoluciones judiciales, quizás mayor y de más alto rango, vienen dando validez a cláusulas convencionales de esta guisa, en unos casos sin realizar el suficiente juicio de proporcionalidad en función de los riesgos a que esté expuesto el trabajador o sus condiciones ambientales (STS de 28 de diciembre de 2006, R^o 140/2005, para Correos; STSJ Andalucía/Sevilla, 16 de febrero de 2012, Rec. 1230/2011, que, sobre aquella jurisprudencia, convalida el citado artículo 30 del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad) y en otros realizándolo, pero con un criterio muy laxo (STS, 4^a, 2015, para). En consecuencia, no clarificando la situación la negociación colectiva ni la jurisprudencia, más bien al contrario, parece no sólo recomendable sino necesario que el legislador clarifique esta cuestión central.

Atendiendo al entorno de derecho comparado, conviene advertir que, en este punto, hay notables diferencias, no ya sólo entre los sistemas del modelo continental y el anglosajón, sino incluso dentro de los incluidos en cada uno de estos dos paradigmas jurídicos. Así, tanto en Dinamarca (art. 63 Consolidated Act n^o. 1072, 7 de septiembre de 2010) como en Reino Unido optan por una marcada simplificación de esta regulación, partiendo de la voluntariedad salvo disposición legal que establezca su obligatoriedad.

También Italia (D.lgs. 2008, n. 81, Testo Unico Sulla Salute e Sicurezza Sul Lavoro) aboga por la voluntariedad generalizada, sin perjuicio de las excepciones legales. En esta línea de favor hacia el principio de voluntariedad se mueven, pero con una regulación legal mucho más detallada y completa, experiencias-sistemas diversos como el belga (RD 28/5/2003, sobre vigilancia de la salud de trabajadores) o el de los Países Bajos (Ley de Exámenes Médicos, del 5 de junio de 1997). En cambio, se sitúan en un modelo opuesto, basado en el principio de obligatoriedad del reconocimiento médico como regla general, experiencias diferentes, como la de Portugal o la de Rumanía.

Igualmente deriva de un detenido repaso por estas experiencias comparadas la regla de solvencia técnica de la declaración o reconocimiento del carácter obligatorio de las pruebas de salud laboral. En efecto, a diferencia de lo que se prevé en nuestra regulación legal textual, la intervención de los servicios médicos en la determinación de la obligatoriedad del reconocimiento médico laboral es una constante en los sistemas de Derecho Continental. Así, de nuevo, destacamos a Italia (art. 41 Decreto Legislativo n^o 81, de 9 de abril de 2008), Bélgica (RD referido de 2003), Francia (L-4624 del Código de Trabajo) y Alemania (Libro 7^o Código Social- Seguro de Accidentes y Reglamento sobre el cuidado de la salud ocupacional, 2008).

Aunque una buena vía para resolver este conflicto-tensión podría ser habilitar para que la negociación colectiva -sea de sector, sea de empresa- estableciese los supuestos en los que se admite la obligatoriedad, tal opción choca con la jurisprudencia constitucional -STCO 196/2004) que ha evidenciado sus límites, por tratarse de una materia que afecta a derechos fundamentales y por lo tanto es de carácter imperativo, de modo que los límites debe ser fijados por la Ley y, en todo caso, respetar el imperativo de proporcionalidad de la restricción legislativa. Por lo tanto, ha de ser la propia Ley la que ordene esta cuestión. La reforma que se propone debería contar con apoyo sindical y jurídico, al dotar de seguridad jurídica a una realidad, que se erige como una de las principales fuentes de conflicto.

Se propone el siguiente texto para el apartado 1º del art. 22 LPRL:

“1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud. Esta actividad deberá desarrollarse en los términos y frecuencia específicamente adecuados en función de los diversos factores de riesgo inherentes al trabajo, sin perjuicio de los acuerdos entre el empresario y los representantes de los trabajadores que pudieran adoptar en materia de promoción de la salud general.

La actividad de vigilancia de la salud laboral se ajustará en todo momento a los protocolos elaborados por las autoridades sanitarias en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud

La vigilancia de la salud laboral sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento suficientemente informado. De este carácter voluntario de las pruebas o exámenes de salud, incluidos los relativos al consumo de drogas con incidencia en la prestación de servicios o como factor de riesgo para terceros, sólo se exceptuarán los supuestos en los que así establezca una disposición legal o reglamentaria en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

La empresa, a través de su servicio de vigilancia de la salud, y previa consulta con los representantes de los trabajadores especializados en seguridad y salud en el trabajo, si los hay, documentará por escrito aquellos casos en los que los exámenes de salud laboral resulten obligatorios en la empresa, de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias referidas”.

Como imperativo de coherencia, esta reforma debe suponer la derogación del art. 243 LGSS. Este precepto, nacido con fines prestacionales, hoy estaría desubicado y obsoleto, pues responde a un tiempo en el que la norma obedecía a la obligatoriedad de los exámenes de salud laboral.

La propuesta realizada tendría las siguientes ventajas respecto del presente:

- Eliminación de los dos primeros supuestos de obligatoriedad. Sólo así se podrá reconvenir la actual inversión práctica del modelo normativo de voluntariedad excepcionada, que cuenta con el aval de la jurisprudencia del TS, pese a partir de lo contrario.
- Concreción de la obligatoriedad impuesta por norma de interés general. Sólo la “Ley” -siguiendo la doctrina constitucional⁶⁵-, y si acaso los reglamentos pueden fijar la excepción.
- Se remarca la necesidad de que el consentimiento del trabajador sea informado, como ya se infiere de la doctrina constitucional -STCO 196/2004-, pero conviene precisarlo, muy en especial respecto de determinados controles -como los relativos a consumos de drogas, en aumento en estos años- que a menudo se justifican con finalidad preventiva, pero luego se le da otra dimensión -selectiva de personal, incluyendo la potestad disciplinaria-.
- Delimitación del procedimiento que declare -según las disposiciones legales aplicables a la empresa- los supuestos de obligatoriedad del examen de salud laboral, concretando los órganos de representación competentes e introduciendo la necesaria intervención de los servicios de vigilancia de la salud. Se trata de una garantía de transparencia y de seguridad jurídica para todos, en la medida en que la diversidad eventual de normas aplicables en atención a la diversidad de actividades a realizar en cada empresa exige una formalización por escrito, previa consulta colectiva y mediada por el servicio técnico especializado.

Ciertamente, queda pendiente la cuestión relativa a cómo abordar este tema cuando hay un manifiesto “*riesgo para la seguridad de terceros*” (riesgo de seguridad pública), donde concluye claramente el interés general que la

65 En este punto el Grupo de Trabajo discrepa, en la medida en que un sector, firme defensor de la doctrina constitucional, considera que la negociación colectiva no tiene papel alguno aquí de especificación-ampliación, mientras que otro -en el que nos hallamos los autores del Informe Final- entiende que quizás debiese dejarse más juego de especificación a la autonomía colectiva, a fin de adaptar esta cuestión al sector de actividad concreto.

legislación sanitaria viene utilizando como clave para limitar el derecho de autodeterminación responsable en este ámbito (consentimiento informado). Una situación que tiene una manifiesta dimensión sectorial, de modo que sigue siendo legítimo, y razonable, plantearse si en determinados trabajos sí sería necesario que se imponga la regla de la obligatoriedad del reconocimiento médico (conductores de transporte público, en todos sus modalidades -aérea, por carretera, ferroviaria -).

Una vez más, el criterio jurisprudencial no es seguro, porque los fallos divergen. Unos consideran -para los conductores de autobuses en zonas urbanas- que no concurren los requisitos de proporcionalidad legitimadores de la regla de imposición obligatoria de los controles médicos, y por lo tanto, la injerencia en el derecho fundamental de intimidad que puede verse afectado (STSJ C. Valenciana, 24 de enero de 2013, Rº 3092/2012, que considera que ni hay un riesgo adicional, distinto a su actividad, ni interés preponderante social). Otros, en cambio, concluyen -para el conductor de ambulancias sobre el que hay sospecha de consumo de drogas- su legitimidad, por tratarse de una profesión que contempla como inherentes tales reconocimientos, por su seguridad, la de los pacientes y el resto de personas involucradas en el tráfico (STSJ Cantabria de 23 de junio de 2010, Rº 521/2010).

De nuevo, pues, la llamada debe dirigirse a la Ley, que en defensa del interés general, está en mejores condiciones para resolver esta cuestión. En este sentido, hay que recordar que se trata de sectores de actividad con una fuerte regulación, por los intereses públicos en juego, desde luego.

Consecuentemente, entendemos, tras una muy sugestiva discusión en el seno del Grupo de Trabajo, que la defensa de ese indudable interés general atendible debe fijarlo la Ley, como de hecho ya sucede en la mayoría de esos casos, por lo que sigue siendo válida y eficaz la reducción a uno de los tres tipos previstos hoy de excepciones. Precisamente, así actúa la legislación italiana donde resulta obligatorio el reconocimiento médico (incluyendo el control de consumo de drogas) para los trabajadores del sector del transporte (público y privado), empresas petroleras/gas e industrias de explosivos. En la misma dirección, si bien más abierta a la acción convencional colectiva, pues esta materia se regula por convenio interprofesional estatal, la legislación belga, que exige que las empresas aprueban una política sobre drogas orientada a la prevención de riesgos⁶⁶.

⁶⁶ Para todo ello remitimos a UGT-CEC. Drogodependencias y adicciones en los ambientes de trabajo. Buenas prácticas de regulación y gestión negociadas. UGT-Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. 2015.

c) Derecho a la reserva de la información médica como derecho prevalente y los límites del secreto médico como excepción. Derogación del art. 20.4 ET

La referencia a esta eventual particularidad sectorial nos lleva de lleno a otra cuestión que, como también se anticipó, hoy está en el ojo del huracán sobre esta materia. Al respecto, no sólo la sociedad reclama un mayor conocimiento de las situaciones que llevan a la baja de los profesionales que conducen vehículos y/o aparatos con muchas personas, recogándose ahora por las autoridades reguladoras profesionales este sentir, sino que también son hoy una mayoría las empresas que exigen, sin va a ser responsables, un más preciso conocimiento de ello. Sin esta transmisión de información no sería posible una prevención realmente eficaz. Como hemos visto, el debate está abierto en toda Europa a propósito de la tragedia de la compañía alemana referida. También en España, incluso desde ciertos sectores de la ITSS, se ha reclamado una regulación más coherente entre el sujeto responsable de la prevención -el empleador- y el sujeto conocedor de la información necesaria para que esa actividad sea eficaz -no sólo el servicio médico, sino también el empleador, que ha de adaptar el puesto limitado, hoy, a conocer sólo si es apto o no el trabajador para el precedente desempeñado-.

Pero, una vez más, es en el Reino Unido, claro exponente del refuerzo de las políticas neoliberales, donde este debate ha tenido mayor calado, por su generalidad y por su concreción en prácticas específicas.

Así, en los últimos años se ha transitado desde el sistema “*sick note*” (“parte de baja”) al de “*Fit for Work*” (*declaraciones de aptitud para el -más pronto retorno al- trabajo*)⁶⁷. La “*sick note*” es muy semejante a nuestro “parte de baja”. En él, los médicos tan sólo confirman que las condiciones de salud del trabajador no le permiten trabajar, declarando que no es apto, pero sin informar al empresario de las dolencias. Durante mucho tiempo, el sector empresarial evidenció su queja con este modelo porque, dada la ausencia de información real relevante, no tendría oportunidad efectiva de una adaptación laboral -ajuste razonable- para facilitar el retorno o el reingreso laboral en el menor tiempo posible. Precisamente, para hacer frente a esa crítica, surgió el sistema de “*fit note*” (declaraciones de aptitud para el trabajo; “*Statement of Fitness for Work*”), que se implantó el 6 de abril de 2010. Este documento permite al médico proporcionar al empresario más información respecto de las condiciones del trabajador, a fin de que la empresa pueda facilitarle un plan recuperación de la capacidad laboral lo más temprana posible (“*Return to Work Plan*”). Si

67 Esta aportación se debe a los profesores J.R. Mercader y Ana Belen Muñoz Ruiz. Puede hallarse más información en las Guías prácticas que publica el Gobierno británico para su implantación en las empresas, con la cooperación del trabajador. Vid. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/464395/fit-note-patients-employees-guidance-sept-2015.pdf

bien es cierto que, aparentemente al menos, este instrumento pretende hacer del parte de baja una herramienta útil para facilitar el pronto retorno del trabajador a la empresa, no menos verdad resulta que autoriza, con el consentimiento del trabajador, mayor conocimiento a la empresa de las condiciones de salud psicofísica del trabajador, lo que, naturalmente, podría convertirse en un “efecto boomerang” para el trabajador que consienta tal programa o plan.

Ante lo inicial del debate, la complejidad y lo delicado de los equilibrios, se tuvo un intenso debate en el seno del Grupo de Trabajo sin alcanzar acuerdos precisos ni vislumbrar una posición cierta. No obstante, los autores de este Estudio-Informe somos conscientes de que es necesario abrir una profunda reflexión al respecto, pues es evidente que en la reforma legal planteada por el sector empresarial se pondrá esta cuestión sobre la mesa, debiendo fijarse posición sindical que, a nuestro entender, deberá seguir siendo la defensa de la clara posición de prevalencia del derecho fundamental a la intimidad, en línea con el blindaje que ofrece la doctrina constitucional. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la protección que haya de encontrar los intereses colectivos, así como el derecho también fundamental del trabajador a una más pronta recuperación laboral, pero sin renunciar a derechos humanos.

En este contexto, entendemos los autores del Informe-Estudio necesario reparar sobre un precepto que permanece inmodificado desde hace casi cuatro décadas y que deja traslucir ya esa tendencia hacia un cierto sacrificio del derecho fundamental del trabajador a la reserva sobre su estado de salud, más allá de su conocimiento médico para los tratamientos debidos en aras de su protección. Nos referimos al art. 20.4 ET, conforme al cual, el empresario *“podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”*. Aquí prima una visión económica sobre la de garantías de derechos que, en determinados contextos, como el actual, en el que la propia regulación legislativa se convierte en un factor institucional de presión psicosocial, convirtiendo la inseguridad en el empleo en un factor de gestión más rentable del trabajo, puede tener efectos muy perniciosos para la propia salud psicosocial.

Ciertamente, el precepto legal no carece de garantías, en la medida en que siempre el poder de verificación requiere personal especializado y competente legal y médicamente. Sin embargo, la práctica actual de presión para renunciar a las bajas, flexibilizando el despido que trae causa de problemas de salud -ineptitud, absentismo laboral-, convierte a esta regla en una auténtica Espada de Damocles sobre el trabajador. Puede comprobarse lo contrario que es el enfoque de esta norma legal a la referida práctica en el Reino Unido. Consecuentemente, y asumiendo

que hay otras vías más garantistas y eficaces para llevar a cabo esa colaboración del empleador en el pronto retorno del trabajador, por razones de eficiencia y de equidad, proponemos:

derogar el artículo 20.4 del ET, que permite al empresario verificar el estado de salud -por enfermedad o accidente de trabajo incluidos- como un instrumento de selección extintiva del personal con menor rentabilidad por mayores problemas de salud, aunque sea laboral, dando mayor sostén a un liberalizado despido objetivo ex art. 52.d ET **-que debe contrarreformarse según exigencias del Derecho Internacional-**. Como venimos sosteniendo -se ha expresado sea en la reforma legal propuesta para el art. 22 LPRL, así como incluso en la propuesta de derogación igualmente urgida del art 54.f ET (para que las adicciones no sean causa de despido o sanción sino presupuesto de un plan de reinserción del trabajador adicto como persona enferma que es)-, la vigilancia de la salud, cualquiera que sea su modalidad, no debe tener más razón de ser que la mejora de la protección de la salud de los trabajadores no, ni directa ni indirectamente, una función de selección rentabilista de personal.

d) Reforzar el papel del personal sanitario especialista en salud laboral, revalorizando su profesión y sus garantías de autonomía respecto del empleador

A lo largo de las propuestas aquí efectuadas se ha podido ver con claridad nuestro objetivo de reforzar la posición de los especialistas en salud laboral en todos los procesos, no ya como garantía de reconocimiento de su importante función, sino de garantía del derecho mismo a la vigilancia de la salud como potente, pero sustancialmente inexplorada, disciplina preventiva. Aunque esta materia desborda con mucho el análisis que podemos hacer los juristas en esta materia, no será ocioso recordar la progresiva devaluación producida en el reconocimiento de esta profesión, a diferencia de lo sucedido en otros países, donde gozan de un marcado protagonismo, incluso de lo que acaecía en nuestro sistema antes del sistema de la LPRL -se aprovechó la nueva regulación para liquidar los servicios médicos de empresa, claves en el modelo precedente-. Enlazando con una debilidad que ya se observó también a la hora de analizar el modelo organizativo de la acción preventiva en las empresas, conviene aquí recordar que esta progresiva devaluación de la medicina -y de la enfermería, no se olvide- del trabajo, responde tanto a la perversa opción prevista para los servicios de prevención propios - sólo está obligado a elegir dos de las cuatro especialidades, eligiendo por criterios de costes, como es natural, no los riesgos presentes en la empresa-, de un lado, cuanto a la extrema o masiva externalización de esta disciplina, dados los enormes costes que tiene, de otro. Por lo tanto, la degradación de la

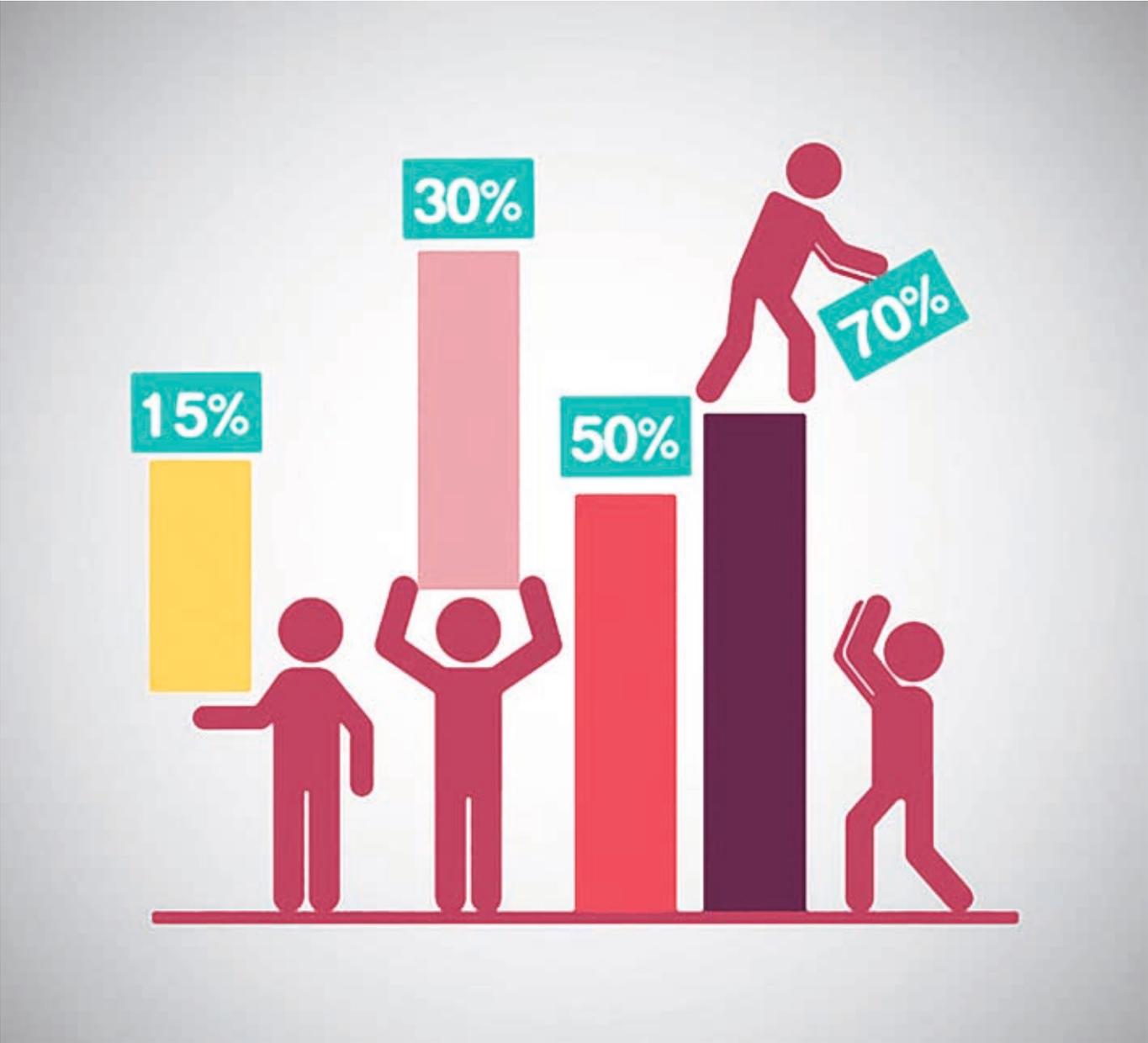
vigilancia de la salud en la práctica laboral vigente corre paralela a la devaluación de la profesión y del servicio de medicina -enfermería- del trabajo

Por eso, al igual que se ha preconizado para la nueva figura del “prevencionista” -en general y en cada una de sus, tanto clásicas como nuevas (ergónomo, psicólogo especialista en prevención de riesgos laborales; incluso gestor preventivo), especialidades preventivas-, también se propone hacerlo con esta profesión, clásica, pero llamada a una mayor centralidad, “justo” cuando el sistema preventivo la ha, prácticamente, liquidado. Consecuentemente, **nuestra propuesta** sería 1) *tanto reforzar* -en los términos arriba expresados- *el papel de los especialistas en vigilancia de la salud*, de modo que monitoricen los procesos de este tipo ex art. 22 LPRL, con garantías legales más reforzadas de autonomía e inmunidad respecto del empelador, cuanto, más allá, y siempre sobre la base de hacer efectivo el art. 10 LPRL, relativo a la coordinación entre los servicios de empresa y los servicios públicos de salud laboral, 2) *promover una creciente inclusión de la especialidad de medicina -y enfermería- del trabajo dentro del Sistema Nacional de Salud -SNS-*



6

Representación y participación de los trabajadores”: el reconocimiento de la figura del delegado territorial de prevención de riesgos. El delegado de medio ambiente



6. REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES”: EL RECONOCIMIENTO DE LA FIGURA DEL DELEGADO TERRITORIAL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS. EL DELEGADO DE MEDIO AMBIENTE

Hoy contamos ya con instrumentos empíricos que evidencian algo que sabíamos: si **hay representación laboral, mejora la acción preventiva** (ESENER-2). En consecuencia, siendo también conscientes de la debilidad de las estructuras de representación a tal fin en nuestro tejido empresarial, hecho de pequeñas empresas ¿cómo mejorar la implantación de las figuras representativas específicas? Es conocido que contamos con muchas experiencias colectivas o de negociación colectiva que han avanzado al respecto. Entonces ¿hay que seguir confiando en la mera autorregulación convencional? ¿Cómo se puede establecer una normativa de carácter más promocional, que asegure esa representación, territorial y /o funcional, en todos los sectores de actividad? En esta línea, queda clara la unanimidad de criterio en orden a la urgente necesidad de reforzar, desde la Ley, los instrumentos de representación y también participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, en especial por lo que se refiere a las microempresas (el 95,55% de las empresas españolas emplea de 0 a 9 empleados; las que emplean de 10 a 49 personas, pequeñas empresas, son un 3,8 %).

No hay duda de que en este crucial tema concurren dos aspectos básicos de la gestión preventiva. De un lado, ya referido en el análisis de la organización preventiva, y también de la conformación de las obligaciones (“cargas” para el actual, y errado, enfoque de política del derecho legislativa en la materia), la recurrente cuestión de la influencia del tamaño de las empresas en el sistema preventivo, a fin de conciliar eficacia con aligeramiento de costes. De otro, el imperativo de reapropiación social de la gestión de una cuestión tan trascendental para los trabajadores, al afectar a su vida e integridad, así como a su salud, de modo que no sea sólo una cuestión eminentemente técnica, como en el pasado, sino también colectiva. Pues bien, una de las mejoras urgentes del sistema legal es reforzar los instrumentos de representación y participación de los trabajadores en este tipo de empresas. La problemática se focaliza en -si bien no es exclusiva de- las empresas y/o centros de trabajo de menos de seis trabajadores donde no hay obligación de celebrar elecciones sindicales.

Ello implica que, a su vez, no sea posible designar a un delegado de prevención. Si se considera constatada -es una evidencia, como se ha dicho, internacional y nacional- la gran relevancia de las funciones del Delegado/a de Prevención en la empresa como instrumento de representación laboral -control colectivo de la calidad y eficacia de la actividad preventiva-, por un lado, y de colaboración para mejorar su efectividad, es necesario proponer la

articulación de medidas que corrijan la situación deficitaria descrita. Conocido es que, desde hace años, casi desde el inicio mismo de la vigencia de la LPRL, la propuesta que se formuló se dirigía tanto al reconocimiento como a la garantía, ex lege, de la figura del **Delegado territorial o sectorial de prevención**.

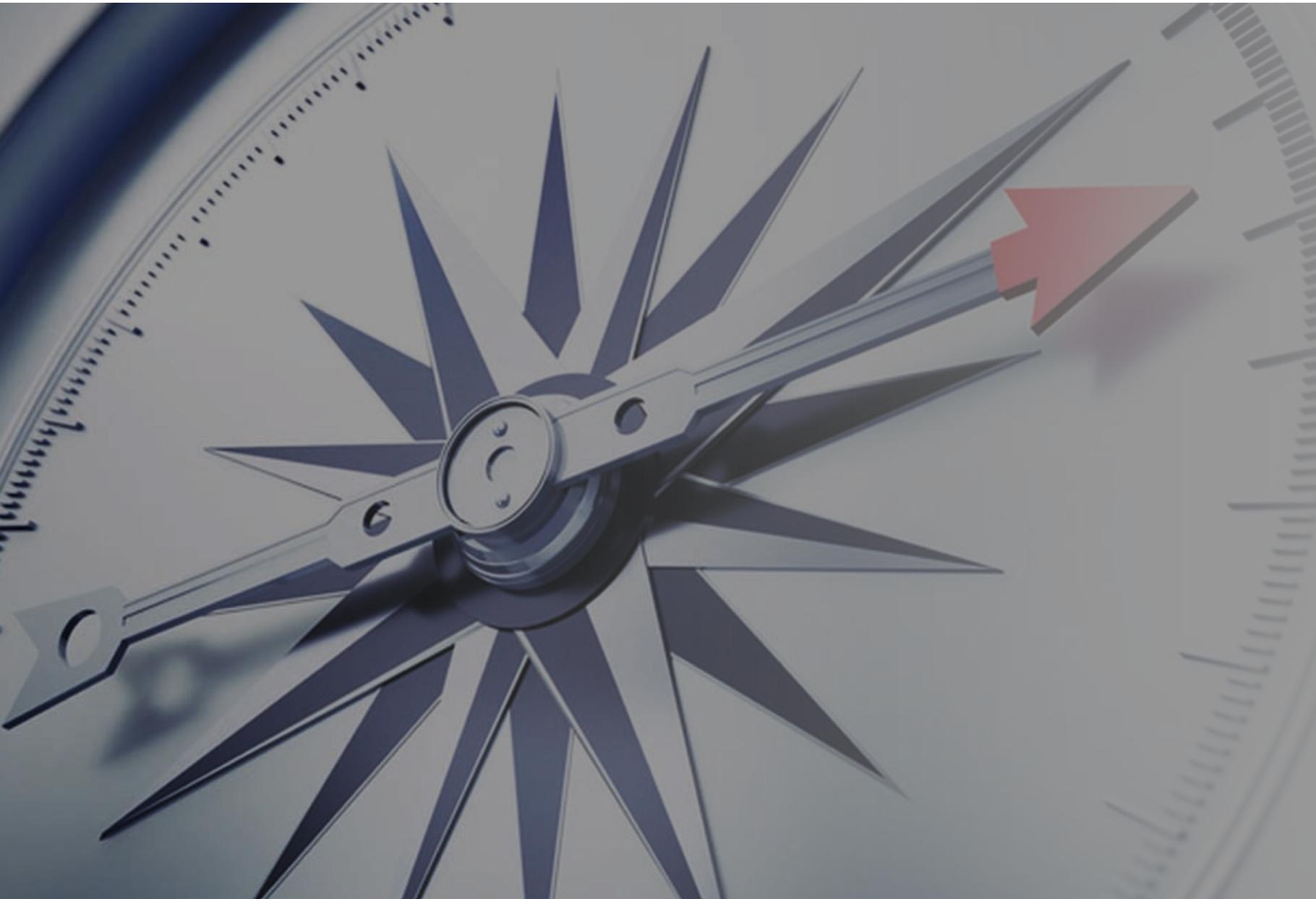
Este tipo de Delegado/a se configuraría como instrumentos para fomentar el mejor cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, prioritariamente en aquellas empresas que carezcan de la figura del delegado de prevención, regulado en el artículo 35 LPRL, dependiendo orgánica y funcionalmente de las organizaciones sindicales más representativas que los hubieran nombrado. La principal función del delegado territorial y/o sectorial sería ejercer una labor de vigilancia y supervisión sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. Para ello, se reconocería un conjunto de facultades, entre las que destacamos, en primer lugar, tener acceso, con las limitaciones previstas en el apartado 4 del artículo 22 LPRL, a la información y documentación prevista en el artículo 23 de dicha ley. Cuando la información esté sujeta a las limitaciones reseñadas, sólo podrá ser suministrada de manera que se garantice el respeto de la confidencialidad y, en segundo término, realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y supervisión del estado de las condiciones de trabajo y, a tal fin, acceder y comunicarse durante la jornada con los trabajadores, de tal forma que no se altere el normal desarrollo productivo.

Al respecto, existen ciertas experiencias ya exploradas en algunas Comunidades y que han sido creadas por la negociación colectiva. Así en Navarra se creó el Delegado Territorial por Acuerdo Interconfederal de Relaciones Laborales de 1995, entre la Confederación de Empresarios de Navarra, CCOO y UGT; en Asturias por Acuerdo entre la Federación Asturiana de Empresarios y por los sindicatos mayoritarios (CCOO y UGT) de 26-10-2004 y, de forma más reciente, la Resolución de 6 de junio de 2016, de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, por la que se ordena la inscripción del Acuerdo interprofesional para la creación y regulación de los Delegados Territoriales de Prevención en el Principado de Asturias para el período 2016-2019, así como de su reglamento de funcionamiento, en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo. (BO. Principado de Asturias 23-6-2016; y, en Castilla y León los Técnicos Visitadores creados por Acuerdo Interprofesional sobre Prevención de Relaciones Laborales que firmaron CCOO, UGT y CECAL).

Es posible objetar a esta propuesta que la negociación colectiva está habilitada para crear la figura del delegado territorial o sectorial sin precisar por ello de la intervención del legislador. No obstante, la negociación colectiva está bastante debilitada por lo que sería útil contar con el reconocimiento legal de su existencia. Por otro lado, también

se sugiere la eliminación de la fórmula por parejas y de forma mancomunada de manera que los delegados territoriales de prevención están compuestos por un delegado propuesto por la organización empresarial y por otro propuesto por las organizaciones sindicales. Parece necesario reformular la figura para que sea esencialmente representativa de los intereses de los trabajadores afectados.

Finalmente, convendría plantear una cuestión más, aspiración legítima sindical y que hasta ahora no ha encontrado reconocimiento legal alguno, sí convencional: **los Delegados de Medio Ambiente**. La razonabilidad de esta figura hallaría fundamento en el planteamiento aquí seguido en torno a la conexión estrecha entre el ambiente laboral (interno) y el ambiente social (externo). Al respecto, conviene recordar la experiencia francesa, desde 1982, relativa al reconocimiento de diferentes derechos de alerta sindical en torno a cuestiones ambientales -también en el ámbito de los riesgos psicosociales se ha ejercido recientemente-, por lo que sería útil plantear una vía de reconocimiento legislativo promocional de esta figura análoga, siguiendo las mejores prácticas convencionales



7

Bloque sobre las garantías de efectividad del cumplimiento: el sistema de responsabilidades por incumplimientos



7. BLOQUE SOBRE LAS GARANTÍAS DE EFECTIVIDAD DEL CUMPLIMIENTO: EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES POR INCUMPLIMIENTOS

7.1.¿Qué incidencia debe tener el carácter triangular de las relaciones de trabajo (trabajo en contratas, ETTs, grupos) en los criterios de atribución de responsabilidad -administrativa y civil-?

Es conocido que en el actual sistema, la concurrencia de varios empresarios en un mismo proceso productivo, no obstante la multiplicidad de reglas incidentes en la definición de obligaciones, con mayor o menor precisión en su atribución, produce notables deficiencias, incluso “fugas en el sistema de responsabilidades”, con problemas por exceso y por defecto. Es evidente que esta cuestión enlaza con otra anterior en torno a cómo delimitar los deberes de prevención en este tipo de relaciones complejas, en las que conceptos como el de “propia actividad” se han desvelado claramente insatisfactorios. Pero ¿cómo afinar el criterio para que resulte más eficaz y eficiente el sistema?

El caso paradigmático es el del trabajo en contratas, que ya hemos visto que, en ocasiones, se origina con ruptura de la idea primigenia de colaboración entre verdaderos “empresarios”. Pero que, en cualquier caso, establece un sistema escalonado de obligaciones que diferencia los siguientes supuestos:

- Deberes de cooperación, coordinación, información e instrucción = gira en torno a la ya aludida idea de titularidad del centro de trabajo
- Deber de vigilancia, y consiguiente culpa “in vigilando” = gira en torno a la noción de “propia actividad”, además de al criterio de titularidad del centro de trabajo
- Otros deberes (los del art.41 referidos a fabricantes, importadores y suministradores) = cuando se emplee maquinaria, equipos, productos, útiles o materias primas proporcionadas por la empresa principal

Pues bien, como se viene diciendo, estos criterios de atribución de un complejo entramado de deberes y de imputación de las consiguientes responsabilidades provocan fugas en el sistema. Bien por exceso -atribuyendo responsabilidad a quien nada pudo hacer por evitar el suceso dañoso-, bien por defecto -dejando fuera a quien podría resultar el verdadero responsable-.

Quienes tienen experiencia directa en litigar en asuntos donde se dirimen las responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo narran casos en que, no siendo propia actividad, es clara la responsabilidad del empresario principal, en concurrencia o no con la del empresario empleador. Y, en cambio, el manejo tanto por la Inspección como por los tribunales de la referida noción de “propia actividad” dificulta o impide la extensión de responsabilidad al primero. Otras veces ocurre lo contrario, y se imputa responsabilidad a quien nada debía ni pudo hacer para evitar el hecho dañoso, el accidente.

Habría, pues, que estar a las concretas circunstancias de cada caso, a la capacidad real de ejercer las facultades de control y vigilancia de cada uno en su esfera, al cabal cumplimiento, en fin, de los deberes de colaboración e información por parte de cada uno de los empresarios involucrados; y quizá conviniera propugnar una interpretación más “amplia” de empresario infractor; y una interpretación más estricta y menos formalista de los deberes que corresponden a cada empresario o persona interviniente. Y, en todo caso, una nítida distinción de ambos planos, el de la extensión de garantías por tratarse de propia actividad (quizá merecedor de alguna corrección) y el de la verdadera imputabilidad por culpa o negligencia cuando se trate de un empresario “infractor” real, que incumplió medidas u obligaciones que Sí se encontraban en su esfera de actuación y responsabilidad.

Un ejemplo real⁶⁸, a propósito de una propuesta de recargo de prestaciones formulada por la Inspección en acta de infracción (omitiendo datos personales y nombres o razones sociales de las empresas implicadas): un trabajador de una empresa que realiza el mantenimiento de instalaciones no industriales en una factoría asturiana fallece a consecuencia de una caída de altura; al haberse producido omisión de medidas de seguridad se inicia expediente para imponer el oportuno recargo. El acta de la Inspección recoge expresamente el hecho -y la calificación jurídica del mismo- de que la empresa principal no es considerada empresa infractora en el inicial expediente sancionador, por no tratarse de su propia actividad y no alcanzarle por tanto los deberes de vigilancia y control que dispone el art.24.3 LPRL (sin cita expresa de precepto). Pero de seguido, se le considera responsable solidario del recargo extendiéndole a estos estrictos efectos la consideración de empresario infractor por haber omitido medidas de seguridad y prevención de riesgos aun no tratándose de su propia actividad. No fundamenta jurídicamente esta solución, salvo con referencia a una doctrina jurisprudencial que cita, que nada tiene que ver con el caso pues en esos supuestos verdaderamente la responsabilidad del suceso caía en la esfera de la empresa principal.

68 Presentado por la profesora Carolina Martínez.

Y así, en concreto, en la STS de 5 de mayo de 1999, rec.3656/97, lo que se dice, con apoyo en otra previa de 18 de abril de 1992, es que es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause los daños o sea la causa del accidente, que cae entonces en la esfera de la responsabilidad de dicho empresario. Pero, prosigue la sentencia razonando que “no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata.” Esto es, diferencia claramente esto último, la ampliación del círculo de responsables en virtud del mecanismo de la contrata, de lo que es un empresario infractor por haber omitido él deberes, obligaciones o medidas que correspondían a su esfera de competencia, actuación y consiguiente responsabilidad. Otro tanto puede decirse del asunto sobre el que versa la otra de las sentencias mencionadas, la STS de 16 de noviembre de 1997, en la que el accidente se produce como consecuencia de haberse cortado la corriente eléctrica, lo cual es claramente responsabilidad del titular del centro de trabajo donde se desarrollaban las tareas del trabajador accidentado. Lo que ocurre es que el acta que sirve aquí de ejemplo confunde estos dos planos, los entremezcla y acaba determinando que se imponga el recargo a quien poco tenía o podía hacer para evitar el siniestro.

Junto a esas desconexiones, se producen otras, con la consiguiente creciente pérdida de coherencia reguladora, en especial entre los arts.24.3 LPRL y 42.3 parr.1º LISOS. Hemos visto que el art.24.3 LPRL impone un deber de vigilancia a las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras y servicios correspondiente a la propia actividad y que se desarrollen en propios sus centro de trabajo. Por su parte, el art.42.3 LISOS establece la responsabilidad solidaria de la empresa principal con contratistas y subcontratistas a que se refiere el art.24. Al margen de la revisión propuesta respecto de la “propia actividad”, sigue siendo una cuestión conflictiva, a la que se ha dedicado auténticos “ríos de tinta”, la relación existente entre ambos preceptos, el sustantivo y el adjetivo o instrumental, puesto que el art.24 LPRL enuncia el deber de vigilancia en términos más amplios que la responsabilidad solidaria establecida en el 42.3 LISOS, pues el primero recae sobre toda la cadena de contratas y subcontratas mientras que el segundo sólo afectaría a la empresa principal. Con todo, el art.42.3 LISOS se remite en la definición del supuesto de hecho al art.24.3 LPRL, lo que parecería apuntar, y así lo ha estimado la doctrina mayoritaria, que se trata de supuestos iguales y que la referencia a “principal” no es ya a la empresa que formalmente tenga tal condición, sino a la que actúe como tal, por lo que se extendería a las contratas que hayan subcontratado trabajos, por cuanto aquélla actúa de principal respecto de ésta.

Con todo, no es eso lo que dice la literalidad del precepto, que habla de “empresa principal” en singular, no en plural, lo que puede ser una simple cuestión de formulación del precepto, pero también podría querer atribuir a la

principal una situación especial, coherentemente con su posición en respecto de las demás empresas concurrentes y con el hecho de que es la receptora última del resultado del trabajo. En suma, esa dispar formulación genera dudas que deberían ser aclaradas, en un sentido (extensión de la responsabilidad solidaria a lo largo de toda la cadena de contratas) u otro (atribución de responsabilidad solidaria exclusivamente a la contratante y a la empresa principal en sentido estricto). Por lo tanto, se propone

- Clarificar la relación existente entre los arts.24.3 LPRL y 42.3 LISOS, indicando con claridad si se trata de idénticos supuestos o si los ámbitos de uno y otro son diferentes
- Prever limitaciones de la subcontratación y obligaciones de información a la empresa principal sobre el particular. Tales previsiones podrían inspirarse en las establecidas en la ley de subcontratación en el sector de la construcción.

Valoración estimativa del grado de resistencia a la reforma legal esperable.

Dado que se trata también aquí de clarificar un aspecto oscuro y mejorar la redacción de ambos preceptos, no debería producir ninguna resistencia, redundando en beneficio de la seguridad jurídica, bien común a empresarios, trabajadores y sociedad.

La responsabilidad en el seno de las Empresas de Trabajo Temporal: clarificación de las responsabilidades de cada empresa interviniente

Los arts.16.2 LETT, 28.5 LPRL, 5.2 RD 216/1999, 42.3 parr.2º LISOS atribuyen en términos casi absolutos la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales de los trabajadores de la ETT a la EU. Esta atribución, en principio vendría justificada porque, como es sabido, la EU es la empresaria “de facto” del trabajador, y la responsable de las condiciones de trabajo en las que se desarrolla la prestación del trabajador de ETT. Ello determina que, efectivamente, en caso de que un trabajador de ETT sufra un accidente o contraiga una enfermedad profesional a consecuencia de unas deficientes condiciones de trabajo, inexistencia de EPIs .debe ser quien responda de tales daños, así como del recargo de prestaciones que, en su caso, podría acordarse.

No obstante, pese a que la ETT asume importantes obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, ninguna norma le atribuye específicamente responsabilidad en esta materia. Esta situación es muy problemática, particularmente en atención al régimen de la posible no-formación preventiva, pues puede hacer que las ETTs descuiden aún más ese deber de comprobación. En suma, si se estableciera su responsabilidad expresa e indubitada

es muy posible que procuraran un cumplimiento más riguroso de sus obligaciones. Posiblemente este silencio se deba a un sobreentendido, en el sentido de que si sobre ella recae la obligación, también sobre ella recaerán las consecuencias del incumplimiento. No obstante, el hecho de que sí se establezca la responsabilidad de la EU, además en términos tan amplios, y no de la ETT, así como la fortaleza de la patronal de estas empresas, arroja oscuridad en una materia sumamente sensible. A ello hay que añadir que la aplicación judicial de la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de las ETTs dista mucho de ser clara, puesto que, más que clarificarla, han arrojado mayor oscuridad.

Ejemplo de ello es la STS de 4 de mayo de 2015 (precisamente, es ponente Salinas), en la que el Tribunal declara la responsabilidad solidaria de la ETT y de la EU pese a que se demuestra que no hubo ningún incumplimiento por parte de las empresas. Pese a que la solución adoptada no se establece en norma alguna (sí en otras situaciones de pluralidad de empresas: el ámbito de las contratas, pero evidentemente se trata de supuestos en absoluto homologables y con regulación propia y muy diversa), el TS no dedica una sola palabra a fundamentar la condena solidaria que impone a sendas empresas, pese a la ausencia de reglas específicas de atribución de responsabilidades civiles en estos supuestos. A pesar de que en el ámbito de la responsabilidad civil la aplicación de la solidaridad no es infrecuente, exige en todo caso que la empresa haya participado de algún modo en la causación del resultado por incumplimiento de alguna de sus obligaciones. Lo que no ocurre en este caso, en el que dice el TS que la empresa “no protegió a la trabajadora frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias, no acreditando haber agotado toda la diligencia exigible, evidenciándose 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)”. Sin embargo, tal empresa que pudiera haber actuado sería la EU, no la ETT, puesto que no controla las condiciones de desarrollo del trabajo ni, claro está, es competente de evaluar los riesgos de la EU. Por tanto, no se entiende, ni se explica, por qué de la solidaridad en estos supuestos. En suma, la norma no es adecuada, pero la atemperación de la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales de la EU se hace por los Tribunales de forma muy confusa, lo que genera gran inseguridad jurídica.

De ahí nuestra Propuesta de reforma legal, según la cual, se debería establecer:

- la responsabilidad de la ETT en los casos en los que se demuestre que el daño para la salud del trabajador deriva del incumplimiento de las obligaciones en materia preventiva que tiene atribuidas respecto de los trabajadores puestos a disposición

- los supuestos en los que, en su caso, procedería la aplicación de la responsabilidad solidaria de ambas empresas.

Bajo o nulo grado de resistencia previsible. Conviene evidenciar que⁶⁹, a diferencia de otras propuestas, no debería haber resistencias empresariales ni técnicas, dado que se trata de clarificar un aspecto que está produciendo inseguridad jurídica notoria y, por tanto, perjudica a trabajadores y empresarios. Recuérdese que una de las líneas propuestas por la CEOE para la reforma del sistema regulador de la prevención de riesgos laborales es, como aquí se viene poniendo de relieve en reiteradas ocasiones, “*racionalizar la judicialización en la prevención de riesgos laborales*”. Sin perjuicio de evidenciar que en tal propuesta hay implícito un objetivo de adelgazamiento legislativo, en la dirección de su eslogan “menos leyes y más claras” -se expresa de forma abierta que se busca reducir “*el elevado número de obligaciones que de ella se deriva*”-, no hay que desdeñar el punto de encuentro que puede generar tal planteamiento en la Mesa de Diálogo Social previa a la reforma legal que se propone, pues toda propuesta orientada a la revisión clarificadora del marco legal, reduciendo complejidad, inconcreción y ambigüedad, como las aquí indicadas, deberían concitar el consenso necesario para hacerla real o efectiva

7.2. ¿Qué se puede y se debe hacer para mejorar el sistema de responsabilidad “civil” por daños derivados del trabajo desde un punto de vista preventivo?

Cumplir el mandato legal de establecer un sistema de valoración-Baremo de daños del trabajo propio que garantice el principio de reparación íntegra de los daños

No cabe duda que una clave fundamental para revalorizar la responsabilidad civil por daños derivados del trabajo en aras de hacer de ella un instrumento no sólo reparador de aquéllos sino de disuasión de los incumplimientos, es asegurar que el empresario pague todo el daño que se genera por su inobservancia de las obligaciones legales. A tal fin, si bien se han ido dando pasos importantes de progreso que conviene consolidar, parece claro que resulta cada vez más urgente el desarrollo de lo establecido y no cumplido en la DF 5ª LRJS sobre el “Sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales”: “En el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adoptará las medidas necesarias para aprobar un sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, mediante un sistema

⁶⁹ Como evidenció la profesora M. Miñarro Yanini en el debate plenario del Grupo de Trabajo y fue asumido de forma unánime por éste.

específico de baremo de indemnizaciones actualizables anualmente, para la compensación objetiva de dichos daños en tanto las víctimas o sus beneficiarios no acrediten daños superiores”.

Hay que destacar la especialidad de las indemnizaciones derivadas de AT y EP, tanto en los supuestos de IT, secuelas, incapacidad permanente y otras, así como para determinación de la incidencia en la capacidad laboral o en la delimitación de los perjudicados y de los posibles daños morales, aun tomando como posible referencia los esenciales criterios y las cuantos revalorizables de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre (de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación). Aunque el momento de la responsabilidad implica el fracaso del momento preventivo, no es posible desdeñar el impacto de aquél en éste, a través de una suficiente exigencia de la misma, hoy notablemente infravalorad, no obstante la notable evolución experimentada por el sistema en el orden social y sobre el que habría que realizar mayor pedagogía sindical.

Fijación legal de un sistema que dé efectividad práctica al plus de protección que supone la función disuasoria del sistema de responsabilidad civil, hoy sólo nominalmente previsto

A la vista de la introducción por la LRJS del carácter disuasorio de la indemnización, por primera vez en el derecho español, entendemos que es necesaria la fijación de unas bases para su concesión. En concreto el artículo 183.2 LRJS establece:

“2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, ***así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.***”

La propuesta incluiría un añadido como el siguiente:

“2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. *A fin de concretar judicialmente la finalidad preventiva de la indemnización, en especial cuando se trate daños derivados del incumplimiento de las obligaciones de riesgos laborales, que podrá consistir, entre otros supuestos, en un porcentaje de los beneficios del último año, se tendrá especialmente en cuenta el tamaño de la empresa y la trayectoria de incumplimientos precedentes*”

De nada, o de muy poco, sirve una alusión legal al carácter disuasorio de la indemnización si no se lleva a la práctica, para lo que nos parece acertada la introducción de unas bases en *numerus apertus*. Cuestión distinta es si, a la vista de la jurisprudencia del TJUE que lo ha negado, cabría pensar en introducir un sistema de “daños punitivos” específicos para el ámbito de los daños derivados del trabajo y causados por incumplimientos preventivos de los empresarios. Esta es una cuestión que provoca importantes polémicas y no ha permitido alcanzar una posición unitaria en el seno del Grupo de Trabajo. Es evidente que una propuesta de este tipo no sólo genera polémica doctrinal, sino que seguro provocará resistencias de muy alta intensidad en la patronal, por lo que es poco viable. Es difícil pensar en admitir un sistema de responsabilidad por daños del trabajo que no sólo resulte (1) íntegramente reparador y (2) efectivamente disuasorio, como aquí se propone -esta propuesta no introduce novedades jurídicas reales, pues ya están en nuestro Derecho Legislado, sólo que no practicado, al menos de una forma significativa-, sino, a más a más, (3) “punitivo”⁷⁰. Consecuentemente, y en aras de introducir reformas más viables que consigan objetivos de progreso preventivo al tiempo, hay que racionalizar, a nuestro juicio, las propuestas, permitiendo una mayor racionalidad del sistema, en beneficio tanto de su efectividad como de su seguridad jurídica, sin deficiencias de protección -que actúan como incentivos o bonos para el incumplimiento- ni yuxtaposiciones o excesos de reparación -que actuarían como desincentivos para el empleo y, finalmente, para la prevención misma-.

7.3. ¿Qué hacer con el recargo de prestaciones de la Seguridad Social: lo reformamos para su actualización o se deroga definitivamente, desplazando el efecto disuasorio de esta materia a un nuevo Derecho Laboral de Daños a la persona del trabajador?

Precisamente, en esta línea de racionalización -clarificación del sistema- y efectividad del mismo a fines preventivos, no sólo de reparación íntegra, vuelve a cobrar actualidad una institución tradicional en nuestro sistema, el célebre y polémico **Recargo de Prestaciones**. Siendo recurrente esta dialéctica, y estando dividida la doctrina, ¿cabría ahora ya asumir definitivamente una racionalización del sistema de responsabilidad por daños que suprima esta figura? ¿Es la citada técnica de los daños punitivos una vía más racional y eficiente para afrontar la función disuasoria de la indemnización por daños del trabajo? ¿Cabe plantear reforzar al mismo tiempo el efecto disuasorio del sistema de responsabilidad civil y el recargo de prestaciones?

70 Propuesta realizada por el abogado Juan Ignacio Marcos González.

Entendemos que ha llegado el momento de plantear abiertamente esta cuestión, mediando en la polémica en torno a su supresión -propuesta que goza de amplio consenso en un destacado sector doctrinal-, o en su reformulación, a fin de modernizarlo y adaptarlo a la evolución del sistema, tanto normativa como sobretodo jurisprudencial. No habiendo aquí el suficiente consenso en el seno del Grupo de Trabajo, los autores adoptamos la propuesta⁷¹ que nos parece más viable y realista, pues no sólo mejoraría la protección de los trabajadores sino que incluso contaría con cierta aceptación empresarial, haciéndola más viable. Al respecto es sugerente recordar que la CEOE propone “*suprimirlo o reformularlo o, subsidiariamente, permitir su aseguramiento y exigir judicialmente la prueba de la causalidad entre el incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales y el daño derivado del trabajo*”.

Así, se propone:

a) Concretar el carácter objetivo del recargo e independiente de la posible conducta del trabajador, en especial en el supuesto inicial de “*cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones*” para evitar tendencias jurisprudenciales hacia la culpa civil y las posibles compensaciones de culpa; y, como mínimo, en los otros supuestos destacar que rige el principio sobre la carga de la prueba en AT y EP establecido en el art. 96.2 LRJS

b) Evitar que se pretenda aplicar automáticamente a modo de cosa juzgada el resultado de la sentencia firme que en materia sancionadora excluya la responsabilidad empresarial por infracción de medidas de seguridad en aplicación del principio de presunción de inocencia ex art. 24 CE, aplicable en materia sancionadora administrativa como ha establecido la jurisprudencia constitucional, a los procesos en materia de recargo de prestaciones ex art. 164 LGSS, regidos por otros principios en materia de la carga de la prueba y estos último de contenido más amplio que la posible tipificación de concretas infracciones (“ *cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador*” –art. 164.1 in fine LGSS-).

c) Delimitación de los sujetos responsables del abono del recargo (“*La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor*” -art. 164.2 LGSS), acogiendo

71 Formulada por el Magistrado F. Salinas y el abogado Juan Ignacio Marcos González. Otro sector del Grupo de Trabajo, encabezado por el profesor J.R. Mercader, defendió la tesis, en coherencia con sus posiciones precedentes bien conocidas, la supresión definitiva del recargo de prestaciones por ser más disfuncional que otra cosa, generando incertidumbre.

la interpretación de la jurisprudencia constitucional y social del concepto de “*empresario infractor*” extendiéndolo solidariamente, sin perjuicio de las acciones de repetición, a todos los deudores de seguridad, -- así como a todos los supuestos de sucesión o cambio de empresa (interpretando en sentido amplio la doctrina STS/IV 23-marzo-2015 -rcud 2057/2014, Pleno, con voto particular, seguida, entre otras por SSTS/IV 14-abril-2015 -rcud 962/2014, 5-mayo-2015 -rcud 1075/2014), y teniendo en cuenta que esta materia se extiende también a los TRADE y a los trabajadores autónomos, puesto que esta ampliación era incluso defendible con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, con fundamento en la propia LPRL, que la competencia en materia de prevención de riesgos laborales comprende:

- Los **trabajadores autónomos económicamente dependientes** (arg. ex art. 2.b y d LRJS)
- Los **trabajadores autónomos**, en especial para reclamar por los daños sufridos con motivo del desarrollo de su actividad profesional contra quien o quienes en atención a los deberes establecidos en la LPRL y otras normas concordantes- puedan resultar responsables -Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (art. 42 LOPJ) en Auto de fecha 28-septiembre-2011 (conflicto nº 37/2011

d) Suprimir la imposibilidad de aseguramiento que deja sin protección en esta materia a muchos trabajadores en cuyo favor se ha reconocido el recargo –art. 164.2 LGSS- y considerar la opción de restablecer la responsabilidad subsidiaria de la TGSS (a modo del antiguo Fondo Compensador), lo que inicialmente se había declarado por la jurisprudencia social. Caben a nuestro juicio dos posibilidades de reforma:

- a) Que el recargo sea asegurable VOLUNTARIAMENTE.
- b) Que el recargo sea asegurable OBLIGATORIAMENTE.

Creemos que la única efectiva es el aseguramiento obligatorio dado que, presumiblemente, la prima del seguro de recargo será muy elevada al cubrir altas cantidades. Esto a su vez debiere suscitar la creación de situaciones de aseguramiento diferenciadas similares a las existentes en el seguro de automóvil, con un seguro obligatorio y un seguro voluntario, y con la obligación del Estado de asegurar el riesgo del seguro obligatorio (que podría ser vía TGSS a modo del antiguo Fondo Compensador) cuando no exista entidad privada que asegure el riesgo del recargo o la prima que solicite sea absolutamente exorbitada. Estimamos una gran viabilidad en esta propuesta puesto que tanto los sindicatos como la patronal están interesados en ella, habiendo además un sector “lobby” como es el asegurador que pudiere también impulsarla.

e) Remarcar, aunque literalmente la solución ex art. 164.3 LGSS (*“La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”*) parece clara, que en ningún tipo de indemnizaciones de daños y perjuicios derivadas de AT o de EP puede deducirse o compensarse el incremento de prestaciones por recargo, evitando posibles tesis jurisprudenciales que pretenden ampararse en la realidad social del incremento de pretensiones indemnizatorias que no se ejercitaban cuando se creó el recargo de prestaciones en la LGSS.

f) Incluir expresamente el recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado), dado que no olvidemos que en materia de seguridad social y, derivadamente, la competencia del orden social abarca a todos los funcionarios públicos autonómicos y/o municipales que están incluidos en el RGSS, así como a los funcionarios estatales de ingreso más reciente ya no incluidos en el Régimen de Clases Pasivas a extinguir (sin nuevas inclusiones a partir del 01-01-2011 □DA 3ª LGSS/2015 □), por lo que no parece lógico mantener, con base en la misma LPRL, regímenes separadas en materia de prevención de riesgos y sus consecuencias. En la misma línea pero yendo más allá, y dado que de acuerdo con el artículo 2 e) LRJS toda la materia de prevención de riesgos laborales corresponde a la jurisdicción social, parece que debiere desaparecer el procedimiento de averiguación de causas de las Clases Pasivas del Estado y pasar el conocimiento pleno del cambio de contingencia y del posible subsiguiente recargo de prestaciones a la jurisdicción social, bajo los procedimientos respectivos.

g) Coordinar con la normativa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en especial, en la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social) para impulsar la investigación y, en su caso, el levantamiento de actas de infracción y derivada solicitud de recargo de prestaciones ante el INSS en los supuestos del art. 164 LGSS, así como remarcar, además, que en esta materia cuando exista acta de infracción *“Los hechos constatados por los inspectores de Trabajo y Seguridad Social o por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados. El mismo valor probatorio tendrán los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes”* (arg. ex art. 151.8 LRJS), aunque ubicado exclusivamente en la modalidad procesal de impugnación de actos administrati-

vos no prestacionales quizá debería incluirse en las reglas generales comunes a todos los procedimientos sobre la carga de la prueba.

h) Al estar originándose numerosos litigios, en especial cuando se pretende el recargo en materia de EP existiendo largos períodos temporales entre el posible cese en la prestación de servicios y la detección de las EP, debiera concretarse legalmente la fecha de inicio de los plazos de prescripción (5 años) para instar el recargo de prestaciones (entre otras, STS/IV 18-mayo-2015 rcud 2720/2014 Pleno con voto particular, 1-junio-2016 rcud 2527/2014-) y la retroacción de los efectos económicos, respecto de los que por alguna tesis se pretende que se limiten a los tres meses anteriores a la solicitud del recargo (arg. ex art. 53.1 LGSS/2015)

i) Si el plazo de prescripción para solicitar el recargo de prestaciones es de 5 años aplicando las reglas de las prestaciones de seguridad social (art. 53.1 LGSS) y el plazo para pedir la indemnización de daños y perjuicios derivados de AT o EP es de un año aplicando los plazos del ET (art. 59 ET, entre otras STS/IV 1-junio-2016 rcud 2527/2014), podría reflexionarse acerca de si sería dable ampliar dicho plazo de un año, puesto que incluso se aplicaría, a diferencia de las reclamaciones en vía civil, a la acción directa contra la aseguradora.

j) Otro problema a tener en cuenta sería el de la aplicación de la cosa juzgada entre las sentencias firmes recaídas en procesos de recargo de prestaciones y en los de reclamación de daños y perjuicios, lo que es lógico si aplicamos en uno y otro litigio los mismos principios en orden a la carga de la prueba, pero que no parece jurídicamente correcto si se llegara a la conclusión que uno y otro se rigen por principios distintos sobre dicha carga probatoria.

k) Conveniencia de eliminar el carácter de carácter de causa exclusiva del trabajo para que se determine que la enfermedad sufrida por el trabajador sea declarada accidente de trabajo (**artículo 115.2.e**) LGSS/2015: *Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo*). En este sentido parece más coherente con la protección del trabajador que se declare el trabajo como causa prevalente, aunque no sea exclusiva.

La falta de sensibilidad hacia esta materia está provocando un gran número de procedimientos de cambio de contingencia que debieran ser evitados en origen, por medio del reconocimiento del INSS. Además no se entiende que, si la causa principal de reformas legislativas en materia de incapacidad temporal se produce por la obsesión

de control y disminución de número y duración de las bajas, no se ceda a las Mutuas este control mediante el reconocimiento de las bajas de los trabajadores como accidentes de trabajo.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Consideramos viable una reforma en este sentido aunque encontraremos resistencias por el incremento de la carga preventiva que pudiere suponer un incremento de los accidentes laborales reconocidos lo que, por otra parte, simplemente es poner la verdad al descubierto.

7.4. ¿Qué revisión merece la cuestión de la responsabilidad de las Administraciones Públicas?

a) Responsabilidad de las Administraciones Públicas como empleadores. Ayuntamientos y sanción económica.

La LPRL en su artículo 3.1 incluye en su campo de aplicación tanto las relaciones laborales como las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Es decir unifica y da un mismo tratamiento a quien presta sus servicios para un empleador, sea este público o privado. Sin embargo, establece un doble sistema de responsabilidad administrativa según la naturaleza del sujeto responsable, es decir dependiendo si el empleador es la Administración Pública o pertenece al sector privado, reservando la multa económica solo para el segundo. Este planteamiento unido a la capacidad normativa de las distintas Administraciones para regular el procedimiento para exigirse la responsabilidad a sí mismas ha ocasionado en la práctica las siguientes situaciones:

- La sanción económica existe y se mantiene en las otras áreas del orden social (relaciones laborales, empleo, Seguridad Social). Si descartamos, por criterios internos, que no se proponen sanciones que hayan de ser resueltas por la propia Administración que a su vez tenga la condición de sujeto responsable para evitar la autosanción, resulta que los entes de la Administración local siempre pueden ser objeto de sanción (salvo en caso de prevención de riesgos laborales) puesto que en ningún caso ostentan la condición de Autoridad laboral.
- Solo la AGE y algunas CCAA han aprobado un procedimiento de exigencia de responsabilidad administrativa, siendo subsidiario el de la AGE para las CCAA que no lo han aprobado, y aplicable el de la

CCAA de Cataluña a la Administración local en Cataluña. En consecuencia se produce una dispersión normativa que puede tener su fundamento en la diferente organización administrativa, pero que también puede afectar a los principios del procedimiento, puesto que la LPRL solo fija en su artículo 45 los principios relativos al procedimiento en el ámbito de la AGE.

- Los escasos procedimientos aprobados no son eficaces, los requerimientos de la ITSS se quedan en vía muerta, especialmente en la Administración local, sin posibilidad de ejecución ya que solo se tendrían en cuenta como antecedente, a efectos de probar el conocimiento de la situación por el empleador, si se tramitara ante cualquier orden jurisdiccional un procedimiento por resultado dañoso, es decir cuando se produce un AT o EP, y la ITSS había formulado anteriormente un requerimiento específico (salvo el caso de un delito de riesgo).

Tal vez se deba esta compleja situación a que no sea posible establecer una autoridad para la imposición de sanciones distinta de la Administración pública empleadora. El personal civil al servicio de las Administraciones Públicas no sujeto a relaciones laborales no puede ser “protegido” por resoluciones de una autoridad en prevención de riesgos laborales independiente de esas relaciones administrativas, como confirma la Disposición Adicional Tercera. 2.b) de la LPRL. En consecuencia y según lo expuesto, desde la óptica de la ITSS dos son los cambios operados por la LPRL que afectan a su actuación, de un lado su ámbito de aplicación, incluyendo no solo las relaciones jurídicas laborales sino también las funcionariales y estatutarias, bajo la denominación de personal civil al servicio de las Administraciones Públicas. De otro que se exija la responsabilidad a la Administración Pública excluyendo el procedimiento sancionador. Desde la perspectiva de la ITSS se produce una equiparación desde el punto de vista de la actuación inspectora entre las distintas relaciones jurídicas de prestación de servicios bajo un régimen de dependencia, sin embargo esa equiparación no se produce en el procedimiento para exigir responsabilidad. Se diferencia entre sujetos responsables, de un lado el empresario en la relación laboral, al que se le aplica la LISOS, y de otro la Administración Pública como empleador respecto del que se prevé un procedimiento consistente en la imposición por la autoridad competente de la realización de las medidas correctoras, estableciendo en su artículo 45 de la LPRL los principios de la regulación de dicho procedimiento en el ámbito de la Administración General del Estado.

Con independencia de la ineficacia de la sanción como medida coercitiva o del juicio de valor que provoque la imposición de medidas correctoras, como sustitutiva de la tradicional sanción, lo que rompe el esquema clásico

es que se puede dar el caso de que no haya una autoridad independiente del sujeto responsable que imponga las medidas correctoras, especialmente en el ámbito de la Administración local. A título de ejemplo, pensemos en un Ayuntamiento de reducido tamaño en el que es el propio Alcalde el que tiene que resolver sobre el requerimiento que formula la ITSS. Esto es así porque la Disposición Adicional Segunda del RD 707/2002 que regula el procedimiento en el ámbito de la AGE, establece que respecto del personal civil al servicio de las restantes Administraciones Públicas (hay que entender tanto Administración autonómica como Administración local), en defecto de normativa propia, aplicará el reglamento asumiendo las competencias los respectivos órganos de Gobierno de las citadas Administraciones Públicas. Esta redacción da a entender que la Administración local puede tener normativa propia y que, “en todo caso” interviene como autoridad para resolver el asunto el órgano de Gobierno de la citada Administración local.

Si bien son pocas las CCAA que han regulado un procedimiento para exigirse responsabilidad a sí mismas (Cataluña, País Vasco y Aragón fueron las primeras) no se conoce que la Administración local tenga normativa propia en la materia. En este sentido es merecedor de estudio y consideración el Decreto 122/2014, de 26 de agosto, de la Generalidad de Cataluña que regula la exigencia de responsabilidad a la Administración local, atribuyendo la competencia resolutoria a las autoridades autonómicas. El Decreto considera en su exposición de motivos tres circunstancias:

- Que el artículo 170 del Estatuto de Autonomía dispone que corresponde a la Generalidad la competencia ejecutiva en materia de trabajo y relaciones laborales, incluyendo la potestad sancionadora en el orden social. Sin embargo, la posible falta de fundamento radica en que también hay relaciones estatutarias y funcionariales, por una parte, y no hay sanciones por otra.
- Que el artículo 160 del Estatuto de Autonomía establece la competencia exclusiva en materia de régimen local, respetando el principio de autonomía local. Sin embargo la Ley de Bases de Régimen Local en su artículo 2 y 4 hace referencia a la potestad normativa en materia de su competencia atribuida por el Estado o la CCAA.
- Finalmente, tras afirmar que la Generalidad es competente para regular el procedimiento de imposición de medidas correctoras en la Administración local, afirma que “en ausencia de regulación específica” el procedimiento debe ser el regulado para la Administración autonómica a través del Decreto 193/2007...”.

En resumen, aspectos que obliga a la revisión son la inexistente regulación a nivel legal, la parca regulación a nivel reglamentario y la escueta referencia a la Administración local, siendo afectados miles de empleados públicos. Por otra que la exigencia de la responsabilidad en la Administración venga de la propia Administración a la que se dirige el procedimiento. En definitiva, la ampliación del campo de aplicación en cuanto a la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales no ha supuesto una ampliación del campo de aplicación del procedimiento existente para exigir la responsabilidad administrativa, sustituyéndose por un mecanismo ineficaz, especialmente frente a la multitud de entes de la Administración local. Por lo expuesto se **propone**:

- una reforma normativa del art. 45 LPRL que permita la sanción económica al menos a la Administración local y una regulación más exhaustiva que otorgue seguridad jurídica al procedimiento para exigir responsabilidad administrativa en caso de incumplimientos respecto de empleados públicos.
- Motivada por la dispersión reguladora e ineficacia de los procedimientos para exigir responsabilidad administrativa en incumplimientos que afectan a empleados públicos y que constituyen un importante núcleo de la población trabajadora.

7.5. ¿Y qué podemos hacer para que la eventual responsabilidad penal sea más efectiva? ¿qué posición tenemos al respecto?

De acuerdo con la Circular 1- 2016 de la Fiscalía, publicada el día 22 de enero de 2016, el artículo 31 bis del Código Penal no se aplica en los delitos del 173 y 184. Por lo tanto y desde nuestro punto de vista, habrá que hacer las modificaciones que fuere necesarias para que las personas jurídicas sean penalmente responsables de los delitos contenidos en los artículos 173 (delito contra la integridad moral) y 184 (acoso sexual).

7.6. Reformas de coherencia en otras leyes del sistema normativo relativo a la Prevención de Riesgos Laborales

Posibles concreciones en la LRJS en materia de prevención riesgos laborales, accidentes de trabajo (AT) y enfermedades profesionales (EP).

Aunque en materia de atribución competencial se han dado notables pasos para hacer del Juez social el juez único garante del cumplimiento efectivo por el empresario -también del empleador público- de la prevención de riesgos laborales, algunas cuestiones quedan todavía pendientes. A fin de no hacer extremadamente complejo y farragoso este Estudio, aquí tan sólo pondremos de relieve la necesidad de concretar expresamente en el texto de la LRJS que es competencia plena del orden jurisdiccional social el conocimiento de los litigios sobre aplicación de la normativa de prevención riesgos laborales, consiste en que, como destaca el Preámbulo de la norma (pero no se refleja expresamente en el texto normativo), que *“se asigna al orden social la competencia sobre las cuestiones relativas a los órganos de representación de personal en materia relacionada con la prevención de riesgos en el trabajo, a través, en su caso, 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”*; y a diferencia de lo que acontece respecto de litigios *“sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral”* que corresponden al orden contencioso-administrativo (arg. ex art. 3.e LRJS).

En el ámbito de la clarificación de los procedimientos a seguir, hay que establecer una norma similar al art. 102.3 LRJS, para despejar las dudas interpretativas en relación a que el ejercicio de los derechos que en materia de prevención de riesgos laborales por parte de los de los acreedores de seguridad (trabajadores dependientes, trabajadores autónomos, trabajadores autónomos económicamente dependientes, funcionarios y personal estatutario) o de los deudores de seguridad (empresario privado o público, otros sujetos obligados legal o convencionalmente, terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios en materia de prevención de riesgos laborales) puede formularse a través del proceso ordinario o de la modalidad procesal adecuada a la naturaleza de las pretensiones formuladas, incluida la modalidad procesal de la *“tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”* salvo cuando las correspondientes demandas tengan legalmente establecido su ejercicio necesario a través de la modalidad procesal correspondiente (art. ex arts. 102.3, 177.1 y 184 LRJS) y sin que ello comporte merma de las reglas y garantías.

Una cuestión práctica fundamental es dejar bien clarificado que los funcionarios pueden acudir al orden social en casos de acoso moral.

Posibles concreciones en la Ley sobre sanciones e infracciones en materia social –LISOS- (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).

Entendemos, de acuerdo a las propuestas de nuevas políticas legislativas que hemos efectuado, que tiene que adecuarse el catálogo de infracciones muy graves del artículo 13 de la LISOS, con la inclusión de dos nuevos epígrafes con una redacción parecida a lo siguiente:

18. No cumplir con la horquilla de inversión mínima en prevención establecida.

19. Por tener un servicio de prevención externo en vez del interno que le correspondería.

Además de lo anterior, debiera también modificarse la cuantía de las sanciones establecida en el artículo 40.2 LISOS, en el sentido de sancionar las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, calificadas muy graves, con un porcentaje de la facturación de la empresa infractora. La razón de ser de esta última modificación legislativa es trasladar la proporcionalidad de la sanción a las posibilidades de evitarla de la empresa. Es totalmente injusta la misma sanción por la misma conducta a empresas con tamaño y posibilidades diferentes. Por ejemplo en los países nórdicos la multa que se paga por una infracción de tráfico es proporcional a la riqueza del ciudadano. Y la sanción que pudiere ponerse al Estado Español por su incumplimiento es un tanto por ciento de su PIB. ¿Por qué entonces nuestras sanciones no son también proporcionales?

Valoración de las resistencias estimadas a esta reforma legal.

De nuevo hay que reconocer que, pese a ser razonable la modificación, las resistencias de la patronal y el actual gobierno serán elevadas, por tanto deberá tener una prioridad menor que otras establecidas en este Estudio-Informe.



8

Conclusiones



8. CONCLUSIONES

TÉCNICA REGULADORA

La técnica legislativa y la factura formal de la LPRL precisa una mejora de su estructura, así como de la ordenación sistemática de sus contenidos.

Aunque la materia de seguridad y salud en el trabajo es una cuestión de Derecho imperativo, incluso de orden público laboral, y así debe seguir siendo, es también cierto que, desde la propia legislación de seguridad y salud laboral, se ha de dar mayor visibilidad a la negociación colectiva, clarificando y ordenando las relaciones entre el marco legal y convencional.

No obstante, es necesario completar y mejorar el desarrollo reglamentario a fin de dar entrada a una ordenación más garantista, aunque flexible, de ciertos sujetos y ciertos aspectos hoy ensombrecidos en una excesiva incertidumbre

Asentada igualmente la centralidad de las “norma jurídicas” en sentido estricto, para dar fiabilidad al entramado de derechos y obligaciones establecido, hay que mejorar la coordinación y las interacciones entre las normas jurídicas y las normas de autorregulación no convencional, así como otros instrumento de “Soft Law”.

En el actual conflicto entre las técnicas de regulación heterónoma -provenientes de los poderes públicos- y las de autorregulación -provenientes de decisiones no vinculantes, unilaterales o pactadas; incluidas las “normas de certificación”, hoy muy extendidas en la materia-, consideramos que lo más conveniente son las técnicas de regulación promocional -la ley fija la obligación, derecho o incentivo, y su desarrollo se deja a normas más autónomas y flexibles, incluidas también las técnicas de carácter técnico (Guías, protocolos, códigos de conducta)

Para resolver algunas de las incertidumbres actuales en torno a un significativo número de aspectos, se propone la inclusión en los tipos normativos, legales y convencionales, de la obligación de adoptar protocolos de gestión preventiva negociada, incluidos los relativos a riesgos psicosociales

“POLÍTICAS” Y “ENFOQUES” PARA MEJORAR LA ACCIÓN REGULADORA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES

La estrecha relación entre el marco regulador de las relaciones de trabajo -mercado-, y el marco regulador de las relaciones de prevención de riesgos laborales exige reconocer como uno de los principales factores de riesgo laboral la inseguridad en el trabajo en línea con los Estudios de la Comisión Europea

Para introducir los modernos enfoques de género, envejecimiento activo y de favor a las regulaciones legales promocionales de la autonomía colectiva se propone una reforma del art. 16.1 LPRL

En España sigue existiendo un exceso documentalista de la actividad preventiva, que precisa corregirse a fin de dirigirnos hacia una cultura (ético-social) de eficacia frente a la apariencia preventiva -”cultura cosmética” de prevención-

Hay que incluir una referencia específica a la seguridad laboral vial, en línea con lo sucedido ya en el ámbito del “Soft Law” -Guías- y de la normalización -sistemas de gestión normalizados mediante su certificación-

Especificar en la LPRL, como se hace en las Leyes de Salud Pública, la diferencia entre la “acción preventiva” en sentido estricto y la “acción promocional de la salud laboral”

Debe incluirse expresamente alguna referencia a la gestión preventiva del riesgo de consumos problemáticos de drogas en el ámbito de trabajo, llevado a la LPRL la previsión de la Estrategia Nacional Sobre Drogas. Además, se propone derogar el art. 54 f) ET, por su carácter incongruente y sus disfuncionalidades en la práctica

Se reconoce el particularismo de la organización y acción preventivas en materia de seguridad y salud en el trabajo, si bien se evidencian algunos de los “mitos” -errores- de esa diferencia de trato. Entre otras propuestas, se propone revertir las reformas del art. 30.5 LPRL (asunción personal de la gestión preventiva por el empleador en empresas de hasta 25 trabajadores)

Se incluyen propuestas para mejorar la información estadística, tanto en calidad como en cantidad, dejando aflorar la siniestralidad laboral real, en particular las artificialmente desaparecidas Enfermedades Profesionales (EEPP)

Valoración de las resistencias estimadas.

Parece claro que todas las propuestas orientadas por un ánimo promocional y de mejora investigadora y de transparencia (conocimiento y cultura), gozarán de predicamento en todas las partes. Muchas de ellas comprometen gasto adicional por parte de las AAPP, que lo verá con más resistencias. En cambio, aquellas que implican la reversión de reformas liberalizadoras realizadas hasta el momento encontrarán resistencias, como es obvio. Pero son esenciales

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES DE LA LPRL

Se propone modificar el art. 3 de la LPRL para incluir precisiones que garanticen de forma efectiva la universalidad profesional del derecho a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo de todos los colectivos. Entre ellos: Personas empleadas en el hogar, tele-trabajadores, personal servicios de protección civil. Además, se propone mejorar la efectividad de la actual regulación respecto de otros colectivos, hoy incluidos pero con una garantía muy débil, que en la práctica se convierte en un freno a la actividad (policía nacional, guardia civil, judicatura)

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

La reforma propuesta debería contar con el apoyo de los agentes sociales y de los aplicadores del derecho, al dotar de seguridad jurídica a situaciones contempladas en el marco comunitario. La jurisprudencia europea es clara al efecto y debe primar sobre las opciones nacionales, so pena de continuas condenas por incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

Es preciso que se acometa una regulación de la calificación de los AT y de las EP a efectos de investigación y de control estadístico que permita una adecuada planificación de la política pública de prevención de riesgos laborales: esta propuesta de reforma conllevaría la afectación de los artículos 6.1.g), 9.1.d) y 23.3 LPRL, de manera que se alcanzase con ello una regulación sobre la calificación de AT y EP, salvándose de este modo la inexistencia actual de un criterio normativo que incida en la calificación de AT y EP, lo que ha posibilitado que muchos AT graves se registren como leves.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Esta reforma encontrará importantes resistencias desde el ámbito empresarial, así como de las mutuas colaboradoras.

ORGANIZACIÓN PREVENTIVA EN LA EMPRESA: EL MERCADO DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN EN ESPAÑA Y EL MERCADO DE LA FORMACIÓN DE LOS PREVENCIÓNISTAS

Sobre la gestión de la prevención en la empresas y con el sector de los Servicios de Prevención se constata un incumplimiento en la trasposición de la Directiva y, en consecuencia, urge una reforma tanto de la legislación sustantiva como de la adjetiva (TRLISOS)

Ello recomienda consolidar modelos flexibles que promuevan la implicación de los recursos propios de la empresa en la organización de la prevención. Lo cual conllevaría la afectación del art. 30.1 LPRL.

Más allá del acierto o no -a nosotros nos parece fallida o confusa- del nombre de “trabajador designado”, resulta urgente una reforma de su regulación que precise mucho más este estatuto, apoyándose en la negociación colectiva

Valoración de la viabilidad estimada de este grupo de reformas

Estas reformas encontrarán un importante rechazo por parte del sector empresarial, así como por los grupos de presión vinculados a los servicios de prevención ajenos.

Sobre los Servicios de Prevención mancomunados.

Si bien puede calificarse de positiva la figura del SPM, no es menos cierto que sus variadas posibilidades de constitución y funcionamiento han provocado fenómeno dignos de una reforma normativa. En atención a lo expuesto se propone por los autores de este Estudio:

- Que los SPM se definan en la LPRL y no en el RSP
- Que se restrinjan sus supuestos y condiciones de constitución, especialmente eliminando los casos de pertenencia a un sector productivo o a un área geográficamente limitada.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Esta reforma debería contar con el apoyo de los agentes económicos y sociales, así como por los servicios de prevención ajenos. No obstante, cabe plantear algún tipo de rechazo por aquellos sectores en los que se han constituido SPM como mecanismo para eludir los condicionamientos legales en esta materia.

Sobre los técnicos de prevención.

Debe revitalizarse la figura del técnico de prevención convirtiéndola en una profesión regulada en sentido estricto. A día de hoy la regulación presenta notables contradicciones y lagunas que urgen ser resueltas para corregir el actual “mercado profesional salvaje” que existe, con prácticas de devaluación de funciones, intrusismo y competencia desleal.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Esta reforma debe contar con el apoyo incondicionado de todos los sectores y colectivos implicados, así como por los agentes económicos y sociales. No obstante, habrá problemas de tipo competencial que resolver.

SISTEMA DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES

Se hace necesaria y se propone una revisión que clarifique qué obligaciones asume cada sujeto, público y privado.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Esta reforma encontraría respaldo por los agentes económicos y sociales, aunque ello en orden a diferentes intereses y, especialmente, en función de cuál sería el sentido de tal modificación legal.

Pero a su esencialidad, la práctica del deber de formación ha dado lugar a muchas incertidumbres que conviene corregir, para hacerlo más efectivo, y no ya, como ahora, meramente formal o documental. Las propuestas específicas de reforma serían cuanto sigue:

- Delimitación del alcance y contenido de la obligación de formación preventiva en aras de una mayor eficacia y seguridad jurídica
- Formación preventiva obligatoria y específica para el empleador y demás personal con función de gerencia

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Estas reformas encontrarían un patente rechazo por los agentes económicos, por más que las mismas se puedan plantear como un evidente instrumento de concreción y delimitación de sus obligaciones en esta materia.

Sobre el deber de adaptación razonable y los colectivos especialmente vulnerables o sensibles.

Se hace preciso, y se propone, una delimitación del régimen preventivo de los trabajadores especialmente sensibles más precisa. A tal fin se establecen los términos de la reforma del art. 25 LPRL, también para reforzar la coherencia con el despido objetivo ex art 52 a) ET, que debe convertirse, de forma expresa en el texto estatutario, en última ratio

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Con esta reforma legislativa ambos sujetos de las relaciones de trabajo ganan: los trabajadores claramente en protección, los empleadores en seguridad jurídica. Asimismo, se da el debido protagonismo a los servicios de vigilancia de la salud en una materia. Por tanto, no debería plantear reticencias su planteamiento de reforma.

MODERNIZACIÓN DE LAS REGULACIONES RELATIVAS A CIERTOS COLECTIVOS MÁS VULNERABLES: JÓVENES, TRABAJADORES MADUROS.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma.

Sin duda, se trata de una propuesta que, en sus aspectos más directamente contractuales, hallará las resistencias tanto de la patronal como del -actual- Gobierno, dado que han basado la promoción del empleo de los jóvenes en la precarización de condiciones. No obstante, ya se ha evidenciado los efectos contraproducentes de las mismas, no sólo en términos de seguridad y salud en el trabajo, sino incluso de empleo y competitividad.

Sobre los procesos de descentralización productiva y la coordinación de actividades.

De un lado, se plantea la urgente necesidad de una reforma legal que simplifique el régimen jurídico-administrativo de coordinación de actividades ex art. 24 LPRL -y Real Decreto 171/2004-, para lo que se propone *la supresión del apartado 3 del art. 24 LPRL*, y la reformulación del 2 apartado del mismo artículo. En coherencia reguladora con esta reforma, se verá afectado también el TRLISOS. De otro, se propone eliminar la referencia al concepto de propia actividad, inútil en empresas multiservicios

En este mismo ámbito de las relaciones triangulares, y más particularmente de las ETTS, se realiza una doble propuesta de reforma:

- Regular las limitaciones para contratar por esta vía de gestión indirecta en relación a la seguridad y salud en el trabajo: lo que debe llevar a la derogación parcial de la reforma de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de modo que con ello se recupere el marco normativo previo a la reforma de 2010
- Se propone modificar los arts.12.3 LETT y 3.3 RD 216/1999 a fin de:
establecer el deber de formación en materia preventiva con carácter absoluto, previendo que el tiempo destinado al mismo se integre dentro de los contratos de trabajo y de puesta a disposición
establecer una duración mínima, a fin de que la ETT no acorte interesadamente este período y con ello imparta de forma incompleta esta formación, aunque para hacerlo de modo adecuado habría que fijar diversas duraciones en función del trabajo a realizar, lo que supondría realizar una modificación de mayor enjundia y complejidad.
- Adaptar el deber de seguridad del empresario a las situaciones de deslocalización del puesto de trabajo (teletrabajo y expatriación): En este punto se hace necesario un desarrollo reglamentario del artículo 13 ET de forma que se adapte el deber de seguridad, su contenido, alcance y forma de cumplimiento a las situaciones de deslocalización del puesto de trabajo. Igualmente, los supuestos de expatriación de los trabajadores deberían también ser objeto de tratamiento normativo

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

A la vista del numeroso conjunto de reformas propuestas, lo cual dificulta su valoración en conjunto, se puede afirmar que dado el calado de las mismas entendemos que, de manera general, el sector empresarial se opondrá a la casi totalidad de ellas en orden a las limitaciones y obligaciones que representan para tal colectivo.

Sobre la vigilancia de la salud.

Se proponen diversas modificaciones del art. 22 LPRL para garantizar tanto su especificidad cuanto su voluntariedad, así como la confidencialidad de estos datos, siguiendo la doctrina constitucional. En todo caso, se detectan prácticas de uso de la vigilancia de la salud como instrumento de selección de personal que, incluso en los convenios de empresa, deben erradicarse

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

La reforma que se propone debería contar con apoyo sindical, empresarial y jurídico, al dotar de seguridad jurídica a una realidad, que se erige como una de las principales fuentes de conflicto. Especial conflictividad genera, no obstante, la cuestión de la voluntariedad, ante la ofensiva empresarial para reforzar el carácter obligatorio, y, sobre todo, la relativa a la garantía de confidencialidad, ante las pretensiones de introducir límites al secreto médico, en virtud de la protección reforzada de la seguridad de terceros. Este conflicto es más intenso en ciertos sectores, como el relativo a los transportes de pasajeros -aéreos, ferroviarios, urbanos -. El favor gubernamental y empresarial chocará con la oposición sindical.

CUESTIÓN DE LA REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

En esta línea se destaca la necesidad de reforzar los instrumentos de participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales por lo que se refiere a las microempresas. Planteándose como propuesta la creación de la figura ex lege del delegado de prevención territorial o sectorial.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Consideramos que no debería haber resistencias a la reforma planteada en tanto que las experiencias negociales existentes (Navarra, Asturias, Castilla-León) ponen de relieve la disposición de la representación empresarial y sindical para con tal instrumento de participación, así como no se plantean problemas de técnica legislativa que la impidan.

Ha llegado el momento de darle visibilidad legislativa a la figura, de creación, muy selectiva, cierto, convencional, de los Delegados Laborales de Ambiente

GARANTÍAS DE EFECTIVIDAD DEL CUMPLIMIENTO: EL SISTEMA DE RESPONSABILIDADES POR INCUMPLIMIENTOS

Sobre los criterios de atribución de responsabilidad y el carácter triangular de las relaciones de trabajo.

Se propone:

- Clarificar la relación existente entre los arts.24.3 LPRL y 42.3 LISOS.
- Prever limitaciones de la subcontratación y obligaciones de información a la empresa principal sobre el particular. Tales previsiones podrían inspirarse en las establecidas en la ley de subcontratación en el sector de la construcción.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Dado que se trata también aquí de clarificar un aspecto oscuro y mejorar la redacción de ambos preceptos, no debería producir ninguna resistencia, redundando en beneficio de la seguridad jurídica, bien común a empresarios, trabajadores y sociedad.

en cuanto a la responsabilidad en el seno de las Empresas de Trabajo Temporal, se plantea la clarificación de las responsabilidades de cada empresa interviniente, lo que lleva a considerar necesaria la siguiente propuesta de reforma legal:

- Establecer la responsabilidad de la ETT en los casos en los que se demuestre que el daño para la salud del trabajador deriva del incumplimiento de las obligaciones en materia preventiva que tiene atribuidas respecto de los trabajadores puestos a disposición.
- Determinar los supuestos en los que, en su caso, procedería la aplicación de la responsabilidad solidaria de ambas empresas.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Consideramos que no debería haber resistencias empresariales ni técnicas, dado que se trata de clarificar un aspecto que está produciendo inseguridad jurídica notoria y, por tanto, perjudica a trabajadores y empresarios.

Sobre la necesaria mejora de efectividad y coherencia del actual sistema de responsabilidad “civil” (económica). Se propone

- Reactivar el mandato legal de establecer un sistema de valoración-Baremo de daños del trabajo propio que garantice el principio de reparación íntegra de los daños
- Fijación legal de un sistema que dé efectividad práctica al plus de protección que supone la función disuasoria del sistema de responsabilidad civil, hoy sólo nominalmente previsto

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Es evidente que una propuesta de este tipo no sólo genera polémica doctrinal, sino que seguro provocará resistencias de muy alta intensidad en la patronal, por lo que es poco viable.

Sobre el “recargo de prestaciones”.

De un lado, frente a quienes postulan que desaparezca ya de forma definitiva, se propone una profunda reformulación, a fin de mejorar su efectividad tanto de reconocimiento como de cobro efectivo, aunque sea con la eliminación de la prohibición de aseguramiento. De otro, incluir expresamente el recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado). Finalmente, coordinar con la normativa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para impulsar la investigación y, en su caso, el levantamiento de actas de infracción y derivada solicitud de recargo de prestaciones ante el INSS en los supuestos del art. 164 LGSS,

Conveniencia de eliminar el carácter de carácter de causa exclusiva del trabajo para que se determine que la enfermedad sufrida por el trabajador sea declarada accidente de trabajo.

En este sentido parece más coherente con la protección del trabajador que se declare el trabajo como causa prevalente, aunque no sea exclusiva.

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

Diversas son las reformas que se plantean, destacándose que buena parte de las mismas son plenamente viables, en tanto que tanto los sindicatos como la patronal están interesados en su impulso, habiendo además sectores de presión interesados en las mismas -como podría ser el asegurador-. Consideramos viable una reforma en este senti-

do aunque encontraremos resistencias por el incremento de la carga preventiva que pudiere suponer un incremento de los accidentes laborales reconocidos lo que, por otra parte, simplemente es poner la verdad al descubierto.

De otro lado, no se entiende que, si la causa principal de reformas legislativas en materia de incapacidad temporal se produce por la obsesión de control y disminución de número y duración de las bajas, no se ceda a las Mutuas este control mediante el reconocimiento de las bajas de los trabajadores como accidentes de trabajo.

Sobre la responsabilidad por incumplimientos en PRL por parte de las Administraciones Públicas.

En tal sentido, se plantea una reforma normativa del art. 45 LPRL que permita la sanción económica al menos a la Administración local y una regulación más exhaustiva que otorgue seguridad jurídica al procedimiento

Sobre la responsabilidad penal.

Hacer las modificaciones que fuere necesarias para que las personas jurídicas sean penalmente responsables de los delitos contenidos en los artículos 173 (delito contra la integridad moral) y 184 (acoso sexual).

Sobre las reformas necesarias para dar coherencia al sistema normativos sobre Prevención de Riesgos Laborales concreciones en la LRJS en materia de prevención riesgos laborales, accidentes de trabajo (AT) y enfermedades profesionales (EP) y concreciones en la Ley sobre sanciones e infracciones en materia social -LISOS- (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).

Valoración de la viabilidad estimada de esta reforma

De nuevo hay que reconocer que, pese a ser razonable la modificación, las resistencias de la patronal y el actual gobierno serán elevadas, por tanto deberá tener una prioridad menor que otras establecidas en este Estudio-Informe.

Guía

Propuestas para la mejora del Marco Normativo de la P.R.C.: Razones para una necesaria reforma

**Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente
UGT-CEC**

Con la Financiación de: AI-0001/2015



FUNDACIÓN
PARA LA
PREVENCIÓN
DE RIESGOS
LABORALES

ÚNETE
POR TUS DERECHOS

